



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 009-2001-AI/TC
LIMA
CINCO MIL CUATROCIENTOS
DIECISÉIS CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintinueve días del mes de enero de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde; Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos adjuntos del Magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuatrocientos dieciséis ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los artículos 5º, 6º, 7º, 10º, literales “b” y “c”, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 25º, literal “d”, 29º, 31º, literal “a”, 32º, literales “a” y “b”, 38º, 39º, 41.2º, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

ANTECEDENTES

Los recurrentes impugnan la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N.º 27153 (en adelante, la LEY). A criterio de los demandantes, el artículo 5º no respeta algunas de las atribuciones que el artículo 191º de la Constitución, en concordancia con la Ley Orgánica de Municipalidades, otorga a tales corporaciones y, en especial, a las relacionadas con los planos de zonificación.

Sostienen que el artículo 6º viola el derecho a la libre iniciativa privada, pues establece que sólo pueden instalarse salas para la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas en hoteles de cuatro o cinco estrellas o en restaurantes de cinco tenedores, lo que obliga, de ese modo, a los pequeños empresarios a incursionar en actividades diferentes. Añaden, entre otras razones, que los nuevos requisitos implican la instalación de obras de infraestructura que no se encuentran dentro de sus posibilidades económicas, por lo que juzgan que también se vulnera el derecho de igualdad ante la ley, así como el mandato constitucional relativo a que el Estado debe promover la superación de los sectores que sufren desigualdad.

Afirman que el artículo 7º viola los artículos 59º, 61º y 72º de la Constitución, al exigir condiciones onerosas de similar magnitud para iniciar o continuar con la explotación de los juegos de tragamonedas, sin considerar su capacidad económica.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por otro lado, consideran que los literales “b” y “c” del artículo 10° de la LEY afectan las libertades de trabajo, empresa, comercio y de contratar, en tanto que exigen, en forma compulsiva, la contratación de un servicio de homologación con el objeto de obtener autorización para operar determinados modelos y programas de juego. A su vez, el literal “c” del mismo artículo viola el derecho de igualdad ante la ley y la libre competencia, fundamentalmente, porque sólo a las empresas cuya actividad está vinculada con la explotación de las máquinas tragamonedas, se les obliga a efectuar un servicio técnico de reconstrucción sobre sus bienes muebles, lo cual implica la incorporación de nueva tecnología, a pesar de que éstos pueden funcionar en buenas condiciones, favoreciendo a las empresas fabricantes de máquinas tragamonedas y a sus representantes oficiales en el Perú.

Respecto al artículo 11°, señalan que exige el requisito de homologación de modelos de máquinas tragamonedas y programas de juegos, lo que, a su juicio, constituye un abuso del derecho, ya que pudo exigirse que tal homologación se realice en el país de origen de los modelos y programas.

En relación con el artículo 12°, sostienen que es una norma innecesaria, por cuanto el registro de modalidad de juegos de casino, modelos y programas de máquinas tragamonedas se entiende tácitamente, siendo lo pertinente que se obligue a registrar las modalidades de juegos, modelos y programas prohibidos en el país.

Señalan, asimismo, que el artículo 13° contradice lo dispuesto por el artículo 4° de la misma LEY, pues establece que, pese a contarse con autorización, no se podrían iniciar operaciones, lo que vulnera el derecho al trabajo.

A su vez, juzgan que el artículo 14° vulnera el ejercicio de la libre empresa, puesto que exige la presentación de documentos innecesarios, vulnerando el ejercicio de la libertad de empresa.

Respecto al artículo 15°, sostienen que viola el derecho de igualdad, pues establece un tratamiento discriminatorio entre aquellos que deseen continuar o incursionar en los juegos de casinos y máquinas tragamonedas y las empresas que tienen otro objeto social, a los cuales no se exige, como principio general, la verificación posterior, mientras que sí se admite la presunción de veracidad con la presentación de una declaración jurada. Vulnera, además, el ejercicio de la libre empresa, ya que, en tanto dure la denominada “investigación financiera y de antecedentes”, se impide el desarrollo de las actividades económicas.

En relación con el artículo 17°, consideran que viola el derecho de igualdad, porque fomenta un tratamiento desigual en el otorgamiento del plazo de autorización.

Sostienen que el artículo 18° afecta el “derecho a la estabilidad jurídica”, dado que condiciona la renovación de autorización al cumplimiento de requisitos y condiciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

vigentes a la fecha de la solicitud de renovación, propiciando un efecto retroactivo de la legislación.

Asimismo, respecto al artículo 19°, sostienen que viola el literal “e” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, ya que exige que se constituya una garantía en respaldo de futuras sanciones que pudieran derivarse, violando el principio de presunción de inocencia. Sostienen que el artículo 20° de la LEY es inconstitucional en conexión con el anterior.

Respecto al artículo 21.2° consideran que viola las libertades de empresa y comercio y el derecho de progresar y poder explotar mayor número de máquinas tragamonedas, debido a que se favorece la posición dominante de ciertas empresas. A su juicio, ello también importa el establecimiento de un tratamiento discriminatorio, por razones económicas, contrario al inciso 2) artículo 2° de la Constitución. En relación con el artículo 21.3° señalan que el monto de la garantía, en el caso en que se exploten máquinas tragamonedas interconectadas que generen pozos acumulados, restringe la posibilidad de incursionar en dicha modalidad de juegos, favoreciendo el monopolio de pocas empresas que puedan asumir tales montos, propiciando así su posición dominante en el mercado. En conexión con los artículos 19°, 20° y 21°, juzgan que es inconstitucional el artículo 22° de la LEY.

