

¿Corresponde o no convocar a referéndum la devolución de dinero de FONAVI?

Grecia Ardiles R. ¹

Resumen

El presente trabajo de investigación fue realizado aplicando la comparación de los criterios planteados tanto por el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional, respecto a convocar a referéndum la portación FONAVI. Ambos entes del Estado son de opiniones contrarias al referirse si la aportación FONAVI, es o no un tributo, por lo que el punto de discrepancia es catalogar o no a la aportación FONAVI, como tributo. Este tema es fundamental, dado que, la controversia se origina, puesto que, la Constitución Política, establece que no se puede someterse a referéndum cuestiones de carácter tributario. El objeto de la presente investigación es determinada como punto neurálgico si la aportación FONAVI es o no un tributo, para lo cual hemos recopilado la opinión del Tribunal Fiscal, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal Constitucional. Concluyendo que el tribunal Fiscal asume la posición que el FONAVI es un tributo (en la categoría de directo e indirecto), el Jurado Nacional de elecciones lo señala como tributo y el Tribunal Constitucional, no lo reconoce como tal. Asimismo como principal conclusión podemos resaltar que existen elementos que determinan a la aportación FONAVI como tributo la discrepancia que pudiera existir es que si dentro de la categoría de tributo se le considera como contribución. Otra idea a resaltar es que se debe respetar el orden normativo y buscar que las diversas instituciones no tengan ingerencias impositivas en las diversas instituciones cuando se ha establecido y delimitado claramente las atribuciones de cada ente, órgano o institución del Estado, esto genera inseguridad jurídica.

Palabras clave: Referendum, tributo, aportación, orden normativo.

Abstract

This research work was performed by applying the comparison of criteria set by both the Constitutional Court and the National Board, with respect to convene the contribution FONAVI referendum. Both State agencies are opposing views referring FONAVI if the contribution is a tribute or not, the point of disagreement was whether or not to catalog the input FONAVI, as a tribute. This issue is crucial, given that the dispute originates, since the Constitution stipulates that cannot be put to a referendum tax matters. The purpose as this investigation is to determine whether the point as input FONAVI or not it is a tribute, for which we collected the views of the Tax Court, the National Election Board and the Constitutional Court. Concluding that the Tax Court took the position that the FONAVI is a tribute (in the category of direct and indirect), the National Board of Elections is pointed out as a tribute and the Constitutional Court, does not recognize it as such. Also as the main conclusion we can highlight that there are elements that determine the contribution as a tribute FONAVI the discrepancy that might exist if it within the category of tribute is regarded as a contribution. Another idea is to highlight that the order should be respected and seek policy that the various institutions without interference tax in the various institutions when it has established and clearly delineated responsibilities of each agency, body or institution of the state, this creates legal uncertainty.

Key words: Referendum, tribute, approval, regulatory order.

1. Introducción ¹

La presente investigación, presenta como fin analizar desde el punto de vista jurídico la posibilidad de convocar a Referéndum la devolución de las aportaciones al FONAVI, para lo cual hemos realizado el análisis desde la Ley de creación de la Contribución FONAVI, así como de las posiciones del Jurado Nacional de Elecciones, como ente encargado de los procesos electorales y del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y las Leyes. Cabe anotar, que para dilucidar el tema de investigación fue necesario también, revisar las resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal.

Es importante destacar, la importancia que constituye para un ordenamiento jurídico ordenado, la no intromisión de unas instituciones dentro de otras, para

lo cual hemos planteado como un punto neurálgico de la investigación la irrevisibilidad de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones. Expuestos a grandes rasgos los temas a tratar pasaremos a desarrollar cada uno de ellos. La controversia generada entre el Jurado Nacional de elecciones y el Tribunal Constitucional, a fin de establecer si se somete o no a Referéndum la devolución de dinero de FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al Fondo Nacional de Vivienda, es un tema que concita un gran interés en la población, la cual se encuentra expectante de la decisión final o el acuerdo que arriben ambas instituciones. Asimismo con el objeto de delimitar el alcance de la presente investigación, es preciso revisar los antecedentes de la demanda interpuesta por la Asociación Nacional de Fonavistas del Perú, denominada ANFPP, determinar si es o no un tributo los aportes efectuados por los trabajadores al Fondo Nacional de Vivienda. Así como determinar si el

¹ Facultad de Economía y Planificación, Universidad Nacional Agraria La Molina.

Tribunal Constitucional puede o no aplicar la revisión de las Resoluciones del Jurado Nacional de elecciones. Con los parámetros señalados en el párrafo precedente, nos ayudará a poder establecer la posición jurídica de cada institución y poder extraer una conclusión respecto al tema sometido al presente trabajo de investigación.

