



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

23

236

EXPS. N.ºs 001-2004-AI/TC y  
002-2004-AI/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de setiembre del año 2004, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia con los fundamentos de voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda

#### ASUNTO

Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional.

#### ANTECEDENTES

##### 1. LAS DEMANDAS

Con fecha 8 de enero de 2004, don Carlos Guillermo Repetto Grand, apoderado de más de 5,000 ciudadanos (Exp. N.º 001-2004-AI/TC) interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley N.º 28046, así como contra los demás artículos de la misma que por conexión transgredan en el fondo lo dispuesto por los artículos 1º y 2º (incisos 2 y 16), 10º, 70º, 74º, 103º y la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Perú.

Sostiene que la Ley N.º 28046, mediante la cual se crea el "Fondo para la Asistencia Previsional" y se establece cuáles son sus recursos y cómo se administran, tergiversa la esencia del régimen previsional, al establecer que el financiamiento del pago de las pensiones de los pensionistas comprendidos dentro del régimen del Decreto Ley N.º 20530 y la nivelación de las mismas, se hará a partir de la recaudación de la "Contribución para la Asistencia Previsional" que afecta a los propios pensionistas, y no con los aportes que los asegurados realizan durante su régimen laboral. Añade que ello implica la expropiación de parte de las pensiones de sus representados para la constitución de un fondo adicional al Fondo Consolidado de Reservas (FCR) creado por el Decreto Legislativo N.º 817, y que de

232

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

esta manera se vulnera el artículo 10° y la Primera Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, afectando los derechos adquiridos y legalmente obtenidos a percibir una pensión íntegra sin disminución de ninguna clase.

El 9 de enero de 2004 ingresa la demanda de Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, en representación de más de 5,000 ciudadanos (Exp. N.° 002-2004-AI/TC), en la que se solicita la inconstitucionalidad de los mismos artículos acotados precedentemente.

Las demandas comparten los mismos fundamentos y en ellos se expone que, la creación del el tributo denominado “Contribución solidaria para la asistencia previsional”, que afecta las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban como pensión por el Régimen Previsional del Decreto Ley N.° 20530 la suma que anualmente exceda las 14 UIT, vulnera los artículos 2° (inciso 2 y 16), 70°, 74° y 103° de la Constitución Política del Estado.

**1.1. Vulneración de los derechos adquiridos de los pensionistas**

Los recurrentes alegan que el principio de los derechos adquiridos en materia de pensiones está consagrado por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional con ocasión de las sentencias recaídas en los Expedientes N.°s 008-96-I/TC y 001-98-I/TC, en las que se reconoce la existencia de derechos adquiridos a favor de los pensionistas del Decreto Ley N.° 20530, los cuales no pueden ser modificados por normas posteriores; y, que los derechos adquiridos a que se hace referencia están también reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Cinco pensionistas vs. Perú, sentencia del 28 de febrero de 2003).

Agregan que para el caso de las pensiones de sobrevivencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien no tienen la naturaleza de un derecho adquirido, se trata de un derecho sujeto a condición suspensiva, y que, por estar ligado a la pensión adquirida por el titular, no puede ser modificado una vez adquirido (Exp. N.° 005-2002-AI/TC).

**1.2 La aplicación por analogía de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional al presente caso**

Los demandantes consideran que los criterios establecidos en las sentencias citadas emitidas por este Colegiado deben ser aplicados por analogía al presente caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 35° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTTC) y en la medida en que los casos anteriormente sometidos a la jurisdicción constitucional contienen, en la práctica, los mismos elementos de inconstitucionalidad, pues la Ley N.° 28046, al crear un tributo, establece un tope a las pensiones del régimen del Decreto Ley N.° 20530, ya que limita la percepción efectiva del íntegro de la pensión.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**1.3 Los gravámenes y las pensiones del régimen del D.L. N.º 20530**

Sostienen que el artículo 53º del D.L. N.º 20530 precisa que los únicos gravámenes a las pensiones sujetas a este régimen son aquellos que provengan de un mandato legal: el 10% para reintegrar adeudos por aportes para pensiones o impuestos al nombramiento y hasta el 30% por responsabilidad pecuniaria a favor del Estado; por mandato judicial: hasta un tercio por concepto de alimentos, teniendo derecho preferencial, o hasta el 25% por responsabilidad pecuniaria a favor del Estado; y, por acto administrativo: hasta el 30% para amortizar préstamos autorizados oficialmente con garantía de la pensión, o hasta el 20% para pagar adeudos al Estado. Por lo tanto, dado que el concepto de gravamen se asocia íntimamente al concepto de tributo, la contribución a que se refiere la ley excede lo establecido en el Decreto Ley N.º 20530 y contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, afectando los derechos adquiridos de los pensionistas.

**1.4 Afectación a los principios tributarios consagrados en la Constitución**

Refieren que la Constitución, en su artículo 70º, consagra la inviolabilidad del derecho a la propiedad, entendiéndose como tal al patrimonio, de modo que los derechos adquiridos de los pensionistas deben respetarse también como su patrimonio; que la única afectación posible al patrimonio es la que se deriva de la potestad tributaria, la misma que se encuentra limitada por los principios consagrados en el artículo 74º de la Constitución; y que la la ley impugnada infringe todos los principios constitucionales tributarios.

**1.5 Infracción del Principio de Legalidad**

Expresan que la cuestionada contribución no se ajusta a lo establecido en la Norma II del Código Tributario, dado que, con la apariencia de una contribución, lo que realmente se ha creado es un impuesto; y que la contribución necesariamente debe tener como finalidad proporcionar un beneficio directo, real y tangible, lo que no ocurre en el presente caso.

Asimismo, refieren que también se vulnera el principio de legalidad porque la Norma VI del Código Tributario establece que las normas tributarias sólo se derogan o modifican por declaración expresa de otra norma del mismo rango o jerarquía superior; y que mediante las Leyes N.ºs 24405 y 24625 se establece que las pensiones derivadas del trabajo se encuentran inafectas del pago del impuesto a la renta, así como de cualquier otro gravamen creado o por crearse, sin que se haya incorporado, en la ley impugnada, la derogatoria expresa de dichas normas.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1.6 Infracción del Principio de Igualdad

Aducen que la ley impugnada afecta sólo a un grupo de pensionistas (aquellos que reciben más de 14 UIT al año), ya que los demás están exonerados de todo tributo —gozan también de exención los que pertenecen al régimen del D.L. N.º 19990 y a las AFPs—, de modo que la ley inserta un elemento subjetivo del hecho imponible que incide sólo en un sector del mismo régimen de contribuyentes y pensionistas del D.L. N.º 20530, sin una justificación objetiva y sin que se tenga en cuenta la capacidad contributiva.

Por otro lado, añaden que la denominada contribución grava a las pensiones con una tasa equivalente al Impuesto a la Renta a Personas Naturales (entre el 15% y el 30%), por lo que se trata de un impuesto a la riqueza.

### 1.7 Infracción del Principio de no Confiscatoriedad

Refieren los demandantes que los pensionistas del Régimen del D.L. N.º 20530 han aportado durante el periodo de régimen laboral con parte de sus remuneraciones, por lo que, al ser gravadas sus pensiones con impuestos, se está confiscando su capital producto de todos los años de trabajo.