Respecto al artículo 23°, sostienen que es incongruente con el artículo 4° de la misma LEY.

En relación con el artículo 25°, literal “d”, sostienen que viola la reserva tributaria, pues la SUNAT es la única entidad del Estado que se encuentra autorizada por ley para exigir la presentación de documentación contable de uso interno, y no la Dirección Nacional de Turismo del MITINCI ni la CONACTRA.

Respecto al artículo 29° juzgan que vulnera el derecho de igualdad, porque establece, tácitamente, la prohibición de que las empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) puedan obtener la autorización para explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas.

Sostienen que el artículo 31°, literal “a”, de la LEY impide realizar convenios de participación o de colaboración empresarial con terceros, vulnerando los artículos 62° y 2°, inciso 14), en tanto que obliga a los titulares de la autorización a explotar directamente la actividad establecida en la resolución de autorización.

A su vez, consideran que el artículo 32°, literal “a” de la LEY impide que los titulares de una autorización puedan realizar otras actividades conexas a toda sala de juego, afectando la libertad de empresa, comercio y trabajo. Consideran que el literal “b” del mismo artículo viola el derecho de igualdad ante la ley, pues impide que los socios y directivos de las empresas dedicadas a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas puedan participar, directa o indirectamente, en los juegos. Entienden que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se trata de una prohibición injustificada, debido a que las máquinas de tragamonedas no reconocen a la persona que esté jugando.

En relación con el artículo 38°, sostienen que viola el principio de igualdad, ya que ha previsto la base imponible del impuesto con relación a la explotación de los juegos de máquinas tragamonedas, creando, de esa manera, un impuesto especial no previsto para ninguna otra actividad económica.

Respecto al artículo 39°, sostienen que viola el artículo 74° de la Constitución, pues fija la alícuota del impuesto aproximadamente en veinte por ciento (20%) a aplicarse sobre la base imponible, constituida por la ganancia bruta, que, en realidad, no es más que el ingreso bruto, porque se calcula después de deducir el pago de los premios otorgados a los ingresos totales obtenidos, sin considerar los gastos operativos, como consumo de energía eléctrica, remuneraciones, alquiler de local, arrendamiento de máquinas, etcétera. Consideran que se trata de un dispositivo que propicia la desigualdad por razones económicas, respecto a la incidencia del impuesto sobre los gastos operativos, variables que se medirían según la inversión y el sector empresarial.

Con relación al artículo 41°, inciso 2), sostienen que establece, bajo sanción, la obligación de presentar mensualmente las declaraciones juradas de los ingresos brutos, menos los premios pagados mensualmente, por cada mesa de juego de casino o máquina tragamonedas que se explote, haciendo oneroso su control y propiciando que se tengan que adquirir sofisticados y onerosos sistemas de control electrónicos en cada máquina, lo cual sólo beneficiaría a su proveedor. Consideran, asimismo, que afecta el derecho de igualdad ante la ley, pues se exige que se adjunte el recibo de pago del impuesto, cuando el Código Tributario señala que, para cualquier impuesto, se puede presentar la declaración del tributo, sin necesidad del pago.

Respecto a la Primera Disposición Transitoria de la LEY, sostienen que viola los artículos 59° y 61° de la Constitución, pues establece un plazo de adecuación reducido, que no toma en cuenta lo oneroso que ello resulta para los pequeños empresarios. Además, sanciona e imposibilita la presentación de la solicitud de autorización tras el vencimiento del plazo. Consideran que, con ello, se vulnera la garantía de que el Estado brinde oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad.

Sostienen que la Segunda Disposición Transitoria de la LEY es inconstitucional, pues dispone un plazo dentro del cual las empresas autorizadas, que iniciaron sus actividades durante la vigencia de la ley anterior, pueden continuar funcionando, vencido el cual tendrían que cerrar, perdiendo, de ese modo, las inversiones hechas para instalar las actividades exigidas cuando se les autorizó a funcionar.

CONTESTACION

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se declare infundada, por las siguientes razones:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto al artículo 5°, sostiene que no se afecta la autonomía municipal, pues la “autorización expresa” no excluye los demás permisos oficiales que resulten exigibles por las disposiciones legales, de manera que si se tuviese interés en dedicarse a la explotación de las máquinas tragamonedas, se deberá cumplir necesariamente con los requisitos exigidos por cada municipalidad.

Con relación al artículo 6°, señalan que no viola la libre iniciativa privada, puesto que la decisión de vincular el desarrollo de las salas de juego con el turismo, es una opción de política pública que busca privilegiar la promoción del turismo en el país. Sostiene que la LEY no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, pues simplemente se limita a establecer condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que, en el ejercicio de su libre iniciativa privada, desean intervenir en esta actividad. Tampoco obliga a incursionar en la actividad hotelera o de restaurantes, porque, de acuerdo con la LEY, es posible que el titular de un hotel, restaurante, sala de bingo o discoteca donde se encuentra instalada la sala de juego, sea distinto del titular de la propia sala de juego.

Sobre el artículo 7°, afirman que tal disposición no propicia la discriminación ante la ley, pues se limita a establecer los requisitos mínimos que deben cumplir los establecimientos dedicados a la explotación de los juegos. Entienden que los requisitos exigidos no violan los artículos 59°, 61° y 72° de la Constitución, ya que se justifican en razones de seguridad y orden público.