Orígenes de la Ley de creación de la contribución FONAVI:

La Ley de creación de la contribución FONAVI fue el Decreto Ley 22591, de fecha 05 de abril de 1979. La norma establecía que el propósito de la contribución FONAVI, era la construcción de viviendas destinadas a ser alquiladas o vendidas a los trabajadores. Asimismo señalaba que dicha contribución debía financiarse de la siguiente manera: la contribución pagada por los trabajadores (1% de su remuneración) y por los empleadores (4% de las remuneraciones abonadas). La administración de los recursos quedó a cargo del Fondo Nacional de Salud y Bienestar Social, indicándose expresamente que serán de aplicación las normas del Código Tributario y demás disposiciones de la materia. Asimismo se produjo un cambio sustancial a la estructura que se expone en el párrafo anterior y se determinó en 1995, a través de la Ley 26504, que la contribución ya no debería efectuarse por los trabajadores, sino sólo por el empleador. Podemos apreciar con la revisión de los antecedentes en la Ley de creación de la Contribución FONAVI, ésta constituye una obligación dineraria destinada a obtener los recursos para que el Estado, pueda cumplir con uno de sus fines.

Antecedente de la Controversia:

La controversia se suscita cuando con fecha 17 de enero de 2007, Rubén Julio Ramírez Gutiérrez, en la condición de Coordinador de la Base Junín- Tarma de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú- ANFP- interpone una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones- JNE- por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través del referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, a fin que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones: a) Resolución del JNE N° 1215-2006-JNE, de fecha 07 de julio de 2006. b) Resolución del JNE N° 1278-2006, de fecha 20 de julio de 2006. Así como solicita se disponga la convocatoria a referéndum.

Asimismo Rubén Julio Ramírez Gutiérrez, alega que con fecha 29 de marzo de 2001, se inició el procedimiento de iniciativa legislativa a fin de que el referido proyecto de ley sea dictaminado y votado por el Congreso de la República; que este procedimiento, sin embargo, culminó con la promulgación de la Ley 27677-Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI, la misma que modificaba de manera sustancial la iniciativa legislativa; y que, en consecuencia y a tenor de lo establecido por los artículos 16 y 41 de la Ley 26300- Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se solicitó se inicie el procedimiento de referéndum.

El Jurado Nacional de Elecciones, declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentando que autorizarlo sería inconstitucional. El Jurado Nacional de Elecciones sostiene que el Fonavi tiene naturaleza tributaria y que el artículo 32 de la Constitución Política del Perú, prohíbe de manera expresa que las normas de carácter tributario puedan ser sometidas a referéndum. Equipo de Expertos de CCI/CLIVAR para “Climate Change Detection Monitoring and Índices” (ETCCDMI), han recomendado el uso de 27 índices básicos para estudios de monitoreo y detección de cambios climáticos y la mayoría de ellos son definidos sobre la base de valores extremos de las variables climáticas (Klein, 2003). Los cambios antes mencionados inciden en las diversas actividades humanas produciendo impactos positivos en algunos casos y negativos en otros; la agricultura constituye una de esas actividades afectadas por los cambios climáticos. Por otro lado, la detección y monitoreo de los cambios climáticos permite tomar acciones de optimización o mitigación de sus efectos.

Vincent (2004), en un estudio de índices anuales, hace ver las tendencias térmicas de enfriamientos y calentamiento en diferentes estaciones climatológicas de Sudamérica. Garcia (2005) a través del análisis de índices climáticos de días más calurosos (TXx) y noches más frías (TNn) muestra para todos los meses tendencias térmicas de calentamiento en la localidad de la Molina. Por otro lado, Haylock (2006) presenta estudio de índices anuales de precipitación (tendencias pluviométricas) para la parte central y Austral de Sudamérica, donde se observa en la mayoría de los índices incremento de condiciones húmedas; el comportamiento de las tendencias pluviométricas del índice PRCPTOT muestra amplias características como se indica a continuación: - Generalmente húmedas en la región central Este (Sur de Brasil, Paraguay, Uruguay y Noreste de Argentina). - Seco en la parte Suroeste (Sur de Chile y Suroeste de Argentina). - Seco en el Sur del Perú. - Húmedo en el Noroeste del Perú y Ecuador. En este estudio se analizaron los índices mensuales de TXx, TNn y RX1day para el estudio de los cambios climáticos en los meses de inicio de la campaña agrícola de secano así como para meses de fin de campaña agrícola. Los objetivos del estudio fueron: Identificar los tipos de cambios climáticos en las condiciones térmicas.

Identificar los tipos de cambios climáticos en las condiciones pluviométricas.

Identificar los impactos de los cambios climáticos en la agricultura.