### 1.8 Infracción al Principio de Respeto de los Derechos Fundamentales de las Personas

Alegan, finalmente, que el establecimiento de topes a las pensiones bajo la apariencia de un tributo vulnera el derecho adquirido y fundamental a percibir una pensión válidamente obtenida según las normas del D.L. N.º 20530, y a que ésta no sea gravada sino por las imposiciones establecidas en el propio D.L. citado.

## 2. LAS CONTESTACIONES

Admitidas las demandas, el Congreso de la República las contesta con fecha 20 de febrero de 2004, negándolas y contradiciéndolas en todos sus extremos, con los siguientes argumentos:

- a) Que la afirmación de que la Ley N.º 28046 vulnere el principio de los derechos adquiridos es inexacta, pues la Primera Disposición Transitoria de la Constitución Política no impide la realización de modificaciones normativas en el campo previsional sin que se afecten los derechos adquiridos.
- b) Que la citada disposición constitucional es de naturaleza transitoria, y tiene como objeto que, a partir de la introducción de nuevos regímenes previsionales, no se afecten los



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derechos pensionarios incorporados al patrimonio de los trabajadores públicos cuando estaba en vigor la Constitución de 1979. Por tanto, en armonía con el artículo 10° de la Constitución Política del Perú, se puede concluir que se reconoce como progresivo el desarrollo del derecho a la seguridad social, permitiendo que se modernice, actualice y redimensione conforme a un equilibrio adecuado que evite la crisis del sistema.

- c) Que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Cinco Pensionistas”, el contenido esencial del derecho adquirido a las pensiones sujetas al régimen del D.L. N.° 20530 no se ve afectado por la Ley N.° 28046, pues tal norma no desconoce la calidad de pensionistas, el derecho para adquirir la pensión una vez cumplidos los requisitos, ni tampoco el derecho a una pensión nivelable (se cita el fundamento 18 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 008-96-AI/TC).

### El Principio de Solidaridad de la Seguridad Social

El Congreso de la República aduce que dicho principio es la piedra angular de la seguridad social, e impone la utilización de un criterio realista para que se distribuyan las cargas económicas de manera paulatina entre el mayor número de personas. Añade que en el Sistema Nacional de Pensiones, a diferencia del sistema privado, existe un fondo común destinado a satisfacer las necesidades sociales de quienes tienen el legítimo derecho a disfrutar de una pensión.

Asimismo, refiere que la seguridad social debe estar financiada para que pueda prestar los servicios a que está obligada; que el Sistema Nacional de Pensiones cuenta con los aportes de los afiliados, pero que, en el caso del régimen del D.L. N.° 20530, el 85% del monto de las pensiones proviene del Tesoro Público; que las pensiones son, en su mayoría financiadas con los tributos de todos los peruanos, por lo que, tomando en cuenta los desproporcionados privilegios de que gozan algunos pensionistas beneficiarios de este régimen, y atendiendo al principio de solidaridad, resulta razonable que aquellos pensionistas que perciban más de 14 UIT anuales contribuyan al sostenimiento y equilibrio del fondo común beneficiando a todos los pensionistas, lo cual no vulnera ningún derecho fundamental, sino que posibilita el pago de dichas pensiones.

Agrega que el derecho adquirido de los pensionistas debe adecuarse a las nuevas realidades que impone la dinámica económica, social y política del país, sin que ello implique la afectación del contenido esencial del derecho pensionario.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****Respecto de la aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de DD.HH.**

Expone que, en efecto, lo que hacen ambas sentencias es recoger y ratificar la vigencia de los derechos adquiridos de las pensiones sujetas a los regímenes de los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530, pero que la Ley impugnada no vulnera ningún derecho de esa raigambre; y que sólo se puede recurrir a la analogía cuando existe un vacío legal, y este no es el caso.

**Sobre la imposición de topes**

Si bien la aplicación de topes significaría la vulneración de la Constitución, conforme ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, sostiene que ese no es el caso de la Ley impugnada, que establece un tributo y no disminuye el derecho a la nivelación, pues dicho monto se establece y calcula como siempre se ha hecho; y que otra cosa es que el legislador haya dispuesto imponer a unos ciudadanos el deber constitucional y cívico de tributar para solucionar la crisis del sistema del régimen del D.L. N.º 20530.

**Sobre los gravámenes y el Decreto Ley N.º 20530**

Respecto a este punto, manifiestan que haciendo un cálculo de los aportes que los pensionistas y el Estado sufragan, se concluye que en el mejor de los escenarios estos alcanzan para cubrir una pensión equivalente a la remuneración que el pensionista tenía en actividad sólo durante 3 años, 7 meses y 6 días, es decir, 43 remuneraciones brutas; desde esta perspectiva, para cubrir las pensiones de un beneficiario se necesita, en promedio, contar con los recursos para pagar un total de 240 remuneraciones brutas (bajo el supuesto que el pensionista se jubile a los 55 años de edad y su esperanza de vida fluctúe entre los 70 y 75 años), de modo que el soporte para sufragar las 197 remuneraciones brutas restantes proviene de la recaudación de tributos.

**Sobre el Principio de no Confiscatoriedad**

Sostiene que la “Contribución solidaria para la asistencia previsional” no resulta confiscatoria, pues a partir de un análisis cuantitativo que sirve como referencia se demuestra que ella es razonable. Así, por ejemplo, si un pensionista recibe una pensión de 3750 nuevos soles mensuales, estaría obligado al pago que establece el artículo 5º de la ley impugnada, lo que supone una aplicación del 15%, equivalente a una contribución igual a 6 750 nuevos soles al año, es decir, 562.50 nuevos soles al mes, lo que resulta plenamente razonable.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Sobre el Principio de Legalidad**

Señala que la Ley N.º 28046 tiene como fin impedir que las potestades que la Constitución confiere a los entes autónomos se ejerzan de manera descoordinada (carácter unitario del gobierno, artículo 43º de la Norma Suprema), y que si el Congreso ha creado un tributo, la determinación de su naturaleza no tiene incidencia en el principio de reserva de ley, y mucho menos en el caso en que la norma haya sido aprobada de acuerdo a la forma y los parámetros establecidos en la Constitución y en el Código Tributario.

Por otro lado, afirma que a través de la norma se ha creado una contribución y no un impuesto, en observancia de la Norma II del Código Tributario, y que dicha contribución financiará el fondo destinado a pagar las pensiones y nivelaciones de los pensionistas comprendidos en el régimen del D.L. N.º 20530.

**Sobre el Principio de Igualdad**

En cuanto ello, refiere que la norma cuestionada ha insertado un trato diferenciado fundado en la diferente capacidad contributiva que tienen los pensionistas del Régimen del D.L. N.º 20530 fundado en supuestos de razonabilidad, ya que sólo se establece este trato para los pensionistas que reciban una pensión superior a las 14 UIT.

**Finalidad de la Ley N.º 28046**

Finalmente, alega que para que el Estado cumpla con sus compromisos, debe financiar los egresos que en el cumplimiento de sus obligaciones tenga que realizar. Así, el D.L. N.º 20530 se convierte en un sistema excepcional cuyas singularidades son la nivelación gradual a la que los pensionistas sometidos a este régimen tienen derecho, y que los aportes a este régimen son insuficientes para cubrir sus propias pensiones; por consiguiente deben dictarse medidas que compensen las alteraciones producidas por dicha excepcionalidad. Por ello, acorde con la potestad tributaria que le asiste al Estado, es que se ha dictado la Ley N.º 28046.