A su vez, expresan que los literales “b” y “c” del artículo 10° de la LEY no son inconstitucionales, pues la libertad de contratación y el derecho de trabajar pueden ser limitados. Sostienen que la “reconstrucción” de máquinas y programas de juego, de acuerdo con lo establecido por el artículo 15° del Reglamento de la LEY, Decreto Supremo N.º 001-2000-ITINCI, puede consistir en un simple mantenimiento de la máquina, cuando no contiene nueva tecnología. La exigencia de esta medida, por otra parte, se fundamenta en el hecho de que las máquinas tragamonedas son, por naturaleza, “bienes de uso controlado”, control que tiene por objeto garantizar la integridad de la industria del juego.

Con relación a los artículos 11° y 12°, alegan que no constituye “abuso del derecho”, pues fijan el procedimiento conforme al cual la autoridad administrativa contrasta el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto. Sostienen que tiene efectos retroactivos, ya que sólo se aplican a partir de la fecha en que entró en vigencia la LEY.

En relación con los artículos 13°, 14°, 15°, 17°, 18° y 23° de la LEY, alegan que no se afectan la libertad de trabajo, el derecho de igualdad ante la ley ni tienen efectos retroactivos, pues la interpretación de las leyes debe realizarse en forma sistemática, orgánica y funcional, por lo que, a fin de iniciar operaciones, es preciso que se lleven a cabo dos actos administrativos expedidos por la Dirección Nacional de Turismo: la resolución de autorización y la resolución que determine el inicio de operaciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sostienen que la diferencia entre estas dos etapas radica en que los gastos de inversión para obtener la autorización son menores en relación a la del inicio de las operaciones, por consiguiente, debe entenderse al acto administrativo de otorgamiento de autorización expresa como un procedimiento de evaluación previo al inicio de las operaciones. Asimismo, considera que no se discrimina por el hecho de que no se haya establecido la procedencia de la presunción de veracidad, tratándose de las actividades de explotación de los juegos, pues tal limitación ha sido establecida por una ley expresa.

En relación con los artículos 19°, 20°, 21° y 22° de la LEY, consideran que no contraviene la presunción de inocencia, la libertad de empresa ni el derecho de igualdad de la ley, dado que: a) la exigencia de establecer una garantía no es una obligación nueva y fue prevista por el Decreto Supremo N°. 01-95-ITINCI. Y la necesidad de constituir esta garantía se fundamenta en el hecho de que fueron derogados los dispositivos que obligaban al titular de la sala de juego a constituir y mantener un fondo de caja en efectivo, a fin de garantizar el pago inmediato del valor de las obligaciones en favor de los usuarios. En ese sentido, sostienen que las medidas dispuestas tienen por finalidad no afectar la confianza y la credibilidad en estos negocios; b) la exigencia de constituirse bajo ciertas formas societarias se basa en razones de seguridad, moral, salud y orden público.

En relación con el artículo 25°, literal “d”, de la LEY, sostienen que no afecta la reserva tributaria, pues es atribución de todos los órganos fiscalizadores contar con esta facultad. Además, se trata de una regulación prevista por ley. No obstante ello, recuerdan que, según lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N.º 075-2001, hoy es la SUNAT la entidad encargada de la administración del impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas

Respecto a los artículos 31°, literal “a” y 32° literales “a” y “b” de la LEY, sostienen que no son inconstitucionales, porque, de conformidad con el artículo 2°, inciso 24) literal “a” de la Constitución, todos están en la obligación de hacer lo que la ley manda e impedidos de hacer lo que ella prohíbe, aspecto que, en definitiva, ha previsto la LEY, al imponer obligaciones y prohibiciones mediante una norma de carácter general. Señalan que el artículo 31°, literal “a” no impide la realización de convenios de participación o de colaboración patrimonial, pues el propio reglamento de la LEY (artículo 18°, literal “g”) establece, como requisito para solicitar la autorización expresa, la presentación de una relación que contenga los nombres de las personas naturales o jurídicas con las que el solicitante o sus socios han suscrito contratos de colaboración empresarial para estos efectos. A su vez, tampoco es inconstitucional el artículo 32°, literal “a” de la misma LEY, pues el artículo 40° de su Reglamento ha establecido que la realización de cualquier evento, incluso sorteos, rifas o promociones deberá informarse a la Dirección Nacional de Turismo, debiendo contar los establecimientos con la autorización correspondiente. Por otro lado, prohibir a los socios y directivos de una sala de juego que no participen, directa o indirectamente, en los juegos de máquinas tragamonedas, es una medida razonable y objetivamente justificable, que persigue garantizar la integridad y transparencia de esta industria, considerando que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

información sobre los programas es de conocimiento de los dueños de las salas de juegos.

En relación con los artículos 38° y 39° de la LEY sostienen que el impuesto a los juegos se ha establecido de acuerdo con los principios constitucionales que norman el ejercicio del poder tributario del Estado y, en especial, debido a las siguientes razones: a) el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto, sino que debe ejercerse dentro de los márgenes de la ley y cumpliendo una función social; b) la Constitución establece que, por mandato expreso de una ley, pueden establecerse condiciones al ejercicio de la iniciativa privada; c) se han respetado los tres principios tributarios a los que se refiere el artículo 74° de la Constitución; d) no es confiscatorio el impuesto, pues no sustrae una parte sustancial del patrimonio del contribuyente, y, en todo caso, ello debe acreditarse en cada caso concreto e) la base imponible del impuesto no afecta la propiedad, pues incide en el dinero entregado por el público; f) consideran que el impuesto se justifica; porque quienes se benefician con esta actividad deben contribuir con su control, a fin de mantener la integridad de la industria del juego y garantizar los intereses de los usuarios y del Estado en esta actividad. En ese sentido, la tasa del impuesto, simplemente, los que pretende establecer los fondos necesarios para que el Estado pueda regular adecuadamente esta actividad que involucra muchas consecuencias negativas; g) por último, el pago de este impuesto “es deducible de la renta bruta de la empresa a efectos de pagar su Impuesto a la Renta”, de manera que, cada vez que se paga el impuesto cuestionado, se “aminora la renta bruta sobre la que pagará el Impuesto a la Renta”.