¿El aporte al Fondo Nacional de Vivienda es un Tributo?

A fin de poder dilucidar la presente interrogantes, es preciso definir qué es un tributo, los alcances del mismo y su regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano. El tributo es una prestación debida y obligatoria (coactiva), por mandato de la Ley, es impuesta por el Estado por su poder de imperio. Asimismo la citada prestación por lo general es

pecuniaria o monetaria, constituye por lo cual, en una prestación de dar una suma de dinero y tiene como finalidad propia proveer de ingresos al Estado o entes públicos para el cumplimiento de sus fines, la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas esenciales, en general, la cobertura o el sostenimiento de los gastos públicos. Algunos autores, señalan respecto a la acepción de tributo:

Dino Jarach: “El tributo es una prestación pecuniaria, objeto de una relación cuya fuente es la Ley, entre dos sujetos: de un lado el que tiene derecho a exigir la prestación, el acreedor del tributo, es decir el Estado u otra entidad pública que efectivamente, por virtud de una ley positiva, posee ese derecho, y de otro lado el deudor o los deudores, quienes están obligados a cumplir la prestación pecuniaria”.

Héctor Villegas: “Los tributos son prestaciones comúnmente de dinero que el Estado exige en ejercicio de su ius imperium, sobre la base de la capacidad contributiva, en virtud de una ley para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines.

Regulación en la Legislación Peruana:

En la legislación Peruana, el Tributo se encuentra regulado en el Código Tributario, el cual no detalla una definición concreta. No obstante ello, el Artículo II, del Título Preliminar del Código Tributario delimita que el término genérico tributo comprende:

A) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado.

B) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

C) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por parte del Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente”.

Por lo que se concluye que el ordenamiento jurídico peruano opta por la clasificación del tributo aceptada por la mayoría de la doctrina y el derecho positivo: la clasificación tripartita del tributo en: Impuesto, Tasa y Contribución; éste criterio también es compartido en otras legislaciones.

Resoluciones con criterio vinculante expedidas por el Tribunal Fiscal, respecto a delinear si la contribución al FONAVI, es un tributo y qué clase de tributo es:

Antes de entrar a analizar las Resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal, respecto al análisis de la contribución FONAVI, es preciso señalar que es el Tribunal Fiscal, cual es su ámbito de atribuciones y su regulación dentro del ordenamiento Jurídico peruano:

Las atribuciones del Tribunal Fiscal, se encuentran reguladas en el Artículo 101 del Código tributario, el cual establece la competencia de sus funciones, las cuales detallamos a continuación:

Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la

Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra Ordenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP.

Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones que expida la SUNAT, sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario.

Conocer y resolver en última instancia administrativa, las apelaciones respecto de la sanción de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las sanciones que sustituyan a ésta última de acuerdo a lo establecido en el Artículo 183º, según lo dispuesto en las normas sobre la materia.

Resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria.

Resolver los recursos de queja que presenten los deudores tributarios, contra las actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código, así como los que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera.

6. Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.

7. Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria y aduanera.

8. Resolver en vía de apelación las tercerías que se interpongan con motivo del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

9. Celebrar convenios con otras entidades del Sector Público, a fin de realizar la notificación de sus resoluciones, así como otros que permitan el mejor desarrollo de los procedimientos tributarios.

Establecidas las atribuciones del Tribunal Fiscal, dentro del ordenamiento jurídico peruano, podemos analizar cada una de sus resoluciones y la implicancia de los pronunciamientos emitidos.

El Tribunal Fiscal, en el **Expediente 002-2001**, asunto Contribución al Fonavi, de fecha 31 de mayo de 2002: “Señala que la inafectación concedida por el Artículo 19 de la Constitución Política del Perú de 1993, sólo es aplicable a los impuestos ..., sin que alcance a los tributos distintos a aquellos, por lo que, no resulta aplicable a la Contribución FONAVI, la cual ha sido definida por su ley de creación como contribución... Finalmente en la referida resolución, el Tribunal Fiscal resuelve señalando : “**el impuesto denominado contribución FONAVI**, de cargo del empleador, se encuentra comprendido dentro de la

inmunidad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política del Perú 1993 ...”

Asimismo en tal sentido la **Resolución del Tribunal Fiscal N° 523-4-97**, de fecha 16 de mayo de 1997, que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria, ha establecido: **“Que de acuerdo con la Ley N° 26233, la denominada Contribución al FONAVI de cargo del empleador tiene naturaleza de un impuesto al no generar su pago ninguna contraprestación por parte del Estado ni beneficio para el empleador**, y que al calcularse la misma sobre las remuneraciones mensuales que el empleador debe abonar a sus trabajadores dependientes ...”