**FUNDAMENTOS**

**§.1 Petitorio**

1. Las demandas tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N.º 28046 que crea el "Fondo para la Asistencia Previsional", cuyos recursos, en la parte correspondiente al tributo creado por el artículo 4º de la norma, se destinarán al pago de las pensiones y a la nivelación de los pensionistas comprendidos en el régimen del Decreto Ley N.º 20530.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

2. La dilucidación de la presente causa requiere, fundamentalmente, el análisis de 2 elementos marco: de un lado, la protección que la Constitución dispensa al derecho a la seguridad social y, concretamente, al derecho a una pensión acorde con el principio de dignidad humana, y la ineludible relación de ella con la doctrina de los derechos adquiridos recogida en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (en adelante PDFT); y, de otro, el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado, reconocida por el artículo 74° de la Carta Fundamental.

Por ello, antes de revisar las concretas alegaciones que realizan tanto los recurrentes como el Congreso de la República, resulta pertinente efectuar un apunte de carácter histórico sobre el tratamiento constitucional que han merecido ambos elementos.

**§2. Disposiciones constitucionales sobre seguridad social y regímenes pensionarios**

3. La Constitución de 1979 es la que, por primera vez, desarrolla el tema de la seguridad social, la salud y el bienestar de las personas. El artículo 12° indicaba que: “El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación”; el artículo 13° disponía que: “La seguridad social tiene por objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley”; y el artículo 14° creaba: “Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, (que) tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, bajo responsabilidad. La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado. La asistencia y las prestaciones médico-asistenciales son directas y libres”. Por su parte, el artículo 20° disponía que: “Las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley”.

Es necesario mencionar, asimismo, que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 estableció el período de diez años para la nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes y jubilados aludidos en esa norma, a partir del 1 de enero de 1980.

4. La Constitución de 1993 contiene las siguientes normas relacionadas con la seguridad social y los regímenes pensionarios:



244

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a) "Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.
- b) Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa, asimismo, su funcionamiento.
- c) Artículo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.
- d) Primera Disposición Final y Transitoria.- Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos-Leyes N.ºs 19990 y 20530 y sus modificatorias.
- e) Segunda Disposición Final y Transitoria.- El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.
- f) Tercera Disposición Final y Transitoria.- En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario".

### §3. Disposiciones constitucionales sobre tributación

La existencia del Estado presupone que los servicios y los bienes públicos deben ser costeados por sus habitantes, de acuerdo con el principio de legalidad, el que debe, a su vez, considerar la capacidad económica de las personas.

No existe país en el mundo en el que no se tribute. Obviamente, la legislación comparada demuestra que hay diversos impuestos y tasas distintas. El Perú no es, ni puede ser, excepción a esa regla. Históricamente así se comprueba. En efecto, el artículo 9º7 de las Bases de la Constitución Peruana, aprobada por el Primer Congreso Constituyente y promulgada el 17 de diciembre de 1822, estableció el principio de que la Constitución debe proteger: "(...) La igual repartición de las contribuciones, en proporción a las facultades de cada uno, y lo mismo de las cargas públicas".

Luego, como facultad exclusiva del Congreso, el artículo 60º9 de la Constitución de 1823 dispuso que le correspondía: "(...) Decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República."

Asimismo, el artículo 12º3 de la Constitución de 1826 estableció, como deber de todo peruano: "(...) contribuir a los gastos públicos", y en el artículo 43º2 reservó la



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

iniciativa: “(...) En las contribuciones anuales y gastos públicos” como atribución de la Cámara de Tribunos.

De manera semejante, el artículo 21° de la Constitución de 1828 declaró que: “(...) A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa en las contribuciones, negociado de empréstitos y arbitrios para extinguir la deuda pública; quedando al Senado la facultad de admitirlas, rehusarlas u objetarlas”. Adicionalmente, el artículo 48°8 señaló como atribución del Congreso: “(...) Fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo.”

Fue atribución del Congreso, conforme al artículo 51°8 de la Constitución de 1834: “(...) Aprobar o no el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas; determinar la inversión de las rentas nacionales y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo.” El mismo precepto 51°12 atribuyó al Congreso la facultad de: “(...) Establecer aduanas y fijar la escala de derechos de importación y exportación.”

De acuerdo al artículo 8°3 de la Constitución de 1839, se requería, para ser ciudadano: “(...) Pagar alguna contribución, no estando exceptuado por ley” y, según el artículo 55°6 de la propia Carta, correspondía al Congreso: “(...) Aprobar o desechar el presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo.”

Como una de las garantías constitucionales, el artículo 8° de la Constitución de 1856 preceptuó que: “(...) No puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en servicio público y en proporción a los medios del contribuyente. Las contribuciones directas no podrán imponerse sino por un año.”

El artículo 8° de la Constitución de 1860, como garantía nacional, tuvo la misma redacción que el correspondiente de la Carta anterior; pero fue modificado por la Ley de fecha 26 de marzo de 1884, en la siguiente forma: “(...) No pueden imponerse contribuciones sino en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público.” En concordancia con tal precepto, el artículo 59°5 indicó que el Congreso tenía atribución para: “(...) Imponer contribuciones, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8°, suprimir las establecidas, sancionar el Presupuesto y aprobar o desaprobado la Cuenta de gastos que presente el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 102°.”

El artículo 7° de la Constitución de 1867, también como garantía nacional, expresó que: “(...) Sólo el Congreso puede imponer contribuciones. Si se establecen

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

contribuciones personales, no podrán imponerse sino por determinado tiempo.” Tal como ocurrió con la precedente Carta, reiterando lo dispuesto en el numeral 7, el artículo 59°5 declaró como atribución del Congreso: “(...) imponer contribuciones, y suprimir o modificar las establecidas.”

Ya en el siglo XX, la Constitución de 1920 dispuso en su artículo 7° que: “(...) No pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público. Sólo la ley puede exonerar en todo o en parte del pago de impuestos; pero nunca por razón de las personas.”

Además, en su artículo 8°, precisó que: “La contribución sobre la renta será progresiva.” Y mantuvo, como las anteriores Cartas (artículo 83°5), la potestad del Congreso en materia tributaria.

En el Capítulo I del Título II, relativo a las Garantías Nacionales y Sociales, la Constitución de 1933 literalmente declaró que: “Sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos, y exonerar de su pago en todo o en parte. No hay privilegios personales en materia de impuestos.” El artículo 123°5 señaló que correspondía al Congreso la materia tributaria y presupuestal, norma que fue modificada por la Ley N.° 8929, supuestamente aprobada en el plebiscito digitado de 1939, y que fue declarado inconstitucional por la Ley N.° 10334.

(Fue durante la vigencia de la Constitución de 1933 que se dictaron los Decretos Leyes N.°s 19990 y 20530).

El artículo 139° de la Constitución de 1979 reservó a la ley la creación, modificación o supresión de los tributos, así como la concesión de exoneraciones y otros beneficios tributarios. Además, declaró que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación; y que no hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria. Asimismo, indicó que los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley; y que los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos y exonerar de ellos, conforme a ley. De este precepto se infiere que el Congreso no sólo podía delegar funciones legislativas en el Presidente de la República, sino también, en materia tributaria, en los gobiernos regionales.

Manteniendo tal criterio, el artículo 74° de la Constitución de 1993 preceptúa que los tributos se crean, modifican o derogan; que se establece una exoneración exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo; que los

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley; que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona; que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio; que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria; que las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación; que las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria; y que no surten efecto las normas tributarias dictadas en contravención de lo que establece dicho artículo.

Es, fundamentalmente, a la luz de este precepto constitucional, que el Tribunal examinará y resolverá las acciones acumuladas.

**§4. ¿Existe un derecho adquirido a la intangibilidad del monto de las pensiones?****4.1 La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre derechos adquiridos en materia pensionaria**

6. Los recurrentes alegan la existencia de un derecho a la “intangibilidad de las pensiones” (expresión utilizada en el fundamento 15 de la demanda), esto es, la imposibilidad de establecer un límite a la percepción efectiva del monto de la pensión una vez que el derecho ha sido adquirido, sea que dicho límite se manifieste a manera de tope pensionario o de cualquier otra forma posible.

Tal argumento pretende encontrar sustento en la doctrina de los derechos adquiridos recogida en la PDFT de la Constitución, por lo que corresponde evaluar, a la luz de la jurisprudencia expedida por este Tribunal, cuáles son los componentes del derecho adquirido en materia pensionaria a cuya protección se encuentra orientada la referida PDFT.

7. En el FJ. 15 de la STC N.º 008-1996-AI, se precisa que los derechos adquiridos son “aquellos que han entrado en nuestro dominio que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”. Por su parte, en el FJ. 19 de la misma sentencia el Tribunal Constitucional expuso que “como el Decreto Ley N.º 20530 y sus modificatorias señalan cuáles son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma cómo éste se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen (...) tales requisitos, aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente, por cuanto éste incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración”.

Asimismo, los componentes del derecho adquirido que el Tribunal Constitucional considera como reconocidos por la PDFT de la Constitución fueron fijados en el

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

segundo párrafo del FJ. 18 de la misma sentencia, al disponerse que el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530 consiste en: “1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo, 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente” (subrayado agregado).

8. En tal sentido, cuando la PDFT establece la imposibilidad de que la ley afecte los derechos legalmente obtenidos conforme al régimen del Decreto Ley N.º 20530, hace alusión al derecho “a la pensión” legalmente obtenido, de manera tal que queda proscrita al legislador la posibilidad de: a) desconocer tal derecho y, por ende, la calidad de pensionista, so pretexto de que *a posteriori* varió alguno de los requisitos para obtener la pensión; y, b) reducir el monto de ésta, bajo el argumento de que, también posteriormente, ha cambiado la regla para su cálculo o se ha establecido un tope pensionario.
9. Así pues, vista esta reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos adquiridos reconocidos por la PDFT, lo que corresponde preguntarse es si ella implica, sin más —tal como lo sostienen los recurrentes—, la intangibilidad del monto de las pensiones adquiridas, o si existe algún supuesto, distinto de los antes referidos, que sí permita limitarlas legítimamente.

#### **4.2 El derecho adquirido a una pensión y su vinculación con el derecho a la propiedad privada**

10. Desde luego, tal interrogante debe ser absuelta a partir de las propias disposiciones constitucionales, reconociendo como fuente de interpretación ineludible los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte (criterio adoptado por este Tribunal en la STC N.º 2209-2002-AA/TC, FJ. 4, y recogido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que cobrará vigencia el 1 de diciembre próximo), y, particularmente, las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte).
11. El artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948, reconoce el derecho de toda persona a gozar de los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Asimismo, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo XVI de la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 9° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, el artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención), establece el deber de los Estados partes de adoptar las providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y sobre educación, ciencia y cultura; mientras que el artículo 9°1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como “Protocolo de San Salvador”, proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.

12. Adicionalmente a las disposiciones reseñadas, y teniendo en cuenta que, según quedó dicho, el Tribunal Constitucional dejó establecido en el FJ. 19 de la STC N.° 008-1996-AI que una vez que el individuo cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley N.° 20530 para obtener una pensión de jubilación, “(...) incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley (...)”, también resulta pertinente el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho a la propiedad privada, con las limitaciones en función al interés social y a la utilidad pública que ahí se contemplan.

13. Así lo ha reconocido la Corte en el “Caso Cinco Pensionistas”, al indicar que, “[a] la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención —el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N.° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N.° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”. (párrafo 103) (subrayado agregado).

En tal sentido, es evidente que aun cuando tal referencia se hace respecto al caso de los cinco pensionistas, la Corte, amparándose en la jurisprudencia emitida por este Tribunal Constitucional, y con carácter general, asimila los efectos patrimoniales del derecho adquirido a la pensión con el derecho a la propiedad privada. Tal conclusión, a su vez, permite a la Corte sostener que es posible reducir el monto de las pensiones.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, la Corte expresamente refiere que: “(...) los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5° del (...) “Protocolo de San Salvador” sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.” (párrafo 116) (subrayado agregado).

14. Desde luego, esta doctrina estipulada por la Corte y cuyos criterios de alcance general son de observancia obligatoria, no puede ser incompatible con las disposiciones constitucionales que versan sobre la materia, en tanto y en cuanto ha sido la jurisprudencia de este Colegiado, quien por antonomasia tiene a la Constitución como parámetro de control, el factor *sine qua non* para arribar a ella.

En efecto, en la medida que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión destacados en el FJ. 8, *supra*, no puede considerarse que la PDFT de la Constitución niegue, *per se*, la aplicación de un juicio ponderado que permita un justo equilibrio con otras disposiciones constitucionales sobre la materia, tales como la Segunda Disposición Final y Transitoria, que garantiza el pago oportuno de las pensiones con arreglo a la previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional, y el artículo 70° de la Carta Fundamental, que reconoce al bien común y a la necesidad pública como dos factores que incorporan el elemento social objetivo propio del Estado social de derecho a toda titularidad patrimonial subjetiva. Sostener lo contrario supondría desconocer la extensa y uniforme jurisprudencia de este Tribunal, conforme a la cual, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto.

15. Los recurrentes, de esta manera, se equivocan al considerar que este Tribunal ha consagrado jurisprudencialmente un derecho constitucional “a la intangibilidad del monto de las pensiones”, pues, en mérito a una interpretación integrada de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho referencia (principio interpretativo constitucional de concordancia práctica) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, dicho monto podría ser reducido, esto es, limitado legítimamente, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones:

- a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión, a los que se ha hecho alusión en el FJ. 8, *supra*;
- b) Que la reducción sea inspirada en razones de utilidad pública o interés social y con

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

el objeto de preservar el bienestar general o bien común dentro de una sociedad democrática;

- c) Que sea realizada por vía legal;
- d) Que, aun cuando la restricción o limitación se presente a nivel subjetivo (personas individualmente consideradas), continúe manteniéndose un nivel de progresividad objetivo en el derecho a la seguridad social, de manera tal que la colectividad verdaderamente representativa de la situación que afronta el Estado en materia de seguridad social no vea afectado su derecho.

16. Así pues, habiendo quedado meridianamente claras las condiciones en base a las cuales es posible reducir el monto de las pensiones, corresponde determinar si la Ley impugnada cumple con dichos requisitos, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad.

**§5. ¿Los derechos adquiridos en materia pensionaria suponen la imposibilidad de imponer un gravamen al monto de las pensiones?**

17. El artículo 4° de la Ley crea un tributo denominado “Contribución solidaria para la asistencia previsional”, cuyo cobro formará parte de los recursos del “Fondo para la Asistencia Previsional”, destinados al pago de las pensiones y la nivelación de los pensionistas comprendidos en el Decreto Ley N.° 20530. Dicha contribución tiene como hecho generador las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban como pensión por el régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530 la suma que anualmente exceda las 14 UIT (S/. 44,800), siendo la tasa equivalente a las tasas del Impuesto a la Renta aplicables a las personas naturales, es decir:

- Por el exceso de 14 UIT hasta 27 UIT: 15%
- Por el exceso de 27 UIT hasta 54 UIT: 21%
- Por el exceso de 54 UIT: 30%

18. Resulta claro, en primer término, que la Ley no pretende desconocer la calidad de pensionista de ninguna de las personas que, al momento de su entrada en vigencia, se hayan encontrado gozando del derecho a una pensión de cesantía o jubilación conforme al régimen del Decreto Ley N.° 20530. Tampoco pretende reducir el monto de la pensión variando las reglas para su cálculo previstas en el artículo 5° del referido decreto ley.

El problema, a juicio de los demandantes, consiste en que: “(...) la contribución solidaria (...) es jurídicamente similar a la aplicación de topes pensionarios, porque limita la percepción efectiva de las pensiones y contradice los derechos adquiridos”.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Refieren que “(...) en la práctica la aplicación de este tributo es idéntica a la aplicación de topes a las pensiones y que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional”.

19. Ya ha quedado establecida la imprecisión de aquella afirmación según la cual toda limitación a la percepción efectiva de las pensiones constituye, *per se*, una afectación a los derechos adquiridos en materia pensionaria reconocidos por la PDFT de la Constitución. Empero, corresponde evaluar si, tal como aducen los recurrentes, existe una identidad sustancial entre el tributo regulado por la Ley y la aplicación de topes pensionarios, respecto de cuya ilegitimidad este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones.

20. “Tope pensionario” es la denominación coloquial asignada al monto máximo de pensión que puede recibir un pensionista de un determinado régimen. Tiene por función imponer un límite objetivo al monto de las pensiones, de manera tal que se permita al Estado un control en el reajuste periódico y progresivo de las pensiones, ponderando el derecho constitucional a un sistema de seguridad social que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. Así pues, el pago de la pensión del cesante o jubilado tendrá como “tope” el monto máximo previsto en el ordenamiento jurídico, aun cuando, conforme al sistema de cálculo de la pensión, ésta alcance un monto superior.

A tal efecto, por ejemplo, el régimen previsional del Decreto Ley N.º 19990 establece, en su artículo 78º, que: “(...) [e]l Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales previo estudio actuarial propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones, el que será fijado por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

21. El régimen del Decreto Ley N.º 20530 contenía una regla sustancialmente análoga en su artículo 57º, la cual estipulaba que “[e]l monto máximo mensual de las pensiones que se pague, se establece por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional”. Sin embargo, dicha disposición se entendió modificada por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, que dispuso que las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública, se nivelen con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, nivelación que fue posteriormente regulada por la Ley N.º 23495, publicada el 20 de noviembre de 1982.

Es así que, mediante una disposición proyectada desde la propia Carta Fundamental de 1979, se instituyó el derecho de todo pensionista del Decreto Ley N.º 20530 a una pensión nivelable, siempre y cuando haya cumplido con los requisitos legales para adquirirla.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ello no fue modificado por la actual Constitución, cuya PDFT estableció (en lo que ahora resulta pertinente mencionar) que los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos en virtud del régimen del Decreto Ley N.º 20530.

22. Es en atención a tal imperativo constitucional que este Colegiado, en la STC N.º 008-1996-AI, entre otras, ha dejado establecido que uno de los principales efectos de la incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530 es que, cumplidos los requisitos legalmente previstos, el individuo adquiera el derecho a una pensión nivelable, por lo que: “(...) resulta evidente [que] la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos (...)” (*vid.* segundo y tercer párrafos del FJ. 18 de la STC N.º 008-1996-AI); criterio que es ratificado ahora por el Tribunal Constitucional.
23. Sin embargo, aun cuando, en atención a lo expuesto, este Colegiado comparte el alegato de los recurrentes, conforme al cual no es posible fijar topes a las pensiones adquiridas bajo el régimen del Decreto Ley N.º 20530, discrepa de ellos cuando refieren que la Ley “ha creado un tributo que en la práctica establece un tope a las pensiones”, pues no es posible asignar semejanza alguna entre la fijación de un tope pensionario y lo que ello representa (ver FJ. 20, *supra*), con la imposición de un tributo a las pensiones.

En efecto, el establecimiento de un tributo al patrimonio representado en el monto de la pensión, no impide de manera alguna que dicho monto continúe incrementándose progresivamente en línea de nivelación con la remuneración del trabajador activo en el último cargo u otro similar en el que prestó servicios el cesante o jubilado.

24. Adicionalmente, los demandantes refieren que el tributo creado por la Ley afecta el artículo 53º del Decreto Ley N.º 20530, que establece que, por vía legal, la pensión puede ser gravada para reintegrar adeudos por aportes para pensiones o impuestos al nombramiento y por responsabilidad pecuniaria a favor del Estado. En estricto, lo que los demandantes sostienen es que, al haber adquirido el derecho conforme al régimen del Decreto Ley N.º 20530, absolutamente ninguna modificación a dicho régimen les resultaría aplicable por encontrarse amparados por la PDFT de la Constitución.
25. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En primer lugar, porque cuando la PDFT de la Constitución establece que los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan no afectan los derechos legalmente obtenidos conforme al régimen del Decreto Ley N.º 20530, no pretende consagrar un “ordenamiento pétreo” para los pensionistas, representado en todas y cada una de las disposiciones del Decreto Ley N.º 20530, sino tan sólo garantizar el derecho adquirido en materia pensionaria regulado por dicho

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

régimen, consistente —como quedó dicho en el FJ. 8, *supra*— en el derecho a una pensión que no puede ser desconocida so pretexto de la variación posterior de los requisitos para obtenerla, la cual será calculada con arreglo a las disposiciones de dicho decreto ley y, cumplidos más de 20 años de servicios en la administración pública, progresivamente nivelable con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.

No se trata, pues, de la “constitucionalización” de las disposiciones de una norma con rango de ley sino, meramente, del reconocimiento del derecho adquirido a una pensión al amparo de una suma de requisitos establecidos por dicha norma, sin los cuales no hubiera nacido y cuyo monto debe ser calculado con arreglo a un sistema preestablecido, que soporta, incluso, la posibilidad de una nivelación progresiva.

26. En segundo lugar, porque pretender que la condición de derecho adquirido se extiende a la previsión del artículo 57° del Decreto Ley N.° 20530, de manera tal que las pensiones adquiridas sólo puedan ser gravadas en los supuestos allí previstos, supondría desconocer la doctrina jurisprudencial sentada por este Colegiado, conforme a la cual la Constitución no ha constitucionalizado (o, a su turno, prohibido) ningún tributo, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales (STC N.° 2727-2002-AA/TC, FJ. 6; STC N.° 004-2004-AI/TC, FJ. 27].

Tal alegato, implicaría reconocer en una norma pre e *infra* constitucional (el Decreto Ley N.° 20530) un límite objetivo a la potestad tributaria del Estado distinto a los contemplados en el artículo 74° de la Constitución Política (principio de reserva de ley, no confiscatoriedad de los tributos, igualdad y respeto por los derechos fundamentales), lo que a todas luces resulta inaceptable.

27. Debe tenerse presente, además, que en la STC N.°189-2002-AA/TC TC (Caso Maldonado Duarte) el Tribunal Constitucional entendió como legítima la posibilidad de imponer un tributo a determinadas pensiones al régimen del Decreto Ley N.° 20530, en la medida que ello se traduzca en un factor que coadyuve, en línea de equidad, a generar el equilibrio intrínseco que corresponde a todo régimen previsional. En efecto, en dicha oportunidad el Tribunal expresó que: “(...) en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N.° 20530, debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima su deber formular un llamado para que, de conformidad con los principios constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad Social, teniendo en

250

cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948”.

28. Así pues, si algún vicio de inconstitucionalidad puede ser detectado en una ley que, como la impugnada, regula materia tributaria, debe ser a la luz de los principios tributarios constitucionales referidos, mas no invocándose una disposición legal previa, que bien puede ser objeto de modificación por una ley posterior inmediatamente aplicable.
29. En atención a lo expuesto, si bien este Colegiado considera que la Ley impugnada no vulnera los derechos adquiridos en materia pensionaria reconocidos por la PDFT de la Constitución, resulta ahora necesario determinar si la reducción del monto de las pensiones, mediante la aplicación de un tributo regulado por la norma cuestionada, ha sido impuesta por razones de utilidad pública o interés social.

**§6. la incidencia del régimen del Decreto Ley N.º 20530 en la economía nacional**

30. Es importante reconocer que el referido régimen es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de los casos, los aportes que los pensionistas de este régimen han realizado durante sus años de actividad han sido claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben.
31. En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L. N.º 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley N.º 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores del sector público de las respectivas categorías.
32. De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley N.º 20530, el informe “Marco Macroeconómico Multianual 2004-2006 revisado” publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 2003, y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en [www.proyecto20530.gob.pe](http://www.proyecto20530.gob.pe),



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“[s]e estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1974 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes, mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos. Así, el costo del DL 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública. En tal sentido, recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios como la salud, la educación y la infraestructura básica, deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas, que apenas representan el 2.5% de la PEA del país. [...].

El costo anual para el Estado del régimen del DL 20530 asciende a S/ 5,206 millones. Este monto es financiado en gran medida a través de los impuestos, tasas y arbitrios pagados por la ciudadanía y es destinado a financiar los beneficios de 295 mil pensionistas de este sistema. [...] [S]e estima que – para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera vitalicia, con sólo treinta años de servicios – se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38%, para que no requiera subsidio del Estado. Más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable, normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana, lo que tiende a alargar el período de pago de pensión.”

Finalmente, se debe considerar que a partir de la solicitud cursada por el Tribunal Constitucional a ESSALUD para que se informe sobre los montos que por concepto de prestamos, transferencias u otros de similar naturaleza que hubieran sido entregados por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy ESSALUD) y que se encuentren pendientes de devolución, se recibió la respuesta mediante oficio N.º 108-SG-ESSALUD-2004, de fecha 15 de junio de 2004, señalándose que “no se muestra la existencia de prestamos, transferencias u otros de similar naturaleza al Gobierno Central”.

33. Consecuentemente, son suficientes y objetivos los argumentos que determinan la existencia de razones de utilidad pública e interés social en la reducción de los montos de las pensiones de determinados pensionistas pertenecientes al régimen del Decreto Ley N.º 20530, aunque es necesario evaluar la constitucionalidad del medio utilizado para la consecución de tales fines. Y considerando que el medio en referencia se manifiesta, concretamente, en forma de tributo, su enjuiciamiento debe realizarse,

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

fundamentalmente, teniendo como parámetro a las disposiciones del artículo 74° de la Constitución.

**§7. Idoneidad y necesidad de la medida, y compromiso con el derecho fundamental a la seguridad social**

34. Sin embargo, antes de ingresar en el análisis de cada uno de los principios que debe respetar todo tributo creado por el legislador, resulta pertinente evaluar si la medida en cuestión es respetuosa de los sub principios de idoneidad y necesidad, propios de todo *test* de proporcionalidad.

Este Colegiado considera que resulta particularmente relevante para dicho análisis datos estadísticos adicionales, debidamente documentados, proporcionados por la precitada información del Ministerio de Economía y Finanzas.

35. La información establece que de las aproximadamente 295 mil personas que se encuentran beneficiadas con una pensión del régimen del Decreto Ley N.º 20530, sólo un 3.5 %, es decir, 10,338 individuos, reciben una pensión que oscila entre S/. 3,200 y S/.30,000 mensuales, mientras que un 96.5%, esto es, 284,993 personas reciben menos de S/. 3,200 al mes por concepto de pensión.

36. Así las cosas, tomando en consideración que sólo los pensionistas que reciben una pensión superior a S/. 3,200 son los que se verán afectados por el impuesto, resulta evidente que en la *ratio* de la norma impugnada no tiene el propósito de quebrantar el derecho a la seguridad social, sino, por el contrario, generar al interior del sistema el compromiso de equidad y solidaridad que debe ser inherente a todo régimen previsional.

**§8. Contribución, razonabilidad intrínseca de las normas y principio de legalidad tributaria**

37. Los recurrentes sostienen que el tributo creado por la Ley impugnada viola el principio de legalidad tributaria, dado que, siguiendo la clasificación previamente establecida por el Código Tributario, a pesar de que se le denomina "contribución", se trataría en realidad de un impuesto. Refieren que "la contribución requiere que la obligación que la origine tenga como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales", sin que en el presente caso exista "ninguna contraprestación directa ni indirecta a [su] favor, por lo que en realidad se trata de un impuesto".

38. Ante todo, resulta claro que los recurrentes confunden los alcances del principio de legalidad tributaria aludido por el artículo 74° de la Constitución, con la razonabilidad intrínseca que debe guardar la ley que regula un determinado tributo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

39. El principio de legalidad en materia tributaria se traduce en el aforismo *nullum tributum sine lege*, consistente en la imposibilidad de requerir el pago de un tributo si una ley o norma de rango equivalente no lo tiene regulado. Este principio cumple una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple, también, una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad.

A tal efecto, el artículo 74° de la Norma Fundamental dispone que: “(...) los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo”, estableciendo como única excepción el caso de los aranceles y las tasas, los cuales pueden ser regulados por decreto supremo. Asimismo, establece la posibilidad de que los gobiernos locales, mediante las fuentes normativas que les son propias, creen, modifiquen o supriman contribuciones y tasas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley.

Debe precisarse que para la plena efectividad del principio de legalidad, los elementos constitutivos del tributo deben estar contenidos cuando menos en la norma de rango legal que lo crea, es decir, el hecho generador (hipótesis de incidencia tributaria), sujeto obligado, materia imponible y alícuota.

40. Así las cosas, la ley cuestionada no vulnera el principio *in comento*, toda vez que cada uno de los elementos constitutivos del tributo se encuentran previstos en ella: a saber, el hecho generador, el sujeto obligado y la materia imponible (previstos todos en el artículo 5° de la norma impugnada), así como la alícuota (estipulada en su artículo 7°).

41. Por su parte, en lo que atañe a la supuesta falta de razonabilidad interna en la propia ley, al asignar la denominación de “contribución” a un tributo que, al no generar ninguna contraprestación por parte del Estado, responde más bien a la naturaleza de un impuesto, es menester precisar que, a diferencia de lo señalado por los recurrentes, sí existe una manifiesta contraprestación que repercute en beneficio del sujeto pasivo del tributo, es decir, del pensionista del Decreto Ley N.° 20530, toda vez que la recaudación de la contribución se destina al pago de las pensiones y a la nivelación de los propios pensionistas del referido régimen.

254

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****§9. La contribución solidaria para la asistencia previsional y principio de no confiscatoriedad de los tributos**

42. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no afecte irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

Se trata, pues, de un parámetro que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del tributo, ya que supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un tributo, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y que, además, ha considerado a ésta como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.

43. Los demandantes sostienen que el principio de no confiscatoriedad ha sido infringido por la ley cuestionada, toda vez que, mediante el tributo creado por ella, el Estado se apropia de: “un porcentaje importante de [sus] pensiones”. Sostienen que “al ser gravados con este impuesto se está confiscando parte importante de [su] capital, derivados de todos [sus] años de trabajo”.

44. Para evaluar si la contribución solidaria para la asistencia previsional resulta, o no, confiscatoria, es menester delinear los elementos que determinan la carga impositiva recaída sobre el sujeto pasivo.

El artículo 5° de la Ley refiere que la contribución: “(...) grava a las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban como pensión por el régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530 la suma que anualmente exceda las 14 UIT”. Así, ante todo, debe tomarse en cuenta que ninguna persona que perciba una pensión anual equivalente o inferior a S/. 44,800, se encontrará sujeta a la contribución.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Por su parte, el artículo 7° de la Ley, establece que: “(...) la tasa de la contribución será equivalente a las tasas del impuesto a la renta aplicables las personas naturales”. De manera tal que por el exceso de 14 UIT hasta 27 UIT, la tasa será de 15%; por el exceso de 27 UIT hasta 54 UIT, de 21%; y por el exceso de 54 UIT, de 30%.

De modo que, tomando como margen inferior de la primera escala (por el exceso de 14 UIT hasta 27 UIT) una pensión anual de S/. 45,000, el pensionista deberá abonar por concepto de contribución al “Fondo para la asistencia previsional”, un monto anual de S/. 6,750. Es decir, de una pensión mensual de S/. 3,750, la deducida contribución será de S/. 562,50, manteniendo como pensión neta mensual un monto ascendente a S/. 3,187.50.

Tomando como margen inferior de la segunda escala (por el exceso de 27 UIT hasta 54 UIT) una pensión anual de S/. 87,000, el pensionista deberá abonar por concepto de contribución al “Fondo para la asistencia previsional”, un monto anual de S/. 18,270. Es decir, de una pensión mensual de S/. 7,250, la contribución deducida será de S/. 1,522.50, manteniendo una pensión neta mensual de S/. 5,727.50.

Finalmente, tomando como margen inferior de la tercera escala (por el exceso de 54 UIT) una pensión anual de S/. 173,000, el pensionista deberá abonar por concepto de contribución al “Fondo para la asistencia previsional”, un monto anual de S/. 51,900. Es decir, de una pensión mensual de S/. 14,426.60, la contribución deducida será de S/. 4,328, manteniendo una pensión neta mensual de S/. 10,098.6.

45. Consecuentemente, a criterio de este Tribunal, carece de todo sustento, con vista a de los ejemplos utilizados (que se han situado en un margen inferior de ingreso), el argumento conforme al cual el tributo atenta contra el principio de no confiscatoriedad de los tributos. En efecto, carece de fundamento sostener que detraer S/. 562.50 de S/. 3,750, S/. 1,522.50 de S/. 7,250 o S/. 4,328 de S/. 14,426.60, constituyan actos confiscatorios, pues en ningún caso queda afectada una parte sustancial del patrimonio.

**§10. La contribución solidaria para la asistencia previsional y principio de igualdad**

46. De otra parte, los recurrentes alegan que la ley impugnada vulnera el principio de igualdad, pues a pesar de que los pensionistas adscritos al régimen previsional del Decreto Ley N.º 20530 siempre han sido considerados como iguales ante la ley, se afectan las pensiones sólo de un grupo de pensionistas de dicho régimen, dejando inafectadas las de otros.

47. Es constante la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional según la cual, la cláusula de igualdad prevista en el artículo 2º de la Constitución, no implica el derecho a un tratamiento “uniforme”, esto es, que no supone un principio de protección

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

frente al trato diferenciado sino, tan sólo, frente al discriminatorio, entendido éste como aquel juicio de distinción que no se sustenta en base razonable, objetiva y concretamente verificable. Dicho de otro modo, desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad “en la ley”, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma.

48. De ahí que la Constitución establezca como uno de los límites expresos a la potestad legislativo-tributaria del Estado, el respeto al principio de igualdad. Sobre el particular, debe tenerse presente que la potestad tributaria del Estado tiene como objetivo primordial el aseguramiento de la consecución de uno de sus deberes primordiales, cual es la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo equilibrado de la Nación, elemento primordial del Estado social de derecho. En tal medida, cuando la Norma Fundamental exige al legislador el respeto al principio de igualdad al momento de regular los tributos, lo que en buena cuenta le demanda es que no pretenda alcanzar el desarrollo equilibrado, desconociendo —en signo claro de incongruencia y arbitrariedad— el desequilibrio económico existente entre los sujetos que se verán afectados por el tributo.

49. El principio de igualdad en materia tributaria tiene estrecha relación con el principio de capacidad contributiva, a efectos de que la carga tributaria sea directamente proporcional a la capacidad económica de los concretos particulares que se ven afectados por el tributo. De ahí la necesidad, por ejemplo, de que la alícuota sobre la base imponible sea establecida en un valor numérico porcentual.

50. Sobre la base de lo expuesto, este Colegiado ha tenido oportunidad de precisar que la potestad tributaria del Estado: “(...) se encuentra directamente conectada con el derecho de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, con el principio de capacidad contributiva, según el cual, el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes.” (STC N.º 2727-2002-AA/TC. FJ. 4).

51. No es, pues, la pertenencia, o no, a un determinado régimen pensionario el factor que deba tenerse en cuenta para determinar si la cláusula de igualdad en materia de tributos ha sido afectada por la ley impugnada, sino determinar si el principio de capacidad

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

contributiva ha sido desconocido por el legislador cuando ha regulado el tributo cuya inconstitucionalidad se reputa.

52. Este Colegiado considera que existen factores relacionados con el principio de capacidad contributiva que permiten sostener que el derecho a la igualdad en la ley no ha sido vulnerado por la ley cuestionada. En efecto, de un lado, la contribución no pretende gravar todas las pensiones de aquellos beneficiarios del régimen del Decreto Ley N.º 20530, sino sólo aquellas que anualmente excedan la suma de 14 UIT (S/. 44,800); y, de otro, la tasa de la contribución es equivalente a las tasas del impuesto a la renta, de modo tal que se respeta una escala progresiva acumulativa establecida, justamente, sobre la base de la capacidad contributiva del contribuyente: por el exceso de 14 UIT hasta 27 UIT, 15%; por el exceso de 27 UIT hasta 54 UIT, 21%; y por el exceso de 54 UIT, 30%.

Por estos motivos, el Tribunal Constitucional desestima la alegación de los recurrentes, según la cual la ley cuestionada vulnera el principio de igualdad tributaria.

**§11. Derecho a la seguridad social y principio de progresividad**

53. Finalmente, aun cuando no haya sido alegado, debe precisarse si el tributo regulado por la ley cuestionada vulnera el principio objetivo de progresividad que informa a todo derecho de contenido social. En efecto, es necesario analizar si con la ley en cuestión, el Estado peruano está desconociendo el compromiso asumido a tenor del artículo 26º de la Convención, que establece el deber de los Estados partes de adoptar las providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

54. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su Observación General N.º 3 ("La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del Art. 2º del Pacto", 5to. Período de Sesiones, 14/1290), estableció que: "(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [...] [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” (subrayado agregado).

55. Esta afirmación permite sostener que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan.

56. Por lo demás, debe tenerse presente que el concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. Y es que, como ha quedado dicho, conforme a la información remitida por el MEF, el grupo de pensionistas afectados por la contribución regulada por la ley, constituyen no más del 3.5% de la totalidad de los pensionistas del Decreto Ley N.º 20530 (ver FJ. 34, *supra*).

57. En tanto asista a la reducción subjetiva y proporcional de las pensiones un compromiso, en línea de equidad objetiva, con el propio derecho a una pensión acorde con el principio de dignidad humana, el principio de progresividad no se verá afectado.

Tal fue el criterio de la Corte en el “Caso Cinco Pensionistas”, cuando negó la existencia de una vulneración al artículo 26º de la Convención señalando que el desarrollo progresivo de los derechos sociales “(...) se debe medir (...) en función de la creciente cobertura de (tales) derechos (...) en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.” (párrafo 147).

58. Asimismo, es necesario acotar que el régimen del Decreto Ley N.º 20530 no es el único factor que actualmente demanda al Estado una cobertura que rebasa las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional. Lo propio ocurre con la escala remunerativa de determinados altos funcionarios del Estado.

59. La Constitución Histórica estableció la prohibición de percibir más de un sueldo o remuneración del Estado, salvo por razón de enseñanza. Esa norma está recogida en el artículo 40º de la Carta de 1993, de acuerdo al cual: “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

60. El monto de las remuneraciones de los funcionarios y servidores públicos debe guardar armonía con las posibilidades de la economía nacional y con la necesidad de que las mismas permitan un ingreso decoroso para atender las necesidades básicas de los trabajadores del Estado. Resulta obvio que la remuneración de mayor cuantía debe corresponder al Presidente de la República, no obstante que muchas de sus necesidades son directamente atendidas en Palacio de Gobierno.
61. Para prevenir la tentación de incrementos no justificables en la remuneración del Jefe del Estado, el artículo 151° de la Constitución de 1933 dispuso que: “La dotación del Presidente de la República será fijada por la ley, y su aumento sólo surtirá efecto en el período presidencial siguiente”. Las Constituciones de 1979 y 1993 no incluyeron dicho precepto, ni ninguno semejante.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGROYEN  
REVOREDO MARSANO  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR

260

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
JUAN BAUTISTA BARDELLI L.**

A efecto de determinarse la responsabilidad que corresponde a los gobiernos encargados de administrar los fondos creados para financiar el sistema previsional del D.L. N° 20530 a que se hace referencia en el fundamento n° 30 de la presente resolución; soy de opinión que debe obligarse a la Contraloría General de la República a efecto que determine si el fondo ha sido debidamente administrado y que si los dineros que en su caso se prestaron para la ejecución de obras publicas al Estado han sido devueltos oportunamente, así como también dejarse establecido que las inversiones que se puedan haber efectuado con dinero del fondo previsional hayan sido aplicados a operaciones rentables y no desfinanciadas o dolosas--- a efecto de determinarse la responsabilidad civil, penal o administrativa a que hubiera lugar en su caso.



Dr. Daniel Figallo Rivadavia  
SECRETARIO RELATOR

EXP. N° 001-2004-AI/TC Y  
002-2004-AI/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
MAS DE 5,000 CIUDADANOS

### FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Llama poderosamente mi atención la respuesta que da ESSALUD al Tribunal Constitucional, en el sentido que no encuentra ninguna desviación de los fondos de los pensionistas a otros fines que no sean los pensionarios...

De haber sido afirmativa la respuesta de Essalud, aceptando que muchos políticos utilizaron indebidamente, en el pasado, los fondos de pensiones, otra habría sido la sentencia del Tribunal Constitucional. Por ello, considero importante señalar expresamente a los responsables de tal información, señores José Gerardo Velarde Salazar, Secretario General y Eco. Elía Robles Narciso, Gerente Central de Finanzas de ESSALUD.

2. Mis colegas aceptan que la llamada “contribución” que se impugna contiene todos los elementos de un impuesto, a saber, el hecho generador, el sujeto obligado, la materia imponible y la alícuota, pero expresan que no se trata de un “impuesto” sino de una “contribución”. La razón, dicen, es que “existe una contraprestación que repercute en beneficio del sujeto pasivo del tributo, es decir, del pensionista del Decreto Ley 20530”, toda vez que sirve para nivelar a dichos pensionistas.

Pero en verdad, los sujetos pasivos del tributo en cuestión no son los mismos que reciben el eventual beneficio : los que tributan son los que **mayor pensión reciben**, y los beneficiados serán otros individuos : las que **menor pensión reciben**.

Considero que toda contribución, para ser tal, debe significar un beneficio directo al mismo sujeto pasivo, es decir, al que paga el tributo, y no a terceras personas, aunque sean también pensionistas.

3. Por último, forma parte del test de razonabilidad constitucional, la averiguación de si el objetivo de la norma impugnada podría ser alcanzado con otras medidas que causaran menor daño o vulneraran en grado más leve los derechos de las personas o de menos personas. En este caso, ha de preferirse la solución que dañe menos y declarar inconstitucional la solución legislativa, constitucionalmente más dañina.

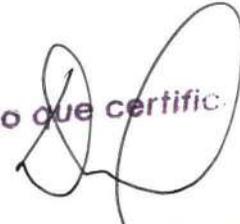
En este sentido, creo que el Tribunal Constitucional debió avocarse a averiguar si rebajando sustancialmente los sueldos y honorarios más altos que se pagan a los funcionarios públicos activos, se podía lograr el financiamiento de las pensiones, sin necesidad de crear el tributo a los pensionistas.

Por lo demás comparto el fundamento de voto del Magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen.

**SRA.  
REVOREDO MARSANO**



Lo que certifico:

  
Dr. Daniel Pigallo Rivade  
SECRETARIO RELATOR



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXPS. N.º 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
MÁS DE 5000 CIUDADANOS

**FUDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA**

Aún cuando coincido tanto con el fallo como con los fundamentos de la sentencia, considero justo y pertinente advertir que las causas expuestas en el rubro §6, denominado “La incidencia del régimen del Decreto Ley N.º 20530 en la economía nacional”, no son las únicas que han determinado el colapso del sistema del Decreto Ley N.º 20530 y sus diversas normas complementarias.

En efecto, es preciso reconocer que a aquello que con corrección se ha denominado “la inherente desfinanciación” del referido régimen, corresponde agregar el sumo grado de irresponsabilidad con el que actuaron diversos gobiernos de nuestra reciente historia, encargados de administrar los aportes al Fondo Nacional de Pensiones.

Conforme al artículo 1º de la Ley N.º 22595, el aporte para las pensiones de los trabajadores del Sector Público Nacional comprendidos en el régimen del Decreto Ley N.º 20530 era equivalente al 12% del monto de las remuneraciones pensionables, del cual 6% era descontado al trabajador y 6% debía ser abonado por el Estado. Sin embargo, resulta claro que el Estado no afrontó con responsabilidad el compromiso asumido, en algunas ocasiones incumpliendo con efectuar el referido aporte, y en otras —lo que resulta más grave aún— destinando parte de los montos a fines distintos de los previsionales, a pesar de que, como resulta evidente, el Fondo Nacional de Pensiones se encontraba exclusivamente destinado a cubrir la pensiones de los ex servidores públicos.

S.  
GONZALES OJEDA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR (E)