En relación con la Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.° 21153, sostiene que regulan la transición y adecuación a un nuevo régimen normativo, otorgando un plazo prudencial.

FUNDAMENTOS

1. Se alega que el artículo 5° de la Ley N.° 27153 vulnera el artículo 191 de la Constitución Política del Estado, en concreto la autonomía administrativa de los gobiernos locales, pues su artículo 5.1 establece que la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas sólo se podrá realizar en “...establecimientos ubicados en los distritos autorizados mediante Resolución Suprema...”, en tanto que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que es competencia de los gobiernos locales la regulación de los planos de zonificación. El Tribunal Constitucional no comparte este criterio interpretativo, pues como se ha sostenido en la contestación de la demanda, tal disposición no tiene por propósito sustituir o alterar los planes de zonificación que cada gobierno local pueda establecer, sino únicamente identificar a los distritos en cuya jurisdicción se puede autorizar la explotación de los juegos de casinos, quedando a salvo, por tanto, la facultad de los gobiernos locales para establecer sus planes de zonificación de acuerdo a ley.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

2. A su vez, se alega que el artículo 6° de la Ley N°. 27153 afecta los artículos 2°, inciso 2°, 58° y 59° de la Constitución, ya que tal disposición obligaría a los titulares de la autorización a incursionar en el sector hotelero o de restaurantes, vulnerándose de ese modo la libre iniciativa privada y el derecho de igualdad ante la ley.

No considera el Tribunal Constitucional que tal disposición afecte la libre iniciativa privada. Como lo ha sostenido el Congreso de la República en su contestación de la demanda, criterio que el Tribunal hace suyo, tal disposición “no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad”. Tampoco obliga al titular de la autorización a ser propietario de un hotel o restaurante, pues no está prohibido que el titular de la autorización pueda alquilar un ambiente en cualquiera de estos establecimientos.

El Tribunal entiende que la opción del legislador por configurar la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad públicas.

Tampoco comparte el Tribunal el criterio según el cual el artículo 6° de la Ley N°. 27153 afecta el principio de igualdad. El tratamiento que ella realiza es uniforme para todos aquellos que se dediquen a la explotación de estas actividades económicas. Por otro lado, no considera el Tribunal que sea un término de comparación válido, en orden a alegar un eventual tratamiento arbitrario de la Ley N°. 27153, que se sostenga que en otros sectores de la economía no se impone condiciones y restricciones como las previstas en el artículo 6°. Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Por las mismas razones, *mutatis mutandi*, no es inconstitucional el artículo 41.2 de la Ley N°. 27153.

3. A la vista de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Constitucional tampoco considera que las exigencias señaladas en los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7° de la Ley N°. 27153 sean inconstitucionales por afectar los artículos 59°, 61° y 72° de la Constitución Política del Estado, pues se trata de condiciones perfectamente legítimas que tienen por finalidad garantizar la seguridad de los usuarios, a la vez, que la transparencia del juego.

Asimismo, tampoco considera este Colegiado que el artículo 7° de la Ley N°. 27153 se haya expedido en contradicción con el artículo 72° de la Constitución. En efecto, mediante este precepto constitucional se autoriza que el legislador, en casos de seguridad nacional, con carácter temporal, pueda establecer restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Pero de él no se desprende una prohibición general a que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

legislador establezca límites al derecho de propiedad o a la explotación de los bienes, como se deduce de su interpretación con el artículo 70° de la Constitución y la necesidad de armonizar su ejercicio con el bien común.

4. Se sostiene que los incisos b) y c) del artículo 10° de la Ley N°. 27153 vulnerarían el artículo 59° y 62° de la Constitución, ya que exige compulsivamente contratar el servicio denominado de “homologación” (ahora llamado “Examen técnico previo”) a fin de obtener autorización para operar determinados modelos y programas de juego. El Tribunal Constitucional considera que los incisos b) y c) del artículo 10 se encuentra dentro de las condiciones razonables que debe exigirse a las personas jurídicas que se dedican a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, pues es una de las formas cómo las autoridades administrativas competentes pueden controlar la transparencia de los juegos, al tiempo de garantizar que las legítimas expectativas de los consumidores no queden defraudadas, cumpliendo, así, los fines establecidos en el artículo 3 de la misma Ley N°. 27153. *Mutatis mutandis*, por estas mismas razones no es inconstitucional el artículo 15 de la Ley N°. 27153.

Adicionalmente, no considera el Tribunal que se afecte la libertad de contratación por el hecho que los tipos de modelos y programas de los juegos de las máquinas tragamonedas deban contar con autorización de la autoridad competente y encontrarse inscritos en el Registro correspondiente, pues el inciso b) del artículo 10 de la Ley N°. 27153 regula las exigencias que tal modelo y programas de juego deberán de contar, esto es, estar autorizados e inscritos en el registro correspondiente, a fin de que puedan explotarse las máquinas tragamonedas, sin que se haga referencia alguna a los proveedores de dichas máquinas.