Resolución del Tribunal Fiscal N° 523-4-97, de fecha 16.05.97, siendo el interesado la Universidad San Martín de Porres, asunto Contribución al FONAVI, señala que **“El aporte al FONAVI, normado por el Decreto Ley 22591, modificado por el Decreto Ley 25520 y Ley 26504, en lo que respecta al empleador, claramente constituye un impuesto y no una contribución, consecuentemente está dentro de la inafectación que se señala en el Artículo 19 de la Constitución Política del Perú”**

Conforme la posición que plantea el Tribunal Fiscal, advierte en diversas Resoluciones emitidas las cuales hemos expuesto, que la Contribución al FONAVI, es un tributo, ubicándolo dentro de la clasificación de tributo en la categoría de impuesto, sólo respecto al empleador.

Por lo que, tenemos que profundizar el estudio jurídico tributario del Impuesto.

Impuesto:

El impuesto es el más importante recurso del cual el Estado se sirve a fin de obtener ingresos tributarios; algunos, aunque no sólo por esta importancia, lo califican como el tributo típico o el tributo por antonomasia.

Siendo el impuesto una clase de tributo debe cumplir con las características generales expuestas para su naturaleza, por lo que, es oportuno mencionar la propuesta a manera de análisis que elabora Villegas, el cual señala que: “Es la independencia entre la obligación de pagar y la actividad que el Estado desarrolla con su producto. Este producto podrá o no vincularse al contribuyente, en los que respecta a la existencia de la obligación de pagar el impuesto; con éste criterio, el término contraprestación, contenido en la definición del impuesto del Código, no debe ser interpretado en el sentido privatístico (propio de los contratos sinalagmáticos o bilaterales) sino en cuanto actividad pública referida sujeto pasivo”.

Comprendido en esta forma que el término adquiere un sentido totalmente distinto: significa alejamiento absoluto entre la prestación de servicios públicos y el pago de impuesto. El impuesto no da un derecho directo e inmediato a gozar de los servicios públicos que afectan al ciudadano; éste podrá exigirlo por su condición de tal, pero no porque el pago del impuesto suponga un título jurídico de legitimación”. No debemos olvidar que, a diferencia de lo que ocurre en

las contribuciones y tasas, en el caso del impuesto se concurre al mantenimiento del Estado por el sólo hecho de vivir en una sociedad jurídicamente organizada.

Su cobro debe hacerse a quienes se hallan en las condiciones consideradas como generadoras de la obligación de tributar. Dichas condiciones no pueden consistir en hechos o circunstancias que no sean abstractamente idóneos para reflejar capacidad contributiva.

El impuesto debe estructurarse de tal manera que las personas con mayor aptitud económica aporten en mayor medida, salvo que esta regla medular sufra excepciones basadas en la promoción del bienestar general.

Asimismo, siguiendo con la línea expuesta por Pérez Ayala el impuesto como instituto jurídico implica normalmente tres momentos fundamentales:

Fundamento o meta - positiva: Existencia de una realidad económica o social, a la que hemos llamado objeto (económico) del impuesto, que se constituye como previa a la creación del impuesto y que refleja una adecuada capacidad económica o contributiva,

Fase de creación del impuesto (Ejercicio de la potestad tributaria: la promulgación de una ley tributaria que defina y recoja ciertos hechos convirtiéndolos en supuestos legales - hechos imposables- y la vinculación por ley de ciertos efectos jurídicos - obligación de pagar el impuesto - a la realización del supuesto legal que en ella se contiene, es decir, a la realización del hecho imponible. De esta manera la Ley convierte determinados supuestos de hecho en una serie de hechos jurídicos cuya realización por el sujeto conlleva la obligación tributaria.

Fase de aplicación del impuesto (A través del ejercicio de la potestad de imposición) que viene vinculada a la relación del hecho imponible.

La Contribución:

El Código Tributario define a la contribución como el tributo, cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

Geraldo Ataliba, precisa que la contribución es el tributo vinculado cuya hipótesis de incidencia consiste en una actuación estatal indirecta y mediante (una circunstancia intermediaria) referida al obligado. Asimismo como lo señala **Rosendo Mamani Cueva** que conforme a nuestra legislación, la contribución, por su destino (busca exclusivamente cubrir el costo de la obra pública o la actividad del Estado) y la ventaja o beneficio obtenido, no debe ser superior a este beneficio ni al costo de la obra o actividad estatal; además debe cumplir ciertos requisitos legales. Señala algunos ejemplos vinculados con la contribución especial de obras públicas (como se sabe, en este caso particular, los que deben pagar este tributo son los beneficiarios de la obra pública; es decir, quien deberá pagar el tributo en calidad de contribuyente será el propietario beneficiado por el mayor valor que adquiere su predio a consecuencia

de una obra pública, regulado por la Ley de Tributación Municipal.

Hay que recalcar que por la vinculación de los beneficios de este tributo con el contribuyente, beneficiarios; así hay que precisar que los pagos que por este concepto podrían estar obligados a realizar a terceros (salvo que estos terceros, aunque sea indirectamente, perciban beneficios), tendrán la calidad de impuestos; para lo cual expone en el resuelto RTF N° 523-4-97, precedente de observancia obligatoria, publicada el 19.12.2000; el Tribunal Fiscal se pronunció en el sentido que, luego de las modificaciones dispuestas para el tributo contribución al FONAVI, el tributo correspondiente a los empleadores, pagados por cuenta propia, de acuerdo con la doctrina y el Código Tributario, no califica como una contribución sino como un impuesto habida cuenta que su pago no se genera contraprestación del Estado ni beneficio para el empleador, que su consideración legal como contribución no modifica su esencia, la que corresponde a la naturaleza del impuesto y no de la contribución.

Diversos autores señalan lo que se debe entender por contribución enfocando el análisis, teniendo en consideración los elementos típicos del tributo-contribución- un beneficio específico o beneficio por el aumento del valor patrimonial de determinados bienes por alguna actividad estatal concreta), tenemos básicamente a las contribuciones de seguridad social y a las contribuciones especiales (entre ellas, las de mejoras). Dentro de ésta últimas en nuestro país se reconocen:

Las contribuciones a ESSALUD.

Las contribuciones a ONP.

Las contribuciones al SENATI.

La contribución a SENCICO

La contribución especial de obras públicas regulada por los artículos 62 a 65 de la Ley de Tributación Municipal.

Naturaleza Jurídica del Tributo, denominada Contribución al Fonavi:

El FONAVI, fue creado por el Decreto Ley 22591 y de acuerdo a sus normas reglamentarias y modificatorias “tiene por finalidad, satisfacer en forma progresiva las necesidades habitacionales de los trabajadores...” (Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM/93 artículo 1) El tributo era exigido originariamente a trabajadores y empleadores, mientras que en las regulaciones legales vigentes los únicos sujetos pasivos son los empleadores y, en su caso, los profesionales independientes.

Para Humberto Medrano Cornejo: “Atendiendo al propósito perseguido por la norma y que ella declara expresamente- es evidente que el tributo que se exige a los empleadores no tiene jurídicamente la naturaleza de contribución sino de impuesto. Aunque sabemos que en muchos casos las clasificaciones tienen un valor pedagógico, también es verdad que en América Latina y específicamente en nuestro país se ha abierto paso la clasificación tripartita (impuestos, contribuciones y tasas), lo cual permite asegurar que

en el, pago al FONAVI no estamos frente a una contribución como sostiene SUNAT sino ante un tributo no vinculado. Apoya su posición en lo expresado por Geraldo Ataliba, puesto que, distingue entre tributos vinculados y no vinculados, indicando que el impuesto se encuentra entre estos últimos, pues su “hipótesis de incidencia consiste en un hecho cualquiera que no sea una actuación estatal”, mientras que al referirse a la contribución de mejoras señala que “el parámetro y criterio es la valorización inmobiliaria causada por obra pública”. Por lo que, concluye basado en el planteamiento que realiza Ataliba, “en consecuencia, aún cuando en nuestro país el legislador haya denominado como contribución, los pagos que deben hacerse por concepto de Fonavi ello no modifica ni puede modificar la maciza realidad de que se trata de un impuesto. La denominación no otorga entidad al tributo. La verdad jurídica no puede alterarse por el empleo de un término equívoco, de la misma manera en que un contrato que se denomina donación, no es tal si de su contenido se desprende que se trata de una compra-venta” .

Analizada las posiciones y sustentos de los diversos estudiosos de la materia, podemos arribar a una conclusión inicial respecto a la Caso FONAVI. Si bien una de las materias en discusión, es determinar la calidad del tributo del FONAVI, es importante mencionar que especialistas de la materia tributaria, los cuales hemos detallado, son de la opinión que se establece como Tributo la contribución FONAVI. No obstante ésta primera conclusión, entendemos que el género es el tributo y su clasificación de impuesto, tasa o contribución, fue incorporada en la legislación peruana u en otras legislaciones como un criterio didáctico, pero lo que, no se discute que la contribución FONAVI, es catalogada para éstos expertos como Tributo. La discrepancia en considerarlo como impuesto o como contribución, dado que, no existe el requisito base de la contrapartida, tema discutible para cada posición, el hecho concreto es que arriban a la idea principal de reputar a la contribución FONAVI, como Tributo. Primera conclusión importante a fin de delimitar la discusión suscitada entre las el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de elecciones. Sentencias emitidas por el Jurado Nacional de elecciones y Tribunal Constitucional:

El Jurado Nacional de Elecciones a la fecha, respecto al tema materia de la investigación ha emitido cuatro resoluciones las cuales son: Resolución 260-2007-JNE, 1215-2006-JNE, 1278-2006-JNE, Res.004-2008-JNE, las cuales analizaremos.

Las Resoluciones N° 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE, fueron anuladas por las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, en los expedientes N° 010780-2007-PA/TC (Interpuesto en Lambayeque) y 03283-2007-PA/TC (Interpuesto en Lima).

1 **Análisis de la Resolución 1215-2006-JNE**, la cual declara improcedente la solicitud a referéndum para la devolución de aportes al FONAVI, argumentando en los considerados que el referéndum es un derecho

de participación ciudadana por el cual el pueblos, de manera directa, participa en el proceso de poder sometido a votación popular la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación o desaprobación de leyes y normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, la desaprobación de decretos de urgencia, así como lo referente al proceso de regionalización. Asimismo el Jurado Nacional de elecciones a fin de convocar a Referéndum, conforme con lo dispuesto por los Derechos de Participación y Control de los Ciudadanos –Ley 26300- ha establecido determinados requisitos a fin que se pudiera acceder a la petición de referéndum, dentro de los requisitos se encuentra: acreditar que la solicitud de referéndum esté sustentada por un número de ciudadanos no menor de 10% del electorado nacional, lo cual fue cumplida por la Asociación de Pensionistas del Perú (ANFP). Asimismo, señala la citada Resolución, que constituyen principios constitucionales, ejercer la administración de justicia con arreglo a la Constitución Política y a las leyes, así como defender la Constitución y el Ordenamiento Jurídico de la Nación; correspondiendo además al Jurado Nacional de Elecciones velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a materia electoral. Por lo que, en aplicación del Artículo 32 de la Constitución Política del Perú, la cual hemos señalado con precisión, señala de manera taxativa, que No pueden someterse a Referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor. Por lo que, finalmente concluye el Jurado Nacional de Elecciones en ésta Resolución que conforme lo establecido en el Artículo 1 del Decreto Ley 22591, el FONAVI se creó con la finalidad de satisfacer en forma progresiva la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país, siendo la contribución uno de los recursos financieros, contribución la cual es un tipo de tributo, conforme las normas tributarias se encontrarían por lo cual colisionando a lo regulado en la Constitución Política del Perú, Artículo 32, acceder a referéndum la solicitud de devolución de aportes al FONAVI, por lo que se declara improcedente lo peticionado.

Análisis de la Resolución 1278-2006-JNE

Mediante la cual declaran infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 1215-2006-JNE, dado que, el Jurado Nacional de elecciones no considera que se ha vulnerado el debido proceso, así como la Tutela procesal efectiva.

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, expediente 01078-2007-PA-TC, la cual declara nula las Resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE

El fundamento del pedido y por la cual el recurrente interpone demanda de amparo, por considerar que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la participación individual y colectiva en la vida política del país a través de referéndum, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que, solicita

que el Tribunal declare la Nulidad de las Resoluciones: 1215-2006-JNE, de fecha 07 de julio de 2006. 1278-2006-JNE, de fecha 20 de julio de 2006. Asimismo disponga la convocatoria a Referéndum.

Ante lo peticionado el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la Resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de elecciones y señala que del análisis del Decreto Ley 22591, la contribución de los trabajadores se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de tributo, tenía que haberse definido expresamente con tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación. El tribunal, respecto al extremo de las aportaciones al FONAVI, señala que ésta no son contribuciones, por lo que, no son tributos, sustenta su posición señalando que el FONAVI fue administrado por una persona jurídica (Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o a actividades estatales, sino que se trataba de un fondo para vivienda de trabajadores, actividades y obras de carácter privado. Finalmente expresa que el Decreto Ley 22591, no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969, de fecha 21 de agosto de 1991. Por lo que el Tribunal Constitucional ha considerado que los aportes de los trabajadores a FONAVI, dispuesto en el Decreto Ley 22591, no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo, por lo que, resuelven declarar fundada la demanda y declarar la nulidad de las Resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE, disponiendo por lo cual, que le Jurado Nacional de elecciones emita un nuevo pronunciamiento.

Análisis de la Resolución 260-2007-JNE.

La citada Resolución guarda concordancia con los diversos escritos presentados por la Asociación de Fonavistas de los pueblos del Perú (ANFP) en el expediente sobre solicitud de referéndum a fin de consultar la aprobación de su iniciativa legislativa denominada “Ley de devolución del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”, escritos los cuales reclaman el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes 01708-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC.

Luego de una extensa argumentación el Jurado Nacional de Elecciones en esta Resolución, resuelven señalando que el proyecto del texto legal de 13 artículos presentado por la ANFP, es de manifiesto contenido presupuestario, extremo sobre el cual no

hubo pronunciamiento, pero que conforme el artículo 32 de la Constitución Política, también determina jurídicamente la improcedencia del referéndum, como vía legal idónea para canalizar la pretensión de los peticionantes.

Respecto a las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 01708-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC, señalaron entre otras consideraciones, una que enfatiza una gran relevancia, la cual consiste que por mandato constitucional vigente las resoluciones del Jurado Nacional de elecciones en materia electoral no son revisables por ningún otro organismo jurisdiccional.

¿Corresponde al Tribunal Constitucional, la revisión de Resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y de referéndum?

Conforme lo expresa en la Resolución N° 260-2007-JNE, en el acápite VI). El Tribunal Constitucional al avocarse al conocimiento de los diversos procesos constitucionales de amparo promovidos por la ANFP, ha invalidado los fueros de un organismo constitucionalmente autónomo, usurpando funciones que son propias y exclusivas y excluyentes del Jurado Nacional de Elecciones, como lo es en específico, la administración de justicia en temas electorales y de referéndum. Esto, reiteramos, implica una violación flagrante a la Ley Fundamental en sus artículos 142 y 181, así como un intento de modificar la misma de manera distinta a la prevista en su artículo 206, sin tener facultades para ello.

Cabe señalar que desde la creación de una administración autónoma e independiente de los poderes del Estado (Poder Ejecutivo, legislativo y judicial), desde 1931, se instauró la irrevisibilidad de las decisiones electorales, tanto en fuero judicial o en cualquier otro distinto al electoral, con el objeto de salvaguardar y brindar mayor protección al proceso de determinación de la voluntad popular.

Asimismo el precepto señalado en los artículos 142 y 181 de la Constitución Política del Perú, son un fiel reflejo del ámbito de aplicación de las decisiones electorales y la demarcación de no injerencia de otras instituciones del Estado. Cabe anotar que la irrevisibilidad de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de elecciones, son reflejo de garantía en la cual se sustenta la seguridad jurídica como principio consustancial al estado constitucional de derecho. Conforme lo establece el artículo 202° de la Constitución Política, según el cual, el Tribunal, presenta las siguientes atribuciones, resuelve: 1.- Las acciones de inconstitucionalidad. 2.- Los recursos extraordinarios en última instancia, en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento. 3.- Los conflictos constitucionales de competencia, o de atribuciones.

En atención al objeto de protección de cada uno de ellos, existen tres clases de procesos constitucionales:

Procesos de tutela de derechos.- Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales y son los siguientes: proceso de habeas corpus, amparo, habeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).

Procesos de control normativo.- Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las normas que tienen rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección de esta clase de procesos.

Proceso de conflicto competencia.- Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Esta comprendido únicamente por el proceso de conflictos constitucionales o de atribuciones. Por las consideraciones expuestas podemos advertir que el Tribunal Constitucional al efectuar la revisión de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones ha invadido el ámbito de competencia que le compete en concordancia con las disposiciones legales vigentes, contempladas en el artículo 32, 142, 181 de la Constitución Política. Así como el artículo 40 de la Ley de los Derechos de participación y Control de ciudadanos N° 26300 y el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de elecciones, lo cual es claro reflejo de una inseguridad jurídica, dado que, la función del Tribunal Constitucional, conforme a los dispositivos señalados no comprende la injerencia de sus decisiones en una institución independiente como lo es el Jurado Nacional de elecciones. Asimismo haciendo eco al motivo de ésta restricción, la cual es evitar la injerencia política o de cualquier otra índole en las decisiones que elabore el Jurado Nacional de elecciones.

Es importante la revisión del Expediente 001-199-AI/TC, tramitado ante el Tribunal Constitucional:

En el expediente en mención el Tribunal Constitucional, emite una sentencia en razón de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación Frente Unitario de los Pueblos del Perú (FUPP), con la firma de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 2,3,5,6,8 del Decreto Ley 26969; artículos 2,3,4 de la Ley 27444 artículo 1, inciso 1.3) y artículos 2 de la Ley 27045, Ley 2701 y artículo 16 del Decreto Supremo N° 041-99-EF. El FUPP, con fecha 24 de febrero de 1999, interpuso acción de inconstitucionalidad contra las normas antes señaladas, indicando que lesionan el derecho de propiedad de los pobladores que representa.

Refiere que el Estado a través del Fondo Nacional de Vivienda, prestó dinero a los pobladores representados por la FUPP para que éstos a su vez, entregaran ese dinero a las empresas concesionarias de distribución de electricidad y a las prestadoras de servicios de saneamiento entrega de dinero denominada contribución reembolsable, las cuales realizarían obras de electrificación, agua potable y desagüe en beneficio directo de los pobladores ... El objeto de efectuar el relato de los hechos en la

demanda en mención. La importancia de la mención es que en ésta oportunidad en el numeral 4, de la resolución del 11 de mayo de 1991, precisa que “Siendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirían recursos MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino debió establecer que el fondo del referido tributo, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo Mivivienda o del Banco de Materiales...”.

Con lo advertido en la resolución en mención el mismo Tribunal Constitucional, emite una Resolución establecido que la contribución al FONAVI, tiene como característica o la denominación de un Tributo, por lo que el propio Tribunal, no puede discutir la naturaleza de la contribución de FONAVI, como tributo y por lo cual, no debe por ningún punto de vista disponer que el Jurado Nacional de Elecciones convoque a Referéndum. En principio si el mismo Tribunal Constitucional ha establecido la naturaleza de Tributo a la contribución FONAVI, por lo que, en ésta línea de pensamiento queda claro que en aplicación del Artículo 32 de la Constitución Política del Perú: No pueden someterse a Referéndum las normas de carácter tributario y presupuestal. Asimismo cabe anotar que conforme lo establece también nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional no puede tener injerencia en las decisiones de convocar a Referéndum o no determinada por el Jurado Nacional de Elecciones, en ejercicio del irrestricto cumplimiento de la Constitución.

2. Conclusiones

Conforme los criterios advertidos, la naturaleza de la creación de la Ley de FONAVI, así como de los pronunciamientos tanto del Tribunal Fiscal, como del propio Tribunal Constitucional en la sentencia emita en el **Expediente 001-199-AI/TC**, llegan a la conclusión que la contribución FONAVI, es un tributo.

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse en el Expediente **001-199-AI/TC**, en el sentido que la contribución FONAVI, tiene calidad de tributo, no puede desconocer el criterio y la evaluación aplicada a sus resoluciones.

Queda claro también que existe delimitación Constitucional, en cuanto a la irrevisibilidad de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones. Por lo que, ni el propio Tribunal Constitucional, puede realizar revisiones de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, revisar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, constituye una injerencia del Tribunal Constitucional, la cual atenta al Estado de

derecho, porque violenta la Constitución Política del Perú.

Finalmente concluimos que por las consideraciones advertidas, al catalogarse la contribución FONAVI, como tributo, no procede convocar a Referéndum, dado que, conforme lo regulado en el Artículo 32 de la Constitución Política del Perú, prohíbe someterse a Referéndum, materias de carácter tributario.

3. Referencias bibliográfica

- Ataliba, Geraldo, **Hipótesis de incidencia tributaria-** Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima -1987.
- Ayala Corao, Carlos, El referendo revocatorio: una herramienta ciudadana de la democracia- Los libros de El Nacional, Caracas- 2004.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental-** Heliasta, Buenos Aires-1998.
- Control constitucional de las jurisdicciones: el Tribunal Constitucional frente a los procesos - Gaceta Jurídica, Lima- 2006.
- Decreto Ley 22591.
- Jarach, Dino- Teoría general del derecho tributario sustantivo- Abeledo-Perrot, Buenos Aires-1971.
- Jurisprudencia electoral**, Jurado Nacional de Elecciones, Grijley -JNE, Lima- Perú-2007.
- Jurado Nacional de Elecciones, **El poder electoral** - JNE, Lima-Perú- 2002.
- Landa Arroyo, César, Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Lima- 2007.
- Ley N° 26233
- Moscoso Piñas, Liliana Elena, Referéndum, su naturaleza y discusión en el derecho constitucional peruano-Lima- 1986.
- Resolución 260-2007-JNE.
- Resolución 1215-2006-JNE.
- Resolución 1278-2006-JNE.
- Resolución 004-2008-JNE.
- Resolución N° 523-4-97-Tribunal Fiscal.
- Rubio Correa, Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial PUCP, Lima-2005.
- Salcedo Cuadros, Carlo Magno, Las sentencias "normativas" del Tribunal Constitucional. Preguntas y respuestas: transferencia de propiedad, Gaceta Jurídica, Lima- 2007.
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, expediente 01078-2007-PA-TC, la cual declara nula las Resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE.
- Villegas, Héctor Belisario- **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario-** Astrea de A. y R. Depalma, Buenos Aires - 2005.