5. Se considera en la demanda que el artículo 11.2 de la Ley N° 27153 es incompatible con el artículo 103 de la Constitución, y concretamente, con la disposición según la cual la ley no ampara el abuso del derecho. Asimismo, se ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad de este precepto, pues se entiende que el fin perseguido por el legislador, bien pudo ser alcanzado si, en vez de exigir el requisito de homologación ante una entidad nacional facultada por la autoridad competente, se hubiese previsto que la homologación de dichos modelos y programas se realice en el país de origen.

En lo que toca a este último aspecto, el Tribunal debe indicar que tal impugnación no es un tema que pueda ser residenciable en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad, pues la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal juzga si una norma con rango de ley es o no incompatible con la Constitución, y no si el legislador, al regular una materia dada, lo hizo de la manera más conveniente. Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar; en tanto que al Tribunal Constitucional, velar porque esa opción no rebase el ordenamiento constitucional. De ahí que si el artículo 11.2 de la Ley 27153 optó por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

establecer que el “examen técnico previo” se realice por una entidad nacional autorizada por autoridad competente, no se puede concluir de ello que tal precepto sea inconstitucional.

Mutatis mutandis, por esta misma razón debe desestimarse la impugnación realizada contra los artículos 12, 13.2, 14 y 41.2 de la Ley N.º 27153.

6. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional no considera que el artículo 12 de la Ley N.º 27153 suponga una infracción del principio de irretroactividad de las leyes como consecuencia de que allí no se prevé la obligación de “registrar las modalidades de juegos de casino, así como de los modelos y programas de máquinas tragamonedas, prohibidos en su país de origen, y que han sido adquiridas antes de que entre en vigencia la Ley N.º 27153”.

En ese sentido, considera el Tribunal que del artículo 12 de la Ley N.º 27153 no se deduce un mandato destinado a regular situaciones que se produjeron antes que ella entrara en vigencia. Sólo regula la responsabilidad de la autoridad competente para mantener actualizado el registro de todas las modalidades de juegos de casinos y de los modelos y programas de máquinas tragamonedas autorizadas para su explotación en el país.

7. Interpretado en el sentido de que, una vez satisfechas las condiciones y requisitos respectivos, el *quantum* de la extensión de los plazos de vigencia de la autorización correspondiente, tendrá que basarse en consideraciones objetivas y técnicas, y no en meras apreciaciones subjetivas o discrecionales, tampoco es inconstitucional, *per se*, este dispositivo. La hipotética afectación de los respectivos derechos constitucionales (en especial el de la “seguridad jurídica”), ha de depender, en efecto, de la naturaleza de los nuevos requisitos, situación futura e impredecible.

8. En cuanto al artículo 18, los demandantes consideran inconstitucional, por retroactiva, la aplicación de los requisitos y condiciones vigentes a la fecha en que se solicita la renovación de la autorización de explotación.

La renovación de la autorización a la que se refiere el dispositivo impugnado, no implica una continuación de la autorización original, ni una simple prórroga del plazo inicial, sino que constituye una autorización nueva, con un nuevo plazo, y que, por lo mismo, tendrá que someterse a la legislación vigente al momento de la presentación de la solicitud.

9. Tampoco es inconstitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, que el artículo 19 de la Ley N.º 27153 disponga que, en respaldo de las obligaciones y sanciones derivadas de la aplicación de la ley así como en resguardo de los derechos de los usuarios y el Estado, se tenga que constituir una garantía a favor del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. El establecimiento de tal garantía con el objeto de iniciar ciertas actividades económicas que suponen riesgo o que requieren de un tratamiento especial por su incidencia sobre el patrimonio de terceros, no constituye ninguna anticipación de sanción alguna o presunción de responsabilidad sobre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

eventuales faltas que no aún no han sido juzgadas. Por el contrario, es una garantía razonable que la ley establece con el objeto de proteger a terceros y al mismo Estado, frente a contingencias que en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se pudieran suscitar.

Por ello, tampoco considera el Tribunal que sea inconstitucional el artículo 20 de la Ley N°. 27153, pues si como lo han entendido los recurrentes, su invalidez se encuentra supeditada a que se declare la ilegitimidad del artículo 19, al haberse desestimado tal impugnación, aquella tampoco resulta incompatible con el Texto Fundamental.

10. Los demandantes consideran inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley N.º 27153, ya que al establecer el monto de la garantía para poder obtener una autorización, calculada sobre un número de máquinas tragamonedas a las que corresponde cierta cantidad de Unidades Impositivas Tributarias, se violaría la libertad de empresa y comercio, el derecho a progresar y poder explotar un mayor número de máquinas de tragamonedas, así como el derecho a no ser discriminado por razones económicas.

Ya antes se ha sostenido que la exigencia de establecer una garantía no es inconstitucional *per se*. Tampoco se vulnera la libertad de empresa por el hecho de que para su ejercicio se haya establecido ciertas condiciones o exigencias. De lo que se trata ahora es de analizar si el establecimiento de los montos de aquella garantía, previstos en el artículo 21.2 y 21.3 de la Ley N°. 27153, son irrazonables y en esa medida incompatibles con la Constitución.

Desde ese punto de vista, el Tribunal Constitucional considera que no es irrazonable o desproporcionado el artículo 21 de la Ley N°. 27153, y en consecuencia, conculcatorio de la libertad de empresa.

En efecto, según se aprecia del dispositivo impugnado, la ley ha previsto que aquellos establecimientos que cuentan con ochenta máquinas tragamonedas establezcan como garantía una media de una Unidad Impositiva Tributaria por cada máquina. A juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de aquella media no es irrazonable, si es que se tiene en consideración el monto al que asciende la unidad impositiva tributaria en referencia, y la naturaleza de los juegos que se explotarán. Tampoco considera que al reducirse por contarse con más máquinas, realice un tratamiento discriminatorio, pues es obvio que el número de las unidades impositivas tributarias no tiene por finalidad garantizar las obligaciones de cada una de las máquinas, sino la del titular del establecimiento autorizado a explotar estos juegos de azar. Por ello mismo, el artículo 22º de la Ley N° 27153, cuya conexión con los artículos 19º, 20º y 21º es evidente, no es inconstitucional.

11. Se alega que el inciso d) del artículo 25 de la Ley N°. 27153 afecta el derecho a la reserva tributaria. No comparte tal criterio el Tribunal Constitucional. La reserva tributaria constituye un límite a la utilización de los datos e informaciones por parte de la Administración Tributaria, y garantiza que en dicho ámbito, esos datos e informaciones de los contribuyentes, relativos a la situación económica y fiscal, sean conservadas en reserva y confidencialidad, no brindándosele otro uso que el que no sea para el cumplimiento estricto de sus fines, salvo en los casos señalados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

en el último párrafo del inciso 5) del artículo 2º de la Constitución y con respeto del principio de proporcionalidad.

Si bien en las actuales circunstancias la administración del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas ha sido modificado por el Decreto de Urgencia N°. 075-2001, y ahora ésta es competencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, de ello no se deduce que el inciso d) del artículo 25º de la Ley N°. 27153 haya quedado derogado implícitamente, pues allí no sólo se autoriza el acceso a la información tributaria, sino también a otras de naturaleza distinta. Tampoco que la facultad de acceso a la información tributaria quede excluida de la competencia de la Dirección Nacional de Turismo, en tanto que a este órgano administrativo le corresponde la atribución de velar porque se cumpla la obligación prevista en el inciso i) del artículo 31 de la Ley N°. 27153, además de ejercer las facultades que le señala el artículo 24 de la misma Ley. El Tribunal Constitucional, por tanto, no considera que se afecte la reserva tributaria pues para el caso concreto del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se ha previsto también que la Dirección Nacional de Turismo, guardando, bajo responsabilidad, reserva de su contenido, pueda fiscalizar el pago del impuesto. Dicha competencia deberá ser ejercida, por tanto, bajo los alcances del artículo 85, inciso 3º, del Código Tributario.

12. No es inconstitucional el artículo 29 de la Ley N.º 27153 porque si bien implícitamente impide que quienes inviertan en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se puedan constituir como “Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada”, se trata de una restricción que no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa.

Tampoco viola el principio de igualdad pues como lo ha expresado el Tribunal en el fundamento N°. 2, no es un término de comparación válido la normativa societaria conforme a la cual se rigen las actividades económicas y comerciales que cuentan con la promoción del Estado, con la que se impone con aquellas que busca desalentar, y comportan riesgos patrimoniales y sociales de alta consideración.

13. Se cuestiona, por otro lado, que el inciso a) del artículo 31 de la Ley N° 27153 vulnera el artículo 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política del Estado, pues impide que los titulares de la autorización puedan contratar con terceros, en la medida que se establece que la conducción de los establecimientos tengan que hacerlo de manera directa. Considera el Tribunal que se trata de una exigencia compatible con los requisitos objetivos y subjetivos que la ley N°. 27153 exige del titular de la autorización, por lo que no es inconstitucional.

14. Tampoco considera este Tribunal que la prohibición prevista en el inciso a) del artículo 32 de la Ley N°. 27153 viole la libertad de empresa, comercio y trabajo. La limitación, en efecto, no es una prohibición para que los titulares de autorización expresa puedan dedicarse a otras actividades económicas. La limitación allí prevista sólo alcanza a actividades distintas que se puedan realizar dentro de las salas de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

juegos, y no en otros ambientes del mismo establecimiento, justificándose tal restricción en la finalidad de la Ley N°. 27153 expresada en su artículo 1°.

15. La propia naturaleza de los juegos regulados, impide que pueda estimarse inconstitucional la prohibición contenida en el inciso b) del mismo artículo 32 de la Ley N°. 27153, según el cual está prohibido que los socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o facultades de decisión y personal del titular de la autorización puedan “participar directa o indirectamente en los juegos que explota en su establecimiento”. Como expresa el Congreso de la República en su contestación, criterio que este Tribunal comparte, tal restricción se justifica constitucionalmente en la naturaleza de los juegos cuya explotación se autoriza, y en especial su transparencia y en la necesidad de defender los intereses de los usuarios.

16. Estima el Tribunal que las especiales características del impuesto a los juegos, consideradas conjuntamente, hacen que éste resulte confiscatorio y, por tanto, contrario al artículo 74 de la Constitución.

En efecto: Si bien el artículo 36 de la LEY establece que el impuesto a los juegos grava “la explotación” de estos juegos, conforme se desprende de la regulación conjunta de los artículos 38.1 y 39 de la LEY, la alícuota del impuesto asciende al 20% sobre la base imponible, “constituida por la ganancia bruta mensual ... entendiéndose por ésta a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes”, esto es, que con el nombre o etiqueta de impuesto “a la explotación”, la metodología impositiva de la ley grava en realidad las utilidades. Considerando además, y conjuntivamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado, como pago a cuenta del impuesto a la renta, debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución.

Por lo expuesto, y en vista a la combinación de todos esos factores, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el régimen tributario del llamado impuesto a la explotación, contenido en los artículos 38° y 39° de la Ley impugnada.

El Tribunal debe, además, pronunciarse respecto a los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad, en el lapso que dicho régimen tributario estuvo vigente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36° Ley Orgánica y arreglando su decisión, especialmente, a los principios de justicia, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, y con pleno respeto a la función legislativa del Congreso de la República.

Es obvio, por un lado, que la declaración de inconstitucionalidad del régimen tributario aludido ocasionará un vacío legal. Por otro lado, también resulta claro que el Congreso de la República suplirá ese vacío con una nueva normatividad tributaria, ajustada a la Constitución y a esta sentencia del Tribunal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En consecuencia, las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario que este fallo declara inconstitucional, se sujetarán a las reglas siguientes:

- a) Las deudas acumuladas en relación con la alícuota del 20% del llamado impuesto a la explotación, se reducirán al monto que, según la ley que cubra el vacío legal creado, resulte exigible.
- b) Los montos pagados en aplicación de la mencionada alícuota que excedieren el monto que la nueva ley establezca, serán considerados como crédito tributario.
- c) De concurrir, respecto del mismo contribuyente, deudas y créditos, ellos se compensarán entre sí, y de quedar un saldo será considerado como deuda acumulada o como crédito tributario, según el caso.

- 97
17. La primera disposición transitoria de la Ley 27153 estableció un plazo, originalmente de ciento veinte días, que después se amplió a sesenta días más, con el objeto de que quienes venían explotando los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se adecuasen a la diversas condiciones que establece la Ley N.º 27153.

N

El Tribunal Constitucional considera que el reducido plazo de adecuación otorgado no es directamente proporcional con la entidad, los costos y la envergadura de las nuevas condiciones impuestas, *ex novo*, en muchos de los casos, por la Ley N.º 27153 a todos aquellos que antes de su vigencia se encontraban explotando los juegos de casino y máquinas tragamonedas. Sin embargo, esta afectación al principio de proporcionalidad no abarca a todo el texto de la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27153, sino sólo al número de días que, como plazo, allí se ha previsto. Por ello, dejando intacta la facultad del legislador de establecer, en el más breve término, un plazo razonable que regule la adecuación que se impone, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional la primera disposición transitoria, en la parte que prescribe que el plazo es "máximo de ciento veinte días calendario"; y, por conexión, el artículo 1 de la Ley N.º 27232, en la parte que establece "sesenta días calendario".

- PA
18. Respecto a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley debe puntualizarse que al amparo de una legislación anterior, ahora derogada, y dentro de un régimen de economía social de mercado, basado en la libre iniciativa privada, se establecieron diversas empresas con el objeto de explotar dichos juegos. A juicio del Tribunal, es lícito que el legislador pueda modificar el sistema normativo. Sin embargo, debe protegerse también la confianza de los ciudadanos frente al cambio brusco, irrazonable o arbitrario de la legislación. Ciertamente, no se garantiza un régimen de derechos adquiridos –con excepción, naturalmente, de los previstos en la Constitución– sino fundamentalmente, el derecho a que no se cambie las reglas de juego abruptamente. En consecuencia, cuando cambia la legislación, y de por medio se encuentra comprometido el ejercicio de determinados derechos fundamentales,
- LD
- 2



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

todo cambio sólo podrá ser válido si es que, además, se encuentra conforme con el principio de seguridad jurídica.

Por ello, considera el Tribunal que si el Estado permitió que los inversionistas se dediquen a la explotación de determinadas actividades económicas bajo ciertas condiciones, entonces, no es razonable que poco tiempo después cambie bruscamente tales reglas exigiendo la satisfacción de requisitos y condiciones en un lapso que el Colegiado considera extremadamente breve en atención a las inversiones realizadas.

En consecuencia, se estima que el plazo dispuesto en la segunda disposición transitoria impugnada, por ser demasiado breve, vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

Declarando **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27153, y en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ésta última disposición en la parte que señala un “máximo de (120) ciento veinte días calendario”; y, por conexión, el artículo 1 de la ley 27232, en la parte que establece “(60) sesenta días calendario”, debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N.º 18; Integrándose a la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N.º 7 y 16; e **INFUNDADA** en lo demás que contiene; Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y el archivo de los actuados.

SS

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO

[Firmas manuscritas de los magistrados]

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP.Nº 009-2001-AI/TC

FUNDAMENTO SINGULAR DEL DOCTOR MANUEL AGUIRRE ROCA

La absurda regla -aún subsistente- de la Ley Orgánica de este Tribunal que exige seis (6) votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas de rango legal, me ha obligado, en el presente caso, a renunciar a algunos desacuerdos respecto de las conclusiones de mis colegas cofirmantes; pero, en contrapartida, me obliga, por razones de lealtad y transparencia, a exponer las principales discrepancias atinentes a los fundamentos, pero sólo a los fundamentos, de la declaración de inconstitucionalidad de los cuatro (4) dispositivos así calificados. Tampoco ha sido monolítico mi respaldo en relación con la fundamentación de algunos de los dispositivos no declarados inconstitucionales, esto es, de los restantes veintiún artículos cuestionados en la demanda, y respecto de los cuales también debo hacer siquiera algunas precisiones.

Respecto de las Disposiciones Transitorias Primera (DTP) y Segunda (DTS) declaradas, por unanimidad, inconstitucionales, me toca dejar constancia de que, a mi criterio, la fundamentación radica, no sólo -y ni siquiera principalmente- en la brevedad del plazo, sino en la naturaleza de la regla. Así: la DTP no distingue entre Tragamonedas y Casinos, ni evalúa cada uno de los requisitos comprendidos en el proceso de adaptación. En suma, el fundamento básico de la inconstitucionalidad radica, a mi modo de ver, en la ausencia de una normatividad transitoria adecuada, más que en la brevedad del plazo.

En lo que concierne a la DTS, el fundamento de la inconstitucionalidad, a mi juicio, también radica, antes que en la brevedad del plazo, en el condicionamiento de la supervivencia de las empresas. No encuentro equitativo, en efecto, ni menos constitucional, que con el objeto de promover el turismo receptivo, se condicione la subsistencia de las salas de tragamonedas nacidas al amparo de la normatividad anterior a la Ley N.º 27153, a su ambientación o engaste en el restringidísimo marco elitista que proveen los hoteles y restaurantes de alto rango. La Espada de Damocles del plazo, así se amplíe el mismo, no se compadece, a mi criterio, con los derechos y las garantías -especialmente los relativos a la "seguridad jurídica" y protección del trabajo y de la empresa- que consagran los artículos 59º, 60, ss. y concordantes de la Constitución.

Respecto de los artículos 38º y 39º de la Ley N.º 27153, sin perjuicio de compartir la correspondiente fundamentación, opino que la causa principal y sine qua non de la inconstitucionalidad declarada, no radica tanto en aspectos puramente conceptuales, como en el real e inevitable efecto discriminatorio y confiscatorio que su aplicación ocasiona.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quiero decir que, además de su naturaleza antitécnica y de impuesto camuflado a las utilidades, la aplicación de la regla tributaria emanada del funcionamiento conjunto de los mencionados artículos, puede llevarse, en un porcentaje elevado de los casos, toda la utilidad y aun parte del capital de las respectivas empresas.

Unos ejemplos precisarán los conceptos: a) con una importante utilidad del orden del veinticinco por ciento (25%), la alícuota, sin necesidad de la posterior colaboración de la incidencia del treinta por ciento (30%) de la Ley del Impuesto a la Renta, se lleva toda –absolutamente toda– la utilidad. En efecto, si se gastan cien (100) y se producen, como ganancia bruta, ciento veinticinco (125), se obtiene, por hipótesis, una utilidad –o ganancia real o neta– del veinticinco por ciento (25%), o sea, en cantidad, veinticinco (25) sobre cien (100). Por tanto, la alícuota, que es el veinte por ciento (20%) de ciento veinticinco (125%), se lleva veinticinco (25), esto es, toda la utilidad.

Este ejemplo demuestra no sólo que si la utilidad es del veinticinco por ciento (25%), la alícuota se la lleva íntegramente, sino también que, respecto de utilidades que no lleguen a esa cifra, las alícuotas respectivas se llevarían no sólo toda la utilidad, sino, además, las porciones correspondientes del capital.

Por otro lado, aplicando las mismas reglas, y teniendo en cuenta que cuando se pasa del veinticinco por ciento (25%), la utilidad que quede después de retirada la alícuota (que, como se sabe, se considera como gasto) vuelve a tributar en aplicación de la Ley del Impuesto a la Renta, en la proporción de un treinta por ciento (30%); ocurre lo siguiente: b) que para utilidades entre el veinticinco por ciento (25%) y un prácticamente ilusorio cincuenta por ciento (50%), el Fisco se llevaría una cantidad que va desde toda la utilidad hasta un límite no menor del setentidós por ciento (72%) de la misma; y,

c) que aun con utilidades entre el virtualmente inalcanzable cincuenta por ciento (50%) y un totalmente utópico ciento por ciento (100%), el Fisco se llevaría entre el setenta y dos por ciento (72%) y el cincuenta y ocho por ciento (58%), como mínimo, de la utilidad.

A mi juicio, semejantes porcentajes no pueden pasar el llamado “test de razonabilidad”, y ponen de manifiesto la naturaleza indiscutiblemente confiscatoria y discriminatoria de la regla tributaria examinada, sobre todo si se tiene en cuenta que el referente, en el Perú, respecto del impuesto sobre la utilidad, es el señalado en la Ley del Impuesto a la Renta, esto es, sólo el treinta por ciento (30%) de la ganancia neta.

Respecto de los artículos cuestionados en la demanda, pero no declarados inconstitucionales (que son veintiuno), si bien concuerdo, como en los casos precedentes, en las conclusiones, pues no los estimo inconstitucionales, no suelo concordar con la respectiva fundamentación, ya que opino que, con excepción de los siguientes: 5°, 6°, 13°, 17°, 25°, los cuestionamientos que corren en la demanda no carecen de sólido sustento y que, consecuentemente, para resolver los respectivos problemas, es indispensable que se implemente un cuidadoso y detallado sistema



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

normativo transitorio que distinga, para comenzar, entre salas de casinos y salas de tragamonedas, y, luego, entre los establecimientos que vienen funcionando desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 27153, y los instalados con posterioridad.

Sólo agregaré una palabra final sobre la parte de este fallo relacionada con los efectos en el tiempo de la regla tributaria declarada inconstitucional. A mi juicio, este Tribunal debió haber precisado los alcances de tales efectos, en lugar de confiarle tal tarea al Congreso. Sin embargo, para no restar un voto a la norma interna que exige no menos de seis (6) votos, he suscrito también dicha parte, habida cuenta de que, en el fondo, la fórmula que permite limitar deudas y rescatar créditos, en armonía con la correspondiente inconstitucionalidad declarada, se inspira en criterios atendibles de equidad y justicia.

U. Garmendia

SS

AGUIRRE ROCA

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR