



## RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de marzo de 2023, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich (con fundamento de voto) han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia:
  - **INCONSTITUCIONALES** los artículos 4, 7 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173;
  - **INCONSTITUCIONAL** el inciso “b” del artículo 2, en el extremo que dispone “y los efectuados por sus empleadores, incluido el Estado y otros”, y en lo referido a que se permita incluir a personas que hayan sido beneficiadas directa o indirectamente de los recursos del Fonavi.
  - **INCONSTITUCIONAL** el artículo 6, en el extremo que dispone que “[l]a administración de las personas jurídicas o las entidades estatales de cualquier índole que se hayan constituido con recursos provenientes del FONAVI, cualquiera sea su denominación o razón social inscrita, se transfiere a la Comisión Ad Hoc modificada por la presente ley y su titularidad se inscribe a favor de esta por el solo mérito de la presente ley y sin costo registral alguno”.
  - **INCONSTITUCIONAL** la Segunda Disposición Complementaria Final, en el extremo que dispone que “[l]a presente Ley no requiere reglamentación”.
  - **INCONSTITUCIONAL** el artículo 3 de la Ley 31173 y, por conexidad, el artículo 2 de la Ley 31454.
2. Declarar que el artículo 1; el literal “a” del artículo 2; y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173, son compatibles con la Constitución, siempre y cuando sean interpretados de conformidad con lo dispuesto en los fundamentos 59 y 60 de esta sentencia.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo respecto del literal “c” del artículo 2 de la Ley 31173.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
5. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para que, en estricta cooperación en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen todas aquellas medidas que permitan continuar con el proceso de devolución de los aportes a los contribuyentes al Fonavi, tal y como se ha precisado en los fundamentos 58 y 59 de esta sentencia.

Asimismo, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular en el que declara infundada la demanda y exhorta al Poder Ejecutivo a disponer las acciones necesarias para el correcto funcionamiento de la *Comisión ad hoc* y las medidas complementarias para el cumplimiento de las leyes y sentencias del Tribunal Constitucional sobre el FONAVI.

La presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos y los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA  
PACHECO ZERGA  
GUTIÉRREZ TICSE  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso Fonavi IV | 2

**PLENO JURISDICCIONAL**

Expediente 00016-2021-PI/TC

# **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

14 de marzo de 2023

## **Caso Fonavi IV**

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

### **Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19.

Magistrados firmantes:

SS.

**MORALES SARAVIA  
PACHECO ZERGA  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH**



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Norma impugnada</b>	<b>Parámetro de control</b>
Ley 31173	Constitución Política del Perú - Artículos 2, inciso 2; 43, 78, 79, 103, 118, incisos 3, 8 y 17; 139, inciso 2.

### I. ANTECEDENTES

- A. PETITORIO CONSTITUCIONAL
- B. DEBATE CONSTITUCIONAL
  - B-1. DEMANDA
  - B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA
- C. TERCEROS

### II. FUNDAMENTOS

- §1. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA
- §2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA
- §3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31173
  - 3.1. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDA AL PODER EJECUTIVO PARA ADMINISTRAR LA HACIENDA PÚBLICA Y LA PROHIBICIÓN DE INICIATIVA DE GASTO PÚBLICO QUE ALCANZA AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
  - 3.2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE COOPERACIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO
  - 3.3. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA
  - 3.4. SOBRE LOS CRITERIOS PARA DEJAR SIN EFECTO UNA LEY DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN
  - 3.5. SOBRE LA CONFORMACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN AD HOC
  - 3.6. SOBRE LOS CRITERIOS PARA DEJAR SIN EFECTO UNA LEY DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN



**3.7. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE CRITERIOS PARA EL PAGO DE DEUDA PARA EL SANEAMIENTO DE UN INMUEBLE, Y LAS FACILIDADES DE PAGO PARA LOS POSESIONARIOS-BENEFICIARIOS**

**3.8. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE FONAVI**

**§4. MODIFICACIONES NORMATIVAS POSTERIORES**

**§5. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA**

**III. FALLO**



## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2023, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Ochoa Cardich y el voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse, que se agregan.

### I. ANTECEDENTES

#### A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 26 de mayo de 2021, el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19. Alega que la referida norma es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2; 43, 78, 79, 103, 118, incisos 3, 8, 17; y 139, inciso 2, de la Constitución.

Por su parte, con fecha 17 de agosto de 2021, el Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

#### B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la ley impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

##### B-1. DEMANDA

El procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo expone los siguientes argumentos en el escrito de la demanda:

- La Ley 31173 cuestionada vulnera el principio de separación de poderes, desde la perspectiva de la cooperación entre órganos constitucionales, por cuanto ha sido emitida al margen de la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto en la economía del país, particularmente cuando se trata de una situación de emergencia en materia de salud, como consecuencia del Covid-19.
- En tal sentido, afirma que, durante el desarrollo del procedimiento legislativo, el Congreso de la República no tomó en cuenta las observaciones que realizó el Poder Ejecutivo, principalmente en el sentido de que existen dificultades para el financiamiento de las medidas que finalmente fueron establecidas a través de la ley impugnada.



- Refiere que en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2017-PI/TC, el Tribunal Constitucional dispuso la *vacatio sententiae* por el plazo de un año con el objeto de que se apruebe una ley que promueva un adecuado procedimiento de devolución de los aportes al Fonavi, y que la esta ley sea resultado de un proceso de colaboración entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo. Sin embargo, el procedimiento legislativo que concluyó con la aprobación de la Ley 31173, no respetó este mandato del Tribunal Constitucional.
- Por otro lado, advierte que se vulnera el principio de cosa juzgada reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, pues se contraviene decisiones del Tribunal Constitucional, debido a que la norma impugnada regula materias en un sentido diferente a los criterios establecidos en la sentencia emitida en el Expediente 00008-2017-PI/TC (fundamentos 14 a 16 y 51 a 54), referidos: (i) a la exclusión de aquellos aportantes que recibieron algún tipo de beneficio, directo o indirecto, derivado de los recursos del Fonavi, y, (ii) al procedimiento de liquidación de las aportaciones y la conformación de la cuenta individual de los aportantes del Fonavi.
- Al respecto, sostiene que la norma cuestionada establece una regla de devolución de aportes distinta a la desarrollada por el Tribunal Constitucional y regulada en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, puesto que solo excluye a aquellos que se beneficiaron de sus recursos en un monto igual o mayor a su aporte al Fonavi, y no a quienes “directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos”.
- Alega que dicha exclusión, avalada por el Tribunal Constitucional, se encuentra justificada en tanto se busca que un grupo de fonavistas no obtenga un doble beneficio, pues de haber tenido acceso a los recursos del Fonavi, carecería de objeto devolver sus aportes, ya que esto supondría colocarlos en una situación de privilegio frente a los demás fonavistas que no han recibido beneficios, lo que atentaría, además, contra el principio de igualdad.
- Y, respecto al procedimiento de liquidación de las aportaciones y a la conformación de la cuenta individual de los aportantes al Fonavi, manifiesta que, conforme a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC, la fórmula de cálculo de la devolución de aportes debe desarrollarse a partir de reconocer como objeto de devolución el monto dinerario que se deriva solo de los descuentos efectuados a los trabajadores (dependientes e independientes), más la actualización correspondiente. Sin embargo, detalla que el literal b) del artículo 2 de la Ley 31173 cuestionada establece una fórmula que determina montos que no corresponden a lo realmente aportado por los trabajadores, sino que involucra a los aportes formulados por los empleadores, el Estado y otros.
- De otro lado, también afirma que la ley impugnada vulnera la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 118, inciso 17 de la Constitución. Precisa que las medidas establecidas en los artículos 3, 4 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173, para la



devolución de los aportes al Fonavi, implican un gasto público que no ha sido sustentado y sobre el cual no se advierte que haya existido un análisis cualitativo y cuantitativo, el mismo que constituye un elemento esencial en la viabilidad técnica y presupuestaria de una propuesta legislativa.

- Argumenta que la Ley 31173 vulnera el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria reconocido en el artículo 78 de la Constitución, toda vez que generará un gasto público con repercusión en el presupuesto nacional que asciende a un estimado de 3,835 billones de soles. En tal sentido, refiere que la devolución de los aportes del Fonavi requiere recursos no presupuestados para el año fiscal 2021 y que, a la vez, carecen de sostenibilidad financiera en el tiempo.
- Asimismo, acota que la Ley 31173 transgrede la prohibición prevista en el artículo 79 de la Constitución, referida a que los congresistas no tienen iniciativa para crear y aumentar gastos públicos. Señala que la Ley 29625 dispuso la actualización de los aportes únicamente mediante la tasa de interés legal efectiva, sin embargo, la ley impugnada ha dispuesto que la actualización sea por índice de precios al consumidor y por tasa de interés legal, lo que genera falsas expectativas que no van a poder ser cumplidas, pues los únicos fondos que se deben devolver son los del Fonavi, los cuales son finitos y cuya recuperación ha venido financiando a los diecinueve grupos de pago aprobados. En esa línea, precisa que la fórmula de la devolución a llevarse a cabo debe considerar los recursos efectivamente recaudados de los trabajadores y su actualización, además de los recursos que efectivamente se recuperen.
- Para el procurador del Poder Ejecutivo la ley cuestionada vulnera el artículo 103 de la Constitución, cuando a través de su artículo 7 declara “inaplicable la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2014” y “sin efecto jurídico los actos y las acciones que se desarrollaron a su amparo desde el 1 de enero de 2015”.
- Asevera que al declarar la inaplicabilidad de la disposición legal citada se establece un procedimiento no previsto en dicho artículo 103 de la Constitución, respecto a la forma en que puede dejarse sin efecto una ley. Asimismo, remarca que esta medida de “inaplicación” contraviene la prohibición de retroactividad de las leyes, pues deja sin efecto “los actos y acciones” llevados a cabo al amparo de la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley 30114 desde el 1 de enero de 2015; es decir, establece una medida que se aplica, no hacia adelante, como ocurre con todas las leyes, sino hacia atrás.
- Advierte, por ello, que tal medida genera incertidumbre y altera la seguridad jurídica, al dejar sin efecto legal las devoluciones ya realizadas, las resoluciones administrativas que se pronunciaron sobre reconsideraciones, el procesamiento de información proveniente de los empleadores, entre otros. Además, sostiene que acarrea la paralización de los procesos de devolución, al haberse tramitado con base en una norma que con la ley cuestionada ha perdido todos sus efectos. Entonces, dichas medidas van en contra de los intereses de los propios fonavistas.



- Con respecto a la atribución del presidente de la República para reglamentar leyes de acuerdo con lo establecido en el artículo 118, inciso 8 de la Constitución, argumenta que esta potestad reglamentaria forma parte del ejercicio de la función administrativa del Estado y es acorde con su responsabilidad constitucional de cumplir y hacer cumplir las leyes. Por lo tanto, concluye que una ley no puede prohibir su reglamentación, sustituir la misma por otro tipo de medida o derogar de forma unilateral, sin fundamento alguno, un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo.
- En el presente caso, a juicio del demandante, la ley impugnada contemplaría estas tres medidas, lo cual contraviene la competencia del Poder Ejecutivo, en el marco de su función administrativa de reglamentar las leyes a fin de que puedan ser cumplidas, por lo cual resulta inconstitucional la derogación del Decreto Supremo 003-2020-EF, prevista en el artículo 7 de la Ley 31173, así como la Segunda Disposición Complementaria Final. Y, de forma conexa, agrega que también resultaría inconstitucional la Tercera Disposición Complementaria Final, la cual hace referencia a “los lineamientos de gestión emitidos por la Comisión Ad-Hoc del FONAVI” para el cómputo del plazo de acogimiento a la ley.
- El demandante afirma también que la Ley 31173 vulnera las competencias del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del gobierno. Arguye que las medidas previstas en los artículos 5 y 6 de la ley, referidas a la conformación de la Comisión ad hoc y su relación con la Presidencia del Consejo de Ministros, no ha sido resultado de alguna iniciativa promovida por el Poder Ejecutivo y tampoco este ha manifestado una posición favorable a la propuesta, razón por la cual contravienen la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad.
- Por último, el procurador público expresa que los artículos 8 y 9 de la Ley 31173 vulneran el derecho a la igualdad. Aduce que tales disposiciones otorgan amplias facilidades a quienes no se encuentran al día en el pago de su deuda con el Fonavi por la vivienda que ocupan y a quienes ocupan precariamente inmuebles del Fonavi. Acota que estas normas disponen que dichas deudas se recalcularán sobre la base del monto original que invirtió el Fonavi, más una tasa de interés legal.
- En tal sentido, precisa que de acuerdo con el citado artículo 8, la regularización de la propiedad operará al costo de la construcción, es decir, a soles oro o intis, dependiendo de la fecha en que se construyeron los inmuebles; y que ello provocará una situación de trato desigual frente a aquellos prestatarios que cumplieron con el pago puntual de sus deudas al Fonavi.
- Alega que tales disposiciones legales no han tomado en consideración que hubo miles de prestatarios que pagaron su deuda con intereses, y brinda facilidades a quienes no han pagado y registran una deuda por la vivienda que llevan ocupando por varios años, así como a ocupantes precarios que obtendrán una vivienda a un precio muy por debajo del valor de mercado. En consecuencia, enfatiza que los beneficios que otorgan las normas a quienes se encuentran en situación de incumplimiento frente al Fonavi,



colocan a este grupo de personas en una mejor situación que a aquellas que sí cumplieron con sus compromisos.

## **B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda alegando que la Ley 31173 no adolece de vicios de inconstitucionalidad y, por lo tanto, solicita que sea declarada infundada en todos sus extremos. Expone los siguientes argumentos:

- Refiere que la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo para regular el procedimiento de devolución de los aportes del Fonavi fue remitida después de que el Congreso de la República envió la autógrafa de la Ley 31173 y después de que la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera emitiera su dictamen absolviendo las observaciones formuladas por el presidente de la República.
- Señala que con la aprobación de la Ley 31173 no se atenta contra el principio de cooperación de poderes, por cuanto el Congreso de la República no puede paralizar su labor constitucional de dar leyes (artículo 102, inciso 1), ni tampoco eximirse de su responsabilidad de dictaminar los proyectos de ley, frente a la eventualidad de que el Poder Ejecutivo presente una iniciativa legislativa, o no.
- Precisa que el principio de cooperación de poderes, así como la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, no implica la obligación del Parlamento de asentir a las posiciones y observaciones del Poder Ejecutivo en el trámite de aprobación de la Ley 31173.
- Asevera que el Congreso de la República demostró ser respetuoso del principio de cooperación de poderes y del principio de lealtad constitucional que, según el Tribunal Constitucional, “orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política” (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00006-2018-PI/TC), al evaluar y absolver las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la autógrafa de la ley.
- En relación con la devolución de los aportes al Fonavi, el demandado expresa que para el Tribunal Constitucional es una opción constitucionalmente posible que el Estado excluya de dicha devolución a aquellas personas que se beneficiaron, directa o indirectamente. Sin embargo, considera que esta es solo una de las tantas alternativas constitucionalmente posibles por las que puede optar el legislador
- De igual manera, afirma que para el Tribunal Constitucional la forma constitucionalmente válida de interpretar la devolución de los aportes de los empleadores, el Estado y otros, es a través de “una recomposición de estos aportes, a través de un fondo colectivo y solidario, que sea destinado al mismo fin social para el cual se constituyó el Fonavi” (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00007-2012-PI/TC).



- Respecto a la competencia del presidente de la República para administrar la hacienda pública, detalla que esta consiste en el estudio y evaluación del conjunto de las decisiones económicas sobre los ingresos y gastos consignados en el presupuesto del sector público que se aprueba para cada año.
- Advierte que dicha competencia no ha sido vulnerada por la Ley 31173, dado que esta no se configura como una norma presupuestal, sino que se trata de una ley con incidencia presupuestal. En efecto, la ley solo precisa el criterio para la determinación del valor de las aportaciones de los trabajadores que contribuyeron al Fonavi (artículo 3); establece que el Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista (Cerad) representa deuda pública (artículo 4); y encarga al Poder Ejecutivo para que con cargo a los fondos de contingencias existentes asigne a la Comisión ad hoc los fondos necesarios para la devolución ordenada (Primera Disposición Complementaria Final); pero no establece la programación de ingresos y gastos para un ejercicio fiscal determinado.
- Enfatiza que la competencia de administrar la hacienda pública conferida al presidente de la República tampoco ha sido vulnerada por la Ley 31173, porque no está creando una nueva deuda pública, debido a que esta ya ha sido reconocida con anterioridad por el Estado, tal como lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.
- En cuanto a la supuesta vulneración del principio de equilibrio presupuestal, arguye que este solo podría verse afectado en el curso de algunas de las fases del proceso presupuestario, por lo que no resulta aplicable en el presente caso.
- Asimismo, expresa que la Ley 31173 reconoce que es al Poder Ejecutivo a quien le corresponde evaluar la viabilidad de la asignación de recursos necesarios a la Comisión ad hoc, con cargo a los fondos de contingencia (Primera Disposición Complementaria Final).
- De otro lado, sobre el cuestionamiento al artículo 7 de la Ley 31173 a propósito de los procedimientos mediante los cuales puede dejarse sin efecto una ley, así como la prohibición de retroactividad de las leyes prevista en el artículo 103 de la Constitución, expone que la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 estuvo vigente y surtió efectos jurídicos desde su dación hasta que fuera declarada parcialmente inconstitucional por la sentencia emitida en el Expediente 00012-2014-PI/TC y, posteriormente, por el plazo de la *vacatio sententiae* dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC.
- Refiere que el Congreso de la República, a través del citado artículo 7 de la Ley 31173, buscó la derogación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 y el cese de su vigencia, por considerar que su regulación resulta contraria a lo dispuesto por la Ley 29625, lo cual es finalmente corregido y modificado por el mismo legislador al dictar la Ley 31173.



- En lo que respecta a la competencia atribuida al Poder Ejecutivo para reglamentar leyes, aduce que la Ley 31173 deroga el Decreto Supremo 003-2020-EF, porque su contenido es contrario a lo dispuesto en ella sobre la administración de los fondos, activos y pasivos de propiedad del Fonavi por parte de otras personas jurídicas o entidades estatales.
- Asimismo, cuanto a que la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 31173 establece que no requiere de reglamentación, precisa que dicha disposición no prohíbe en modo alguno el ejercicio de la facultad constitucional del presidente de la República para reglamentar leyes; acota que simplemente deja plasmada la apreciación del legislador, pero de ninguna manera veta o prohíbe el ejercicio legítimo de una atribución constitucional.
- Así también, el procurador del Congreso de la República precisa que la creación de la Comisión ad hoc y la forma en que estaría integrada se dispuso mediante Ley 29625. En tal sentido, considera que resulta plenamente constitucional que otra ley, en este caso la Ley 31173, pueda disponer la modificación de la conformación de dicha Comisión ad hoc y que ello no atenta contra la competencia del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del gobierno, tal como alega el demandante.
- Finalmente, sobre la supuesta vulneración del principio-derecho de igualdad configurada por lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 31173 (criterio aplicable para el cálculo de la deuda y facilidades de pago) denunciada por la parte demandante, el procurador del Congreso de la República sostiene que, si bien es cierto que la ley cuestionada otorga un tratamiento diferente a los poseedores y/o titulares de un bien inmueble del Fonavi que tienen deuda con el mismo, ello obedece a la especial naturaleza o particularidad en la que se encuentran dichos sujetos beneficiarios.

### C. TERCEROS

Mediante el auto de fecha 24 de noviembre de 2022, el Tribunal Constitucional incorporó en calidad de tercero a la Asociación Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú (FENAF-PERÚ).

Del mismo modo, mediante el auto de fecha 13 de diciembre de 2022, el Tribunal también decidió incorporar en calidad de tercero a la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú.

## II. FUNDAMENTOS

### §1. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

1. Durante este proceso, han sido publicadas en el diario oficial *El Peruano* dos leyes relacionadas con la Ley 31173, norma impugnada en la presente controversia.



2. El 22 de abril de 2022 se publicó la Ley 31454, “Ley que precisa la Ley 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de Devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la Pandemia de la COVID-19”.
3. Al respecto, este Tribunal advierte que la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 31454 ha derogado el literal c) del artículo 2 de la Ley 31173.
4. Dicha disposición establecía que la devolución de las aportaciones comprende, entre otros: “c) El monto del aporte y su debida actualización conforme a lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil”.
5. Siendo ello así, al haber sido derogada esta disposición del ordenamiento jurídico, este Tribunal considera que ha operado la sustracción de la materia en relación con dicho extremo de la demanda.
6. Ahora bien, el 13 de abril de 2022 la Ley 31173 fue modificada por la Ley 31454. Este último texto consta de cuatro artículos y una disposición derogatoria final, cuyo objeto es, según lo dispuesto en artículo 1, asegurar la implementación y ejecución inmediata de la Ley 31173, con la priorización de la población vulnerable.
7. Posteriormente, el 5 de noviembre de 2022 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley 31604, “Ley que modifica el artículo 3 de la Ley 31454, Ley que precisa la Ley 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de Devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la Pandemia de la COVID-19”.
8. Respecto a la mencionada Ley 31604, este Tribunal aprecia que el artículo 2 de la última ley ha modificado el literal c) del artículo 3 de la Ley 31454, y corrige la sigla que corresponde al nombre de la Asociación Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú (FENAF-PERÚ).
9. Sentado lo anterior, este Tribunal procederá a realizar el control de constitucionalidad del texto vigente de la Ley 31173, de acuerdo con lo explicado previamente.

## §2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

10. En el presente caso corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad alegados por el Poder Ejecutivo, esto es, la eventual vulneración de los artículos 2, inciso 2; 43, 78, 79, 103, 118, incisos 3, 8, 17; y 139, inciso 2 de la Constitución, en los que habría incurrido el Congreso de la República con la expedición de la Ley 31173, publicada el 27 de abril de 2021 en el diario oficial *El Peruano*.
11. El objeto de la ley consiste en:

[...] garantizar el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, y la devolución efectiva e inmediata de las



aportaciones que realizaron los trabajadores, priorizando a la población vulnerable como consecuencia de la pandemia de la COVID-19.

Asimismo, establecer nuevos criterios para el saneamiento de la propiedad mediante un pago pecuniario justo y flexible de los poseedores y/o titulares de terrenos adquiridos y/o construidos con recursos del FONAVI, así como para los titulares de créditos vencidos o contrato resuelto, pero se mantiene en posesión las viviendas adquiridas o construidas por el FONAVI. (artículo 1).

12. Asimismo, la Ley 31173 establece precisiones sobre quienes resultan beneficiarios de la devolución y el monto del aporte a ser devuelto; fija precisiones sobre la liquidación de aportes, actualizando la devolución con el Índice de Precios al Consumidor (inflación) y la tasa de interés legal (artículo 3); establece que el Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista (Cerad) representa una deuda pública con acreedor individual, y que tiene naturaleza de título valor negociable y es de libre disponibilidad (artículo 4); determina una nueva conformación de la Comisión ad hoc (artículo 5); señala distintas medidas sobre la administración y gestión de los fondos y las funciones de la Comisión ad hoc (artículo 6); declara inaplicable la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 y deja sin efecto jurídico los actos dictados a su amparo (artículo 7); dispone criterios para el pago de la deuda para el saneamiento de inmuebles (artículo 8); establece facilidades de pago para los poseedores-beneficiarios (artículo 9); y dispone que la Comisión ad hoc sea quien determine la condición de poseedor (artículo 10).
13. De manera complementaria, la Ley 31173 encarga al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) asignar los recursos necesarios para la devolución de los aportes (Primera Disposición Complementaria Final), dispone que la ley no requiere reglamentación sino un plan operativo (Segunda Disposición Complementaria Final) y determina un plazo para el acogimiento a lo establecido en la norma (Tercera Disposición Complementaria Final).
14. En tal sentido, este Tribunal Constitucional realizará el análisis de constitucionalidad de la Ley 31173, principalmente, a la luz (i) de la competencia constitucionalmente reconocida al Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública y la prohibición de iniciativa de gasto público que alcanza al Congreso de la República, (ii) del principio constitucional de cooperación entre los poderes del Estado, (iii) del principio constitucional de la cosa juzgada, y (iv) de los criterios para dejar sin efecto una ley de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución.

### **§3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31173**

#### **3.1. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDA AL PODER EJECUTIVO PARA ADMINISTRAR LA HACIENDA PÚBLICA Y LA PROHIBICIÓN DE INICIATIVA DE GASTO PÚBLICO QUE ALCANZA AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

15. En la demanda, principalmente, se arguye que la Ley 31173 vulnera la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública. En tal sentido, se advierte que las medidas establecidas para hacer efectiva la devolución de los aportes al Fonavi



(artículos 3, 4 y Primera Disposición Complementaria Final) implican un gasto público que no ha sido sustentado y sobre el cual no se advierte que haya existido un análisis cualitativo y cuantitativo, el mismo que constituye un elemento esencial en la viabilidad técnica y presupuestaria de una propuesta legislativa.

16. Evidentemente, las cuestiones que han sido planteadas por ambas partes al interior del presente proceso de inconstitucionalidad demandan un previo entendimiento de lo que la jurisprudencia de este Tribunal ha denominado como “Constitución económica”.
17. Este término, por lo general, tiene un doble significado. Por un lado, se refiere al conjunto de normas constitucionales que desarrollan los principios y directivas vinculados con la actividad económica. Sin embargo, también está relacionado con el fundamento constitucional del derecho de la economía<sup>1</sup>. En la configuración de este concepto se puede advertir un esfuerzo de la economía política por comprender la unidad de los elementos económicos en un contexto constitucional determinado<sup>2</sup>. El desarrollo de la “Constitución económica” tampoco ha sido ajeno a la labor del intérprete final de nuestra Ley Fundamental, el cual ha precisado que este término engloba todas aquellas disposiciones que “suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho. De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común” (sentencia recaída en el Expediente 00008-2003-PI, fundamento 8).
18. Así, los preceptos constitucionales que se vinculan con el presupuesto del Estado también deben ser interpretados en el marco de la denominada “Constitución económica”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que el presupuesto tiene cuatro perspectivas: i) política: debido a que se configura como un instrumento clave en el desenvolvimiento de las funciones de gobierno y control, ya que refleja la orientación de la política económica y la aprobación del programa detallado de la ejecución o realización de obras, servicios y cometidos; b) económica: debido a que es un instrumento insoslayable para la aplicación de la política económica; c) administrativa; ya que se presente como un instrumento contable de previsión y como texto confrontativo que establece un balance de resultados de la gestión gubernamental durante un determinado lapso; y d) jurídica: ya que emana de un acto legislativo que otorga eficacia y valor jurídico a la actividad económica (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00004-2004-CC/TC, fundamento 8).

---

<sup>1</sup> Cfr. Herrero de Miñón, Miguel (1999). “La Constitución Económica: desde la ambigüedad hasta la integración”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, número 57, pp. 11 y 12.

<sup>2</sup> Ehmke, Horst (2006). “Economía y Constitución”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 5, p. 333.



19. La elaboración de los presupuestos en los modernos Estados constitucionales suele presentarse como uno de los instrumentos más eficientes con los que cuentan los poderes públicos para la adopción de todas aquellas medidas orientadas a la satisfacción de las necesidades sociales básicas. Sin embargo, la concurrencia tanto del Ejecutivo y del Legislativo que ha previsto nuestro constituyente no solo se orienta a que exista un control mutuo entre ambos órganos del Estado en la realización de esta labor<sup>3</sup>, sino que además está relacionada con la introducción de un mecanismo adecuado para la racionalización del gasto público. Ciertamente, tanto nuestra Constitución como los principales tratados sobre derechos humanos que ha suscrito el Estado peruano reconocen la necesidad de respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona, pero la satisfacción de este deber demanda de un gasto público responsable y que no termine generando perjuicios de carácter colectivo.
20. En ese contexto, la Constitución Política establece en el artículo 118, inciso 17, que corresponde al Poder Ejecutivo la administración de la hacienda pública, y este Tribunal ha ratificado la naturaleza exclusiva de dicha competencia (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00002-2013-CC/TC, fundamento 10).
21. El Gobierno, a través del MEF, es el responsable de planear y presentar el proyecto de presupuesto, así como de destinar los recursos del tesoro público. De acuerdo con el artículo 78 de la Norma Fundamental, el presidente de la República envía al Congreso el proyecto de ley del presupuesto antes del 30 de agosto de cada año.
22. Concordante con dicho marco, la Constitución dispone en su artículo 79 que el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, por cuanto una iniciativa de tal naturaleza supondría una intromisión en el manejo de la hacienda pública y, además, afectaría el principio de equilibrio fiscal.
23. Incluso, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con la Duodécima Disposición Final de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, las normas o resoluciones que dicte el Congreso de la República respecto de su presupuesto, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 79 de la Constitución Política del Perú:

[...] no afectan el presupuesto de gastos referido a remuneraciones o escalas diferenciales u otros conceptos de gasto en los demás Pliegos Presupuestarios, estando supeditados estos últimos a lo dispuesto por el Segundo párrafo del artículo 77 del mismo cuerpo legal.
24. Al respecto, conviene tener en cuenta que este Tribunal ya ha emitido sentencias en las que se abordan problemas relacionados con la prohibición de los congresistas de aumentar o crear gasto público (artículo 79 de la Constitución), y ha desarrollado

---

<sup>3</sup> Como hace recordar Jose María Pérez Zúñiga, lo que Otto Mayer ha denominado como bifurcación del principio de legalidad financiera tuvo como origen la “caída del Antiguo Régimen y la consolidación de la obligación de la aprobación anual del gasto público por el Parlamento, perdiendo sentido la necesidad de la aprobación anual de los impuestos, pues todo consistió en romper la conexión entre el derecho de consentir los impuestos y el derecho de presupuesto”. Veer, al respecto: Pérez, José María (2020). “Aspectos constitucionales de los principios de legalidad y estabilidad presupuestaria en la aprobación del gasto público”. En: *Presupuesto y Gasto Público*, Núm. 99, p. 63.



criterios relevantes para resolver este tipo de situaciones; por lo que, previamente, es importante hacer referencia a dicha jurisprudencia.

25. Así, se tiene por ejemplo que en el fundamento 4 de la sentencia emitida en el Expediente 00014-2011-AI/TC, se dispuso que la inconstitucionalidad de la Ley 29616 era resultado de la afectación al artículo 79 de la Constitución, ya que el Congreso de la República había aprobado una iniciativa legislativa que generaba gasto público, sin haber coordinado previamente con el Poder Ejecutivo y, concretamente, con el MEF.
26. Para el Tribunal Constitucional, la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo constituye la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición de una ley que implique gasto público. Asimismo, dicha omisión acarrea una inconstitucionalidad de fondo, toda vez que el contenido de la ley así expedida será violatorio de la prohibición prevista en el artículo 79 de la Constitución; es decir, de la prohibición de que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00008-2015-AI/TC, fundamentos 45 y 46).
27. De ahí que, en su jurisprudencia, el Tribunal haya establecido lo siguiente:

(...) no puede desatenderse que el artículo 79 de la Constitución, establece que ‘el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto’. Ello significa que el Parlamento, *motu proprio*, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, *ex novo*, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, ‘[...] administrar la hacienda pública’.

*Contrario sensu*, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.

En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aún, creando gastos que escapan a la proyección técnica diseñada por el Gobierno” (sentencia recaída en el Expediente 00008-2015-PI/TC, fundamento 41).

28. Bajo las exigencias de dicho paradigma, queda claro que el presupuesto público de cada año debe ser nuevamente equilibrado, lo que presupone que no se deba gastar más de lo que se recaude y que tanto los ingresos como los gastos públicos se encuentren debidamente balanceados para la ejecución de un concreto ejercicio presupuestal. Ello resulta indispensable, ya que

las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos



trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (sentencia recaída en el Expediente 00032- 2008-PI/TC, fundamento 16).

29. Ello presupone que los congresistas no tengan iniciativa para habilitar la generación o aumento de gastos públicos que afecten directa e inmediatamente el equilibrio presupuestal logrado para cada año fiscal. De este modo, el artículo 79 de la Constitución es un límite directo a la actividad del legislador, y que se sustenta en la preservación del equilibrio presupuestal, aspecto indispensable para evitar perjuicios irreparables en el conjunto de los principios, derechos y valores que se desprenden de nuestra Ley Fundamental. En efecto, la materialización de los derechos fundamentales requiere que el tesoro público sea administrado de forma responsable, ya que solo a través de la adecuada creación de gasto, y de su uso racional, es posible la satisfacción de derechos sin la necesidad de perjudicar otros. La eficiencia del funcionamiento del Estado depende, así, de una suerte de “Eficiencia de Pareto”, lo cual implica que deba existir una distribución óptima de los recursos<sup>4</sup>.
30. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, también ha tenido la oportunidad de precisar que el equilibrio presupuestal

es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional, ya que, por un lado, permite una distribución del presupuesto que atienda las diversas obligaciones que son asumidas por el Estado, y, por otro, representa una prohibición de gasto desmedido de los recursos públicos. En efecto, no puede ignorarse que el cumplimiento y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales requiere de capacidad presupuestal, por lo que las leyes de presupuesto anualmente consignan determinados montos con el fin de maximizar el uso de los recursos públicos, en atención a las diversas obligaciones del Estado (sentencia recaída en el Expediente 00013-2021-PI/TC, fundamento 92).

31. De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de su Ley Orgánica, corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas “planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la tributación, política aduanera, financiación, endeudamiento, presupuesto, tesorería y contabilidad, así como armonizar la actividad económica nacional”. No sorprende, por ello, que en la Constitución se demande en diversos escenarios la elaboración de un informe técnico previo para la adopción de medidas que generen gasto público. Al respecto, el artículo 79 de la Constitución dispone la prohibición de los representantes ante el Congreso para crear o aumentar el gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Sin embargo, también existen casos en los que, por el especial impacto que puede producirse en el equilibrio presupuestal, se requiere la elaboración de un informe aprobatorio previo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas. Esto ocurre, por ejemplo, con el hecho que las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren de esta clase de informes favorables. En este mismo sentido, la Ley 30220, Ley Universitaria, dispone en su artículo 26 que “[l]as universidades públicas se crean mediante ley y las universidades privadas se constituyen por iniciativa de sus promotores. Los proyectos de ley de creación de

---

<sup>4</sup> Cfr. Satz, Debra (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 35.



universidades públicas deben contar con **opinión técnica favorable del Ministerio de Educación y del Ministerio de Economía y Finanzas**, a fin de asegurar su pertinencia, financiamiento y sostenibilidad” (énfasis agregado).

32. La exigencia de esta clase de cláusulas se deriva, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, de la necesidad de acreditar, de manera previa, la disponibilidad de recursos que aseguren la eficiencia de los servicios a prestar en una futura universidad pública (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00015-2015-PI/TC, fundamento 24).
33. De esta manera, la introducción del requisito de la participación del MEF obedece a la circunstancia, bien conocida, de que las normas que ocasionan gastos también genera graves consecuencias en otros sectores. Es por ello que la concurrencia del Poder Ejecutivo en la adopción de medidas que generan gasto público se relaciona con la necesidad de evitar un desbalance en el equilibrio presupuestal. La Constitución peruana, por esta misma razón, no permite que los congresistas tengan de forma directa e incondicional iniciativa de gasto público.
34. Queda claro, entonces, que el Poder Legislativo necesita de la participación previa del Poder Ejecutivo para que resulte constitucionalmente viable la iniciativa legislativa que promueva, si es que esta implica creación o aumento del gasto público.
35. En consecuencia, el Congreso de la República no puede utilizar su facultad de iniciativa legislativa para crear o incrementar el gasto de recursos, toda vez que dicha facultad constitucionalmente le corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo. Esta competencia se establece, además, en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE). Según esta ley, forman parte de la competencia relacionada con la hacienda pública los temas referidos a:
  - i) El presupuesto público;
  - ii) La tesorería; y
  - iii) El endeudamiento público.
36. Resulta indispensable, entonces, que la Ley 31173 sea analizada tomando en cuenta si las iniciativas que dieron lugar a su aprobación resultan contrarias a la previsión del artículo 79 ya glosado, o no.
37. Al respecto, este Tribunal Constitucional observa en el portal web institucional del Congreso de la República que parlamentarios de diversas bancadas presentaron distintas iniciativas que proponían la devolución de los aportes al Fonavi y el cumplimiento de la Ley 29625.
38. Asimismo, se advierte que con fecha 13 de abril de 2021 se observó la autógrafa de la Ley 31173. En el documento remitido al Congreso de la República, el Poder Ejecutivo expuso básicamente que:



El propósito de la ley es devolver los aportes del FONAVI, es decir, recursos económicos inmediatos para que los Fonavistas puedan afrontar la crisis originada por la pandemia. Sin embargo, no toma en cuenta que entre enero 2015 – noviembre 2019, se ha devuelto a 1'084,598 Fonavistas, por un total de S/ 1,346'794,093.72 con recursos del mismo FONAVI, que han sido recuperados por las gestiones de la Comisión Ad Hoc con apoyo de su Secretaría Técnica.

Ahora bien, al proponer una devolución inmediata y efectiva, se considera que la devolución se financia con Tesoro Público, en cuanto a ello se debe tener en cuenta que para la emisión de cualquier disposición legal que irrogue gastos públicos, el legislador debe: a) especificar la fuente de financiamiento, y b) contar con una evaluación presupuestaria y el análisis costo-beneficio del proyecto de norma, elaborados por el pliego presupuestario correspondiente.

Es necesario precisar, que no se ha considerado el procedimiento que se realizará para la determinación de aportes a devolver y la fuente para realizar dicha liquidación. El pretender realizar una devolución efectiva, sin haber realizado una concordancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional y, además, el no tener claro los procedimientos a seguir para hacerlo efectivo, suponen un devenir de incertidumbre y caos<sup>5</sup>.

39. Con fecha 20 de abril de 2021, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República emitió su Dictamen de Insistencia<sup>6</sup>, y en él, sobre la observación del Ejecutivo referida a que se estaría afectando al Tesoro Público al proponerse la devolución inmediata de los aportes del Fonavi, precisó que:

[...] los recursos a devolver son de propiedad de los fonavistas por lo que no se estaría afectando el Tesoro Público, no se genera gasto público y se dispone el cumplimiento de pago de deuda conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 007-2012-PI/TC.

40. Finalmente, con 90 votos a favor el Pleno del Congreso de la República aprobó la insistencia del proyecto de la Ley 31173, que fue promulgada por la presidenta de tal poder del Estado y publicada el 27 de abril de 2021 en el diario oficial *El Peruano*.
41. A fojas 129 del escrito que contiene la demanda de inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo adjunta el Informe 372-2021-EF/42.01, de la Oficina de Asuntos Jurídicos Económicos y Administrativos del MEF, en el que se afirma que, tal como ha sido regulada la Ley 31173, esta norma

---

<sup>5</sup> Oficio 210-221-PR de 13 de abril de 2021. Disponible en el sitio web del Congreso de la República. [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Observacion\\_a\\_la\\_Autografa/OBAU06007-20210413.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU06007-20210413.pdf) Consulta realizada el 2 de setiembre de 2022.

<sup>6</sup> Dictamen en insistencia recaído en las observaciones formuladas por el presidente de la República a la autógrafa de la Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 del 20 de abril de 2021. Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/06007DC09MAY20210420.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/06007DC09MAY20210420.pdf) Consulta realizada el 2 de setiembre de 2022.



[...] impacta el equilibrio fiscal y tiene iniciativa de gasto público, sin tener los representantes del Congreso iniciativa para crear ni aumentar gasto público (artículo 79 de la Constitución). Esta disposición costará 3,835 billones de Soles, frente a los S/ 6,684'314,823 que fue lo que se recaudó a los trabajadores actualizado con la tasa de interés legal efectivo (Ley N° 29625 y Sentencia del Tribunal Constitucional).

42. Confluyen en el texto constitucional distintas disposiciones relacionadas con la competencia de administrar la hacienda pública y el principio de equilibrio presupuestal, a fin de que las propuestas legales que demanden fondos del tesoro público no contravengan esas otras disposiciones constitucionales de naturaleza presupuestaria.
43. Corresponde subrayar, al respecto, que de acuerdo con la Constitución el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gasto público fuera del ámbito de su presupuesto, por cuanto una iniciativa legal con dichos propósitos supone una intromisión en el manejo de la hacienda pública (que comprende lo relativo al presupuesto público, tesorería, endeudamiento público, contabilidad, abastecimiento y gestión fiscal de los recursos humanos) correspondiente al Poder Ejecutivo y, además, afecta el principio de equilibrio fiscal.

44. Al respecto, de conformidad con la fórmula prevista en el artículo 3 de la Ley 31173:

Precísase el artículo 2 de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, en el sentido de que la liquidación de aportaciones y derechos señalada en el artículo 1 de la Ley 29625 es para determinar el valor constante de las aportaciones aplicando el Índice de Precios al Consumidor, y su actualización financiera empleando la tasa de interés legal, ambos correspondientes al periodo comprendido entre el inicio de cada aportación individual hasta la fecha de su devolución.

45. Ahora bien, el Tribunal nota que la referida disposición ha sido delimitada por lo dispuesto en la Ley 31454. En efecto, su artículo 2 tiene como finalidad precisar el artículo 3 de la Ley 31173, por lo que la redacción se efectúa en los siguientes términos:

Precísase el artículo 3 de la Ley 31173 en el sentido de que la liquidación de aportaciones y derechos que señala el artículo 1 de la Ley 29625, es para determinar el valor constante de las aportaciones aplicando el índice de precios al consumidor correspondiente al periodo comprendido entre el inicio de cada aportación individual hasta la fecha de su devolución.

46. De conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Código Procesal Constitucional, “[l]a sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. Al respecto, se advierte que el artículo 2 de la Ley 31454 ha precisado los alcances del artículo 3 de la Ley 31173, el cual, a su vez, delimitaba la fórmula de devolución prevista en el artículo 1 de la Ley 29625. En consecuencia, al tratarse de disposiciones que desarrollan este último precepto, este Tribunal cuenta con competencia para examinar si es que las referencias introducidas resultan contrarias a la Constitución y a los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este supremo



intérprete de la Ley Fundamental, o no.

- 47. Así, el artículo 2 de la Ley 31454, en la medida en que pretende precisar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 31173, puede ser sometido a un análisis de constitucionalidad en este pronunciamiento, ya que, en esencia, regula la misma materia. Por ello, este Tribunal debe determinar si es que la referencia a que la liquidación de aportaciones y derechos que señala el artículo 1 de la Ley 29625 puede ser calculada empleando el índice de precios al consumidor de forma conjunta a la tasa de interés legal efectiva, que es lo que cuestiona el Poder Ejecutivo en su demanda.
- 48. En el escrito de demanda, se expresa que la introducción de esta fórmula afecta el equilibrio presupuestal, ya que se presenta una suerte de “doble actualización” de la deuda empleando el índice de precios al consumidor (IPC) y el interés legal, por lo que se elevará el costo de la devolución a 3.8 billones de soles, lo que convierte en inejecutable la devolución, muy por encima de lo que realmente recaudó el Fonavi durante su vigencia. Adjunta, para este propósito, el siguiente cuadro:

Tipo de contribución	Fondo recaudado Valor real S/	Actualización al 31/07/202		
		Con IPC S/	Con TIL S/	Con IPC y TIL S/
Trabajadores dependientes e independientes	S/ 1,275'160,572.49 (1)	S/ 6,309'726,781.11	S/ 6,684'314,823.04 (2)	S/ 406'998,750'703,454.00
Empleadores, constructores y proveedores, estado y otros	S/ 5,682'603.993.69	S/ 35,698'770,025.45	S/ 25,008'149,365.09	S/ 3,428'570,642'874,310.00
<b>Total Contribuciones Recaudadas</b>	S/ 6,957'764,566.18	S/ 42,008'496,806.57	S/ 31,692'464,188.13	S/ <b>3,835'569,393'577,760.00</b> <b>(3)</b>
		<b>S /73,700 960,994 70 (4)</b>		
Fuente: Dirección de Operaciones ST-MEF				
(1) Fondo real recaudado, aprobado por la Comisión Ad Hoc Fonavi, Sesión 21-2014 de fecha 20/11/2014				
(2) Tribunal Constitucional, Exp. 007-2012-PI/TC y 008-2017-PI/TC, dispone que la devolución individual es por lo recaudado a los trabajadores y actualizado con Tasa de Interés Legal				
(3) Conforme al art. 3 de la Ley 31173: costo S/ 3.836 billones de Soles				
(4) Interpretación del art. 3 por la Comisión de Economía del Congreso, factores de actualización por separado, costo S/ 73,700 Millones de Soles.				

- 49. El Congreso de la República, en su calidad de entidad demandada, sostiene que la Ley 31173, en términos generales, no es una norma presupuestal, sino que se trata de una ley con incidencia presupuestal, ya que solo se dedica a precisar el criterio para la determinación del valor de las aportaciones de los trabajadores que contribuyeron al Fonavi. Del mismo modo, asevera que no se está creando deuda pública, ya que esta ha sido reconocida con anterioridad por el Estado.
- 50. Al respecto, este Tribunal estima que, de conformidad con lo previsto en la Ley 29625, la actualización de la deuda consistente en la devolución de los aportes se efectuaba tomando en consideración solo la tasa de interés legal efectiva. Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 31173 establece que la actualización se efectúa considerando el IPC y la tasa de interés legal, fórmula que implica, como lo expone la parte demandante en su escrito, una creación de gasto a través de la iniciativa del Congreso de la República,



sin que ello haya obtenido algún informe favorable por parte del Ministerio de Economía y Finanzas. Del mismo modo, conforme se ha indicado en los pronunciamientos precedentes, la devolución de los aportes debe estimar los recursos que, efectivamente, fueron recaudados respecto de los trabajadores, con su respectiva actualización.

51. De hecho, dicha fórmula contradice, además, los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 00008-2017-PI/TC, se precisó, en el fundamento 49, que:

la Ley 29625, interpretada de conformidad con la jurisprudencia de este órgano de control de la Constitución, ordena la devolución de las contribuciones efectuadas. Efectivamente, de la norma se deriva que:

- i. Debe devolverse el total actualizado de los aportes que fueron descontados a los trabajadores (artículo 1).
  - ii. La actualización del valor de las contribuciones señaladas se llevará a cabo aplicando la Tasa de Interés Legal Efectiva vigente durante todo el período comprendido desde junio de 1979 hasta el día y mes que se efectúe la Liquidación de la Cuenta Individual (artículo 2)”.
52. De este modo, la fórmula que considera, de forma conjunta, el IPC y la tasa de interés legal efectiva resulta incompatible con la Constitución, en la medida en que supone la generación de gasto público por parte del Congreso de la República, y sin la respectiva intervención del Poder Ejecutivo; mientras que la precisión efectuada en el artículo 2 de la Ley 31454, que considera el cálculo en función del IPC, resulta, del mismo modo, inconstitucional, al alterar la fórmula prevista por este Tribunal en el fundamento 49 de la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC y que, por cierto, también se aprobó sin el respectivo informe técnico por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.
53. Finalmente, el Poder Ejecutivo también considera que la Primera Disposición Complementaria de la Ley 31173 resulta contraria a la Constitución, ya que la devolución solamente debería considerar los fondos del Fonavi, pues se trata de un fondo particular distinto a los del tesoro público, además de que no procede generar un nuevo gasto público. Aduce, en este mismo sentido, que las iniciativas legislativas que demandan financiamiento con fondos del tesoro no previsto en los presupuestos de las entidades públicas comprometidas, y que no cuenten con la intervención del Poder Ejecutivo, son inconstitucionales. Agrega que esta disposición tampoco considera que los recursos de la “reserva de contingencia” son destinados a financiar los gastos que, por su naturaleza y coyuntura, no pueden ser previstos en los presupuestos de los pliegos.
54. El Congreso de la República argumenta que la Primera Disposición Complementaria Final se refiere a aportaciones y derechos de los fonavistas, producto de las contribuciones (obligatorias y facultativas) hechas por los trabajadores, las mismas sobre las que el Estado ha tomado y desviado su destino, pese a que forman parte de



la riqueza los particulares.

55. En relación con este punto, el Decreto Legislativo 1437, del Sistema Nacional de Endeudamiento Público, indica, en su artículo 13, que el financiamiento contingente “es la facilidad financiera que permite, ante la eventual ocurrencia de un desastre de origen natural o tecnológico, situación de emergencia o crisis económica y/o financiera en el país, obtener financiamiento, bajo la modalidad de líneas de crédito, bonos, operaciones de endeudamiento, u operaciones de similar naturaleza, así como otros instrumentos existentes o que el mercado desarrolle para dicho fin”. El artículo 5 del referido cuerpo normativo establece que corresponde a la Dirección General del Tesoro Público la negociación y gestión en la aprobación de esta clase de financiamiento.
56. En este mismo sentido, el Decreto Legislativo 1440, del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dispone en su artículo 53 que las leyes de presupuesto en el ámbito del sector público consideran “una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. El Tribunal Constitucional, al referirse a esta clase de fondos, precisó, considerando lo previsto en el artículo 44 de la Ley 28411, que la administración de la reserva de la contingencia, “es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo que es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas. En efecto, el Anexo del Decreto Supremo N.º 129-2013-EF demuestra que el Ministerio de Economía y Finanzas es el órgano que mediante resoluciones ministeriales o decretos supremos dispone la transferencia de partidas de la reserva de contingencia y la modifica presupuestariamente”.
57. En este mismo sentido, este intérprete final de la Ley Fundamental entiende que las reservas de contingencia, relativas al Sistema Nacional de Presupuesto Público, corresponden ser administradas por el Poder Ejecutivo, ya que dicha entidad cuenta con los conocimientos técnicos requeridos para determinar la forma en que debe operar su uso. Evidentemente, el que estos fondos puedan ser administrados por un órgano ajeno, puede afectar la forma en que este poder del Estado decide administrar la hacienda pública.
58. De este modo, es evidente que las iniciativas que condujeron a la aprobación de la Ley 31173 sobre la devolución de aportes del Fonavi han ignorado los principios que orientan la Constitución presupuestaria. Y, en específico, al demandar el uso de los fondos de contingencia para el financiamiento del programa de devolución de aportes al Fonavi, los artículos 2, 3 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173, han transgredido la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública, y también la prohibición constitucional dirigida a los congresistas respecto de la creación de gasto público en una materia ajena a su presupuesto.
59. Por lo tanto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 en el extremo que permite la posibilidad que se incluya en la devolución a diversas personas, sin



evaluar si es que recibieron algún beneficio directo o indirecto de los recursos del Fonavi. Del mismo modo, corresponde invalidar el referido artículo en el extremo que permite incluir, en la devolución de los aportes, los que hubieran sido efectuados por las empresas, el propio Estado y otras entidades, pese a que no se trata propiamente de aportes de los mismos trabajadores. También se ha determinado que corresponde declarar, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 31454. Finalmente, en este apartado también se detallaron las razones que justifican la declaración de inconstitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173.

60. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, esta declaración de inconstitucionalidad no debe suponer la paralización de la devolución de los aportes. Lo que se ha estimado como contrario a la Ley Fundamental es la iniciativa de gasto público por parte del Poder Legislativo, mas no la obligación misma de cumplir con la deuda generada. En ese sentido, corresponde, de conformidad con la fórmula legal plasmada en el artículo 2 de la Ley 29625, así como de lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC, que debe devolverse el total actualizado de los aportes descontados a los trabajadores, para lo que se ha de considerar que la actualización del valor de las contribuciones se llevará a cabo aplicando la tasa de interés legal efectiva vigente, desde el momento del aporte hasta la liquidación de la respectiva deuda individual.
61. Del mismo modo, y en la medida en que se ha considerado que el uso de las reservas de contingencias resulta incompatible con la Constitución, este Tribunal, a fin de no perjudicar la devolución de los aportes, estima que la misma debe realizarse en función de los propios recursos recuperados y de las deudas por cobrar del Fonavi. En todo caso, el Poder Ejecutivo, en el marco de su atribución de administrar la hacienda pública, también se encuentra facultado para adoptar las medidas adicionales que estime pertinentes para la devolución de la totalidad de los aportes, tal y como se ha establecido en la jurisprudencia de este Tribunal. Ahora bien, es evidente que el financiamiento de la deuda -en el supuesto de que los recursos del Fonavi fueran insuficientes- debe realizarse en estricta observancia de los parámetros y procedimientos constitucionales, y atendiendo al equilibrio presupuestal y a los principios presupuestales.

### **3.2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE COOPERACIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO**

62. En la demanda se aduce que en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC este Tribunal dispuso la *vacatio sententiae* de su fallo por el plazo de un año, con el objeto de que se expida una ley que promueva un adecuado procedimiento de devolución de los aportes al Fonavi, pero, sobre todo, para que la ley sea resultado de un proceso de coordinación entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, dado su contenido económico y presupuestario. Refiere el demandante que el procedimiento legislativo que concluyó con la aprobación de la Ley 31173 no respetó dicho mandato. Por tanto, denuncia la vulneración del principio constitucional de



cooperación entre los poderes del Estado.

63. Como se sabe, el artículo 43 de la Constitución Política vigente recoge el principio de separación de poderes. Tradicionalmente, conforme a este principio se exige que el poder político se encuentre distribuido entre diferentes órganos estatales a fin de evitar la concentración del poder.
64. Sin embargo, tal como lo ha precisado este Tribunal, de acuerdo con el principio de separación de poderes, no solo se distribuye atribuciones y competencias a cada poder estatal, sino que entre cada uno de estos se suscita una relación de colaboración, con el objeto de ejercer eficazmente las funciones constitucionalmente asignadas (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00005-2006-AI/TC, fundamento 15).
65. Precisamente, se ha remarcado que, dada la distribución de competencias y atribuciones en el texto constitucional, es posible inferir el principio de cooperación que rige a los distintos poderes estatales, los cuales deberán concordar su actuación con los fines y deberes del Estado. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto. (Sentencia emitida en el Expediente 00004-2004-CC/TC, fundamento 24).

66. Y recientemente, de manera más específica, sobre los alcances del principio de cooperación, se ha subrayado que:

Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de 'lealtad constitucional' el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política. Así visto, sobre la base de este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración



social, la unidad política y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. (Sentencia emitida en el Expediente 00006-2018-PI/TC, fundamento 56).

67. Asimismo, es menester resaltar que en nuestro ordenamiento constitucional, la distribución del poder comprende también a los órganos constitucionales autónomos, los cuales cumplen, entre otras, una función de control y balance frente a las demás entidades estatales para prevenir, precisamente, la concentración del poder político.
68. Queda claro, entonces, que el principio de separación de poderes no solo se materializa a través de la distribución de competencias, sino que también se efectiviza a través del balance de poderes y colaboración entre estos.
69. En el caso de autos, como ya se advirtió, la Ley 31173 fue emitida sin la necesaria interacción entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, no obstante que se trata de una ley que tiene un importante impacto en la economía del país, y a lo que se suma el contexto de emergencia sanitaria como consecuencia del Covid-19, en el que todavía nos encontramos.
70. En efecto, en el dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera de fecha 20 de abril de 2021, puede observarse que el Congreso de la República no emitió pronunciamiento sobre las observaciones de tipo presupuestal y económico que hiciera el Poder Ejecutivo a la autógrafa de ley<sup>7</sup>.
71. Asimismo, cabe señalar que un día después de emitido el citado dictamen, el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento su Proyecto de ley 7563-2021-PE, denominado “Ley que complementa la Ley N° 29625 – Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2017-PI/TC”<sup>8</sup>; sin embargo, esta iniciativa no fue tomada en consideración por el Congreso y finalmente se aprobó la autógrafa de ley por insistencia.
72. Tal proceder confirma la renuencia de parte del Parlamento para entablar coordinaciones con el Poder Ejecutivo, a pesar de que las mismas eran indispensables, dada la existencia de dificultades para el financiamiento de las medidas que fueron ordenadas en la Ley 31173; pero, sobre todo, por tratarse de una norma que ocasiona

---

<sup>7</sup> Dictamen en insistencia recaído en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a la Autógrafa de la Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 del 20 de abril de 2021. Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/06007DC09MAY20210420.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/06007DC09MAY20210420.pdf) Consulta realizada el 2 de setiembre de 2022.

<sup>8</sup> Oficio 236-2021-PR del 21 de abril de 2021. Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL07563-20210421.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07563-20210421.pdf) Consulta realizada el 2 de setiembre de 2022.



gasto público y, conforme a lo dispuesto por el texto fundamental y tal como ya se advirtió *supra*, se requiere de la participación del Poder Ejecutivo para la adopción de la decisión. Del mismo modo, esta declaración de inconstitucionalidad alcanza, por conexidad, a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 31454, ya que se advierte que la determinación de la fórmula de devolución se efectuó sin considerar la participación del Poder Ejecutivo y que, por lo demás, esta no resultaba compatible con los estándares desarrollados por este Tribunal en el expediente 00008-2017-PI/TC.

73. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que se ha producido una vulneración del principio de cooperación entre los poderes estatales, que encuentra respaldo normativo en el artículo 43 de la Constitución, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 (en los extremos en que permite la devolución sin considerar si las personas se beneficiaron directa o indirectamente del FONAVI; así como en lo referido al cálculo de la devolución considerando los aportes efectuados por el Estado, empresas, y otras entidades), y de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173. Del mismo modo, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 31173 y, por conexidad, del artículo 2 de la Ley 31454.

### 3.3. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA

74. La parte demandante alega la vulneración del principio de la cosa juzgada (artículo 139, inciso 2 de la Constitución) porque se contraviene la decisión de este Tribunal Constitucional con la expedición de la Ley 31173 cuestionada. En tal sentido, manifiesta que la regulación establecida en sus artículos 1 y 2 ha sido dispuesta por el legislador en un sentido diferente a los criterios fijados en la sentencia emitida en el Expediente 00008-2017-PI/TC (fundamentos 14, 15, 16, 51, 52, 53 y 54), referidos a:
- (i) la exclusión de aquellos aportantes que recibieron algún tipo de beneficio, directo o indirecto, derivado de los recursos del Fonavi; y,
  - (ii) el procedimiento de liquidación de las aportaciones y la conformación de la cuenta individual de los aportantes del Fonavi.
75. Al respecto, conviene recordar, en primer lugar, que el Fonavi no fue considerado como un aporte que se efectuaba a un fondo individual. Por ello, y de ser el caso, los mecanismos para su devolución pueden tener un carácter colectivo; debiéndose distinguir, además, entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del Fonavi, de aquellas otras que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a beneficios derivados de dicho fondo o a aquellas que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos “beneficiarios”, o de deducir no solo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas (cfr. sentencia emitida en el Expediente



05180-2007-PA/TC).

76. A partir de tal premisa, este Tribunal, cuando analizó la constitucionalidad del primer párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, el cual disponía la exclusión de la devolución a aquellos fonavistas que se habían visto beneficiados de forma directa o indirecta por el Decreto Ley 22591, concluyó que:

14. [...] resulta constitucionalmente posible la exclusión de aquellas personas que habiendo aportado al Fonavi han recibido algún tipo de beneficio, directo o indirecto, derivado de la aplicación de los recursos acumulados en dicho fondo.<sup>[1]</sup>

15. En conclusión, la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley del Presupuesto del año 2014 cuestionada en autos excluye únicamente, a quienes se hubieran beneficiado directa o indirectamente del Fonavi y no vulnera el principio de irretroactividad de las normas por cuanto su aplicación resulta conforme con la regla establecida en el artículo 103 de la Constitución.

16. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo. (Sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC).

77. Sin embargo, el legislador, precisando lo regulado en el artículo 1 de la Ley 29625, ha establecido en la parte *in fine* del inciso a) del artículo 2 de la Ley 31173 impugnada, que no se tomará en cuenta para la devolución del Fonavi a aquellas personas que recibieron un monto “igual o mayor” al aporte que hicieron; vale decir, que no excluye a quienes “directa o indirectamente” resultaron beneficiados con los recursos del Fonavi:

a) A todos los trabajadores, dependientes e independientes que aportaron al FONAVI, con la excepción de quienes se beneficiaron de sus recursos en un monto igual o mayor a su aporte.

78. El Tribunal Constitucional entiende que el objetivo perseguido por esta disposición legal es que a los fonavistas se les devuelva la totalidad de los aportes realizados en su oportunidad al Fonavi. No obstante, la consecuencia de esta decisión legal supone que un grupo de fonavistas perciba un doble beneficio, lo que los coloca, además, en una situación de privilegio frente a aquellas otras personas que a la fecha no han resultado en absoluto favorecidas con ningún tipo de devolución, de modo directo ni indirecto.

79. Asimismo, el inciso b) del artículo 2 referido dispone que, para efectos de la devolución del Fonavi, también se tome en cuenta aquellos aportes que hicieron los empleadores, incluido el Estado:

b) A los descontados de sus remuneraciones y los efectuados por sus empleadores, incluido el Estado y otros.

80. En la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC, el Tribunal Constitucional también analizó el procedimiento de liquidación de las aportaciones y la conformación de la cuenta individual de los aportantes del Fonavi. Así, sobre la fórmula de cálculo de los aportes y su devolución, dejó sentado que:



49. [...] la Ley 29625, interpretada de conformidad con la jurisprudencia de este órgano de control de la Constitución, ordena la devolución de las contribuciones efectuadas. Efectivamente, de la norma se deriva que:

- i. Debe devolverse el total actualizado de los aportes que fueron descontados a los trabajadores (artículo 1).
- ii. La actualización del valor de las contribuciones señaladas se llevará a cabo aplicando la Tasa de Interés Legal Efectiva vigente durante todo el período comprendido desde Junio de 1979 hasta el día y mes que se efectúe la Liquidación de la Cuenta Individual (artículo 2).

81. Por lo que estableció que para la devolución de los aportes a los fonavistas solo deberá tomarse en consideración todos los descuentos que le fueron efectuados en su calidad de trabajadores, más la actualización de la deuda:

51. Por lo tanto, la regulación que detalle el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación del Estado debe asegurar que la totalidad de las contribuciones de los trabajadores sean devueltas, tal como lo dispone la Ley 29625, interpretada de conformidad con los pronunciamientos previos de este Tribunal.

52. Es por ello que, una fórmula que determine montos que no correspondan a lo realmente aportado por los trabajadores, vulnera el derecho de propiedad.

53. Este Tribunal Constitucional concluye que la fórmula que se vaya a emplear debe asegurar que lo devuelto constituya la totalidad de las aportaciones efectuadas por los trabajadores dependientes e independientes, con su correspondiente actualización.

54. Toda vez que la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi, introducida en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014; colisiona con el derecho de propiedad de los aportantes, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo.

82. Como puede observarse, en aquella ocasión este Tribunal no contempló para efectos del cálculo de la devolución la posibilidad de incluir los aportes al Fonavi realizados por el Estado u otros en calidad de empleadores. Y no lo hizo, justamente, para evitar que se distorsione el monto que representaba lo efectivamente aportado por los trabajadores. Sin embargo, el inciso b) del artículo 2 de la Ley 31173 sí los ha considerado.

83. Al respecto, corresponde recordar que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal tienen una triple característica: *fuera de ley*, *cosa juzgada* y *vinculan a todos los poderes públicos*. La afirmación de que una sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce el fallo al decretar la inconstitucionalidad de una ley o, por el contrario, confirmar su validez constitucional. Ello se refrenda con la propia Constitución (artículo 204) y con el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, que dispone que “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad [...] que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes



públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

84. La Constitución en su artículo 139, inciso 2, prescribe que:

[...] Ninguna autoridad [...] puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...].

85. Sobre la cosa juzgada, en específico, este Colegiado ha dejado establecido en su jurisprudencia más temprana que:

(...) mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (Sentencia emitida en el Expediente 04587-2004-AA/TC, subrayado añadido).

86. Tratándose de una sentencia de inconstitucionalidad, los alcances de la calidad de cosa juzgada no solo están referidos al fallo, sino que también alcanza a los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales se determina la invalidez constitucional de una ley. En este sentido, el Tribunal ha subrayado que:

las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al *decisum* o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos *–ratio decidendi–* que constituyen su fundamentación. Y es que, a diferencia de los *obiter dicta* –que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios–, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que este, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima (sentencia emitida en el Expediente 00006-2006-CC/TC, fundamento 41).

87. De ahí que sean los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional especializado que en definitiva interpreta la Constitución, los que le proporcionan al legislador –sin pretender afectar su discrecionalidad normativa– los parámetros para expedir una nueva ley compatible con la Norma Fundamental, cuando sea necesario.

88. La vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad no solo la eliminación de concretos conflictos jurídicos, sino que ante todo tiene una función interpretativa en cuanto instrumento para asegurar la conformidad de los poderes públicos a los dictados constitucionales, a través de su vinculación a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional.



89. Conforme a lo expresado, entonces, si bien el legislador en el presente caso cumplió con el mandato dispuesto por este Tribunal de expedir una ley que regule el procedimiento para la devolución de los aportes al Fonavi, lo cierto es que lo hizo sin tomar en consideración los parámetros establecidos para el efecto en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC, lo que ha vulnerado, por tanto, el principio constitucional de la cosa juzgada.
90. Ahora bien, este Tribunal nota que la declaración de inconstitucionalidad no abarca a la totalidad de la fórmula establecida por el Congreso de la República. En efecto, el extremo del artículo 2 de la Ley 31173 que ordena la devolución considerando los descuentos que le fueron efectuados a los propios trabajadores, con la respectiva actualización de la deuda, se entiende como un mandato compatible con lo ordenado por el supremo intérprete de la Constitución en la sentencia del Expediente 00008-2017-PI/TC.
91. Ciertamente, el Tribunal podría haber optado, como lo hizo en la sentencia del Expediente 00008-2017-PI/TC, por declarar una *vacatio sententiae*, con la finalidad que sea el legislador el que, en virtud de su margen de configuración, regule la fórmula de devolución de los aportes. Sin embargo, en la medida en que la normatividad adoptada por el Congreso ha sido directamente contraria a los estándares establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, resulta necesaria la adopción de una solución que, al mismo tiempo que permita resguardar el cumplimiento de las pautas desarrolladas por el intérprete final de la Ley Fundamental, también sea adecuada para la inmediata y efectiva devolución de los aportes realizados por los trabajadores.
92. En ese sentido, el Tribunal considera que el artículo 1 de la Ley 31173 resulta compatible con la Constitución, siempre y cuando la fórmula aplicada para la devolución de los aportes sea aquella que se desprenda de la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y que, de hecho, se está precisando en esta sentencia.
93. Del mismo modo, en relación con lo dispuesto en el artículo 2, inciso a, de la Ley 31173, el extremo que dispone la devolución “[a] todos los trabajadores, dependientes e independientes que aportaron al FONAVI, con la excepción de quienes se beneficiaron de sus recursos en un monto igual o mayor a su aporte”, solo será entendido como compatible con la Constitución en la medida en que excluya a todos aquellos aportantes que hubieran recibido algún tipo de beneficio, sea este directo o indirecto, derivado de los recursos del Fonavi, tal y como se ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC.
94. Por otro lado, en esta sentencia se procederá a declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 2, inciso b, de la Ley 31173, en el extremo en que dispone la devolución respecto de los aportes efectuados por “sus empleadores, incluido el Estado y otros”, por lo que el mandato que dispone la devolución de lo descontado de las remuneraciones de los trabajadores se mantiene subsistente.



### 3.4. SOBRE EL CERTIFICADO DE RECONOCIMIENTO DE APORTES Y DERECHOS DEL FONAVISTA

95. La parte demandante denuncia la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 31173. Sostiene que, en la medida que establece que el Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista (Cerad) representa deuda pública (artículo 4), ello originaría un título de deuda pública, mediante el cual la hacienda pública reconoce una deuda a su cargo, por lo que corresponderá que tales títulos sean incluidos en el Registro de la deuda pública, lo que generará un incremento considerable en los pasivos a cargo del erario nacional.
96. Por su parte, el Congreso de la República alega que el Cerad constituye un título valor al cual se le exigen los requisitos y formalidades establecidas en la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, y, por tanto, tiene mérito ejecutivo y permite el ejercicio de las acciones cambiarias. Agrega que la referida disposición ha establecido que el Cerad debe ser redimido al quinto año posterior a la fecha de la emisión, de tal manera que es errónea la afirmación de que estas medidas carecen de sostenibilidad financiera en el tiempo y del financiamiento público correspondiente, debido a que su inclusión en el presupuesto nacional se realizará oportunamente en el proyecto de ley del presupuesto público del sector público para el año fiscal que corresponda, cuando dicha iniciativa legislativa sea presentada por el Poder Ejecutivo y siempre que exista disponibilidad presupuestal que permita afrontar el pago de dichas obligaciones.
97. El Tribunal nota que el Cerad es un documento relevante para la devolución de los aportes vinculados con el Fonavi, ya que se caracteriza por reflejar el valor de los periodos aportados por los beneficiarios. Al respecto, la Ley 29625, Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, disponía en su artículo 3 que “[e]l valor total actualizado de los aportes y derechos a devolverse, será notificado y entregado a cada beneficiario a través de un documento denominado Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista”. De este modo, esta primera regulación de la devolución de los aportes no aludía a la posibilidad que el Cerad sea considerado un título de deuda pública.
98. En consecuencia, corresponde que el Tribunal determine si es que la calificación de “título de deuda pública” que se efectúa en relación con el Cerad resulta compatible con la Constitución, o no. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 00007-2012-AI/TC, se precisó que la devolución de los aportes no genera una “nueva” obligación pecuniaria al Estado, ya que el deber de devolución de los aportes del Fonavi

tiene origen en una deuda preexistente del Estado, que éste además había reconocido con antelación y que se fundamenta en haberle dado a tales ingresos, cuando menos de modo parcial, un destino distinto de los originalmente previstos. Ya, por ejemplo, en el espíritu de la Ley N.º 27677 –Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI–, anida el reconocimiento de la deuda con los fonavistas, en razón de la desvirtuación del propósito de los aportes realizados, aludiéndose en su artículo 2º, incluso, a un deber de “recuperación” de los mismos.



99. Ahora bien, es importante precisar, como se hizo en aquella oportunidad, que

la obligación contenida en el artículo 1° de la Ley N.° 29625, en el extremo en que ordena abonar a favor de cada trabajador beneficiario los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados, no constituye una deuda preexistente del Estado –como lo es, en efecto, el deber de devolución de los aportes efectuados directamente por el trabajador beneficiario–, sino que se trata, en estricto, de una *nueva* deuda, al obligar al Estado a efectuar un pago por montos que no afectaron, directa ni indirectamente, el patrimonio de los fonavistas.

100. El Tribunal nota que el artículo 4 de la Ley 31173 tiene por finalidad que el Cerad se constituya como un título de deuda pública, el cual es un título valor en el que el Estado asume su deuda con un acreedor. La referida disposición también precisa que tiene naturaleza negociable y es de libre disponibilidad.

101. Al respecto, la modificación del *status* del Cerad tiene considerables repercusiones en la administración de la hacienda pública, atribución que, según el artículo 118.17 de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo. Al respecto, el artículo 4 de la Ley 31173 dispone que “[e]l Ministerio de Economía y Finanzas programará las provisiones presupuestarias para el cumplimiento de las obligaciones”. Esto supone que, en la medida en que el Cerad se constituye como un título de deuda pública, se reconoce por parte de la hacienda la existencia de una deuda que debe ser incorporada en el Registro de deuda pública, lo que supone un incremento en los pasivos del tesoro público. Esto genera una alteración de la esencia de la obligación de la devolución, ya que se dispone que sea el Ministerio de Economía y Finanzas el que efectúe las provisiones presupuestarias pertinentes.

102. En efecto, tal y como se ha dispuesto en esta sentencia, la devolución de los aportes debe efectuarse de conformidad con lo que ha sido recaudado por la Comisión ad hoc durante los últimos años, así como con las deudas por cobrar del Fonavi. Ahora bien, tal y como ha sido desarrollado en esta sentencia, ello no impide que el Poder Ejecutivo, en el ámbito de las competencias que la Constitución le asigna, pueda implementar otras medidas que estime pertinentes para culminar con el proceso de devolución de la totalidad de los aportes en el escenario que lo recaudado por la Comisión ad hoc resulte insuficiente para dicha finalidad. Evidentemente, ello debe efectuarse respetando los parámetros constitucionales vinculados con los principios presupuestales y las reglas para garantizar el equilibrio presupuestal y un financiamiento razonable de la deuda, aspectos que deberán ser observados por el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.

103. Por otro lado, también se advierte que la disposición legislativa bajo examen precisa que el Cerad será redimido al quinto año posterior a la fecha de la emisión. Si bien esta cláusula no crea propiamente una nueva deuda, sí reduce el marco de acción del MEF –y, en buena cuenta, del propio Poder Ejecutivo– para gestionar la deuda priorizando el principio de estabilidad presupuestaria. En efecto, tal y como se ha expresado en esta sentencia, tal interferencia en la esfera de competencias del Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud de los parámetros propios del derecho constitucional presupuestario, sólo podrá ser compatible con el artículo 79 de la Constitución si se



consigue previamente en el íter legislativo la opinión favorable del titular. Del mismo modo, la gestión de la deuda es un aspecto vinculado con la administración de la hacienda pública, competencia que, de conformidad con la Ley Fundamental, corresponde al Poder Ejecutivo.

104. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal considera que el artículo 4 de la Ley 31173 resulta incompatible con la Ley Fundamental.

### **3.5. SOBRE LA CONFORMACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN AD HOC**

105. El Poder Ejecutivo manifiesta que los artículos 5 y 6 de la Ley 31173 resultan inconstitucionales en la medida que implican un cambio estructural y organizacional de la Comisión ad hoc, por lo que contravienen el artículo 118, inciso 3, de la Constitución, ya que se desconoce la competencia del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del gobierno. Añade que las medidas previstas en la Ley, respecto a la conformación de la Comisión ad hoc o su relación con la Presidencia del Consejo de Ministros, no han sido resultado de alguna iniciativa por parte del Poder Ejecutivo, ni tampoco este ha dado una posición favorable a esta propuesta, razón por la cual deviene inconstitucional.
106. De manera específica, aduce que el artículo 6 de la Ley 31173 atenta contra la rectoría del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, como conductor del sector vivienda y, por tanto, rector de las políticas públicas de alcance nacional que deben regir dicho sector, bajo cuyo ámbito se encuentra el Fondo Mivivienda, a través del cual se promueve y financia la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas.
107. Por su parte, el Congreso de la República afirma, en relación con la conformación de la Comisión, que siendo que una ley dispuso la creación y conformación de la Comisión ad hoc, resulta plenamente constitucional que otra ley, en este caso la Ley 31173, pueda disponer la modificación de la misma conformación. Asevera que es competencia del Congreso de la República el modificar las leyes, y que esta se ejerció con la finalidad de fortalecer la presencia de los representantes de los fonavistas, ya que la anterior conformación generaba una suerte de “cuello de botella”, al estar integrada por representantes ajenos a los intereses de los fonavistas.
108. En lo que respecta al artículo 6 de la Ley 31173, sostiene que esta cláusula tiene el propósito de fortalecer a la Comisión ad hoc, a fin que esta pueda desarrollar su trabajo de forma eficiente, por lo que resulta importante que su presupuesto provenga de la Presidencia del Consejo de Ministros. También considera que la referida disposición no afecta a la política general del gobierno en el sector vivienda, pues la transferencia de la Secretaría Técnica de Apoyo a la Comisión ad hoc de la dependencia presupuestal al pliego Presidencia del Consejo de Ministros, ha sido convalidada por el propio Poder Ejecutivo con la emisión del Decreto Supremo 090-2021-PCM. Finalmente, refiere que resulta constitucionalmente posible que el legislador haya establecido que la administración de las personas jurídicas o las entidades estatales o de cualquier índole que se hayan constituido con recursos del Fonavi, se transfieran a la Comisión ad hoc,



con la finalidad que esta pueda ejercer de forma más eficiente sus atribuciones.

109. El Tribunal advierte que la Comisión ad hoc fue creada por la Ley 29625, con el propósito de que esta efectúe todos los procedimientos y procesos que sean necesarios para cumplir con lo relativo a la devolución de los aportes. En la sentencia recaída en el Expediente 05180-2007-PA/TC, este Tribunal reconoció la necesidad de que el Poder Ejecutivo nombre una Comisión ad hoc encargada de determinar “en un lapso de tiempo razonable quiénes serían los beneficiarios de la devolución de dinero del Fonavi, de modo tal que se pueda hacer efectivo lo ordenado por la Ley N° 29625” (fundamento 8).
110. En su conformación inicial, la Comisión ad hoc contaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, con:
  - 2 representantes del Ministerio de Economía y Finanzas,
  - 1 representante del Ministerio de la Presidencia,
  - 2 representantes de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat),
  - 2 representantes de la Oficina de Normalización Previsional (ONP),
  - 3 representantes de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP).
111. Esta conformación inicial se caracterizaba por la presencia mayoritaria de representantes de entidades del Estado. Evidentemente, esto se asociaba con el hecho que la devolución del dinero para los aportantes del Fonavi es un asunto que vincula a la gestión de recursos públicos, al existir una deuda del Estado peruano, por lo que se requiere de conocimientos técnicos relacionados con la administración del fisco, la determinación de quiénes deberían ser considerados como beneficiarios de la devolución de los aportes, así como del monto de la deuda pública respectiva.
112. Sin embargo, el artículo 5 de la Ley 31173 ha modificado esta composición, y ha dispuesto que la misma se encuentre integrada por:
  - 2 representantes del Ministerio de Economía y Finanzas,
  - 1 representante de la Oficina de Normalización Previsional,
  - 4 representantes de la Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú (FENAFP), correspondiéndole dos (2) al departamento de Lima y a la Provincia Constitucional del Callao, y dos (2) a los otros departamentos del país.
113. En consecuencia, de conformidad con esta nueva regulación, los representantes de los fonavistas adquieren mayoría en la conformación de la Comisión ad hoc. El Tribunal advierte que dicho criterio de distribución puede ocasionar considerables perjuicios en la administración de la hacienda pública, ya que el referido órgano podrá adoptar decisiones no necesariamente amparadas en aspectos rigurosamente técnicos. Del mismo modo, el hecho de que la representación mayoritaria recaiga en los



representantes de los acreedores también puede generar que los criterios para identificar a los beneficiarios y determinar el monto de las deudas pendientes de pago puedan ser excesivamente flexibles, con todo lo que ello supone para el erario público. En ese sentido, la conformación de comisiones en las que, eventualmente, se deba evaluar el pago de deudas públicas debería estimar una participación mayoritaria de órganos de carácter técnico que pertenezcan a la estructura estatal, a fin de garantizar la adecuada administración de la hacienda pública.

114. Ahora bien, el Tribunal advierte que, con posterioridad, se aprobó la Ley 31454, Ley que precisa la Ley 31173, que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia del Covid-19. Esta ley modificó la conformación de la Comisión ad hoc, la cual se distribuyó de la siguiente forma:

- 3 representantes del MEF,
- 1 representante de la ONP,
- 3 representantes de la Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú (FENAFP).

115. Posteriormente, se aprobó la Ley 31604, Ley que modifica el artículo 3 de la Ley 31454, y que dispuso que la conformación también sería con tres (3) representantes del MEF, un (1) representante de la ONP, y tres (3) representantes de la Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú (FENAF-PERÚ).

116. El Tribunal considera que, en la medida en que las modificaciones normativas posteriores a la Ley 31173 han garantizado una mayor participación estatal en la conformación de la Comisión, no se advierte alguna vulneración de la Constitución. En efecto, la cantidad de representantes estatales, o la identificación de los órganos técnicos que deben intervenir en la Comisión ad hoc, son cuestiones específicas que, en principio, corresponde definir a los poderes públicos, siempre y cuando, como se ha señalado en este pronunciamiento, se garantice una mayor presencia de las entidades estatales. Por ello, corresponde desestimar la demanda en este punto.

117. En relación con la administración de las personas jurídicas que se hayan constituido con recursos provenientes del Fonavi, el Tribunal nota que la regulación dispuesta en la Ley 31173, específicamente en el tercer párrafo del artículo 6, incide en ámbitos de políticas públicas que corresponden ser diseñados y estructurados por el Poder Ejecutivo, tal y como ocurre con la administración del sector vivienda.

118. Un ámbito en el que se puede advertir este particular impacto se presenta en el caso del Fondo Mivivienda, el cual inicialmente surgió con la finalidad de facilitar la adquisición de viviendas, así como de financiar aquellas que se construyan como consecuencia de la independización de las unidades inmobiliarias o la culminación de proyectos de habilitación urbana en ejecución. El Tribunal advierte que el Fondo Hipotecario de Vivienda, el cual fue antecesor del Fondo Mivivienda S.A., fue



diseñado con recursos del Fonavi, por lo que bien podría asumirse que todo lo relativo a la gestión de dicho fondo sea derivado a la Comisión ad hoc. Ahora bien, en la medida en que el Fondo Mivivienda S.A. se constituye como una empresa de accionariado único cuya titularidad corresponde al Estado, cualquier modificación respecto de su gestión debe efectuarse de conformidad con las normas que rigen la Actividad Empresarial del Estado. De hecho, la Resolución SBS 980-2006, Reglamento del Fondo Mivivienda, dispone que las modificaciones que se relacionen con las actividades del referido fondo requieren de la previa aprobación de la Superintendencia de Banca y Seguros, sin lo cual no procedería su inscripción en los Registros Públicos.

119. En ese sentido, el Tribunal advierte que las finalidades de entidades como el Fondo Mivivienda y la Comisión ad hoc no son necesariamente concurrentes, además de que la derivación de la administración no se efectúe, específicamente, a otra entidad pública, sino a un órgano de naturaleza colegiada como la Comisión ad hoc, la cual, aunque cuente con mayoría estatal en su conformación, tiene propósitos diferentes a los de entidades como el Fondo Mivivienda, ya que se concentra, particularmente, en la devolución de los aportes efectuados a los fonavistas. Ello demuestra que este extremo del artículo 6 de la Ley 31173 puede ocasionar severos perjuicios en la conducción y ejecución de las políticas públicas.
120. De este modo, la introducción, por parte del legislador, de medidas que inciden en la gestión y diseño de políticas públicas, y que se realizan al margen de las reglas relacionadas con la actividad empresarial del Estado, suponen una vulneración de la Constitución, en la medida en que representan una indebida injerencia en las competencias asignadas al Poder Ejecutivo.
121. Por ello, este Tribunal considera que el artículo 6, en el extremo que dispone que “[l]a administración de las personas jurídicas o las entidades estatales de cualquier índole que se hayan constituido con recursos provenientes del FONAVI, cualquiera sea su denominación o razón social inscrita, se transfiere a la Comisión Ad Hoc modificada por la presente ley y su titularidad se inscribe a favor de esta por el solo mérito de la presente ley y sin costo registral alguno,” resulta incompatible con la Constitución, en la medida en que se invaden competencias que corresponden al Poder Ejecutivo, y particularmente al sector vivienda.

### **3.6. SOBRE LOS CRITERIOS PARA DEJAR SIN EFECTO UNA LEY DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN**

122. Para el procurador público especializado en materia constitucional, la ley cuestionada vulnera el artículo 103 de la Constitución, toda vez que en su artículo 7 declara “inaplicable la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2014” y “sin efecto jurídico los actos y las acciones que se desarrollaron a su amparo desde el 1 de enero de 2015”.
123. Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución:



Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho. (Subrayado añadido).

124. Este Tribunal advierte que, de acuerdo con la regla establecida en la disposición constitucional citada, las leyes tienen vigencia permanente hasta que otro precepto normativo las modifique o derogue, salvo que el propio texto hubiere establecido un plazo fijo de vigencia. En tanto que, excepcionalmente, una norma también puede quedar sin efecto legal alguno a consecuencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad.
125. No obstante, cabe recordar que el constituyente peruano, en virtud del principio de supremacía constitucional, ha contemplado también la posibilidad de que las leyes que resulten incompatibles con la Constitución sean inaplicadas y, como se sabe, esta facultad recae de manera exclusiva en los órganos que ejercen función jurisdiccional.
126. En el presente caso, como puede advertirse, el legislador ha hecho un ejercicio inconstitucional de sus competencias normativas, ya que no solo ha ordenado la *inaplicación* de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, sino que además ha concebido su decisión con alcances *retroactivos*, al disponer que queden sin efecto jurídico todos los actos desarrollados a su amparo desde el 1 de enero de 2015.
127. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que el legislador incurre en una vulneración del artículo 103 de la Constitución, y que este ejercicio inconstitucional de sus competencias también afecta el principio de seguridad jurídica.
128. Este principio exige que los actos de los poderes públicos sean, en mayor o menor medida, predecibles, pues ello genera expectativas razonables en los ciudadanos a los que se dirigen. El principio de seguridad jurídica garantiza que los actos de los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, que impliquen cambios en las reglas de juego o en el marco normativo, y que contravengan los mandatos constitucionales.
129. El carácter dinámico del ordenamiento jurídico no debe ser ajeno al resguardo de principios fundamentales como la interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y la proscripción del abuso de derecho, conforme lo establece el artículo 200, *in fine* de la Constitución.
130. En esta línea, en el fundamento 97 de la sentencia recaída en el Expediente 0017-2019-PI/TC, este Tribunal ha indicado que, en el ámbito de las modificaciones normativas, el principio constitucional de seguridad jurídica comporta que estas se realicen conforme al orden jurídico-constitucional vigente, esto es, que no vulneren lo



ordenado ni lo prohibido por la Constitución. Asimismo, en dicha sentencia, este Tribunal sostuvo que “la voluntad política expresada en la ley se debe desenvolver dentro de las fronteras jurídicas de la Constitución” (fundamento 99).

131. Estando a los fundamentos expuestos, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo.

### **3.7. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE CRITERIOS PARA EL PAGO DE DEUDA PARA EL SANEAMIENTO DE UN INMUEBLE, Y LAS FACILIDADES DE PAGO PARA LOS POSESIONARIOS-BENEFICIARIOS**

132. El Poder Ejecutivo alega que los artículos 8 y 9 de la Ley 31173 resultan incompatibles con la Constitución, ya que otorgan amplias facilidades a quienes no han pagado su deuda por la vivienda que ocupan (pago del capital invertido en la construcción, que pudo ser en soles oro o intis) y a quienes ocupan precariamente inmuebles del Fonavi (la deuda será el monto original que invirtió el Fonavi [en soles oro o intis] más una tasa de interés legal).
133. Agrega que estas disposiciones no consideran que hubo miles de prestatarios que pagaron su deuda con intereses y -más bien- da facilidades a quienes no han pagado, registrando una deuda por la vivienda que ocupan por varios años, así como a ocupantes precarios que obtendrán una vivienda a un precio por debajo del valor de mercado. Enfatiza que estos artículos van en contra del artículo 103 de la Constitución, pues se habría legislado en razón de la diferencia de las personas, así como se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 2, numeral 2.
134. Por su parte, el Congreso de la República preceptúa que las personas que integran cada universo de casos no son iguales. Aduce que, según el artículo 22 del Decreto Ley 22591, decreto ley que crea el Banco de la Vivienda del Perú, los beneficiarios que “podían comprar a plazos sin cuota inicial en 25 años, una vivienda financiada por FONAVI” podían ser “los trabajadores que contribuyan al FONAVI que acrediten un mínimo de 3 años de antigüedad como trabajador y que no son propietarios de vivienda”, por lo que queda claro que dichos beneficiarios fueron trabajadores independientes y dependientes, que laboraron para empleadores del sector público y privado, con diversos montos de remuneraciones y sujetos a distintos regímenes laborales, y a quienes se les buscó satisfacer “en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos”. Concluye que, por ello, no es posible identificar un término de comparación válido.
135. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración de la ley, siempre y cuando, desde luego, este no contravenga los mandatos prohibidos u ordenados desde la Constitución. Por ello, se considera que cuestiones como el establecimiento de facilidades de pago a quienes no hayan pagado oportunamente su deuda, y a quienes hayan ocupado precariamente inmuebles del Fonavi, no son asuntos que corresponda ser examinados



en el ámbito de la justicia constitucional, ya que ello supondría reemplazar el juicio y el análisis que, sobre dicha materia, ha efectuado el Congreso de la República. Debe recordarse que, en todo caso, las eventuales discrepancias técnicas o los aspectos relativos a criterios de oportunidad o conveniencia, no pueden ser objeto de un cuestionamiento constitucional.

136. Por ello, este Tribunal considera que los artículos 8 y 9 de la Ley 31173 no vulneran la Constitución.

### **3.8. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE FONAVI**

137. El Poder Ejecutivo asevera que, de acuerdo con el artículo 118, numeral 8, de la Constitución, corresponde al presidente de la República “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”. En concordancia y desarrollo de esta norma constitucional, el artículo 11 de la Ley No 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, dispone que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo forma parte del ejercicio de la función administrativa del Estado, y es acorde con su responsabilidad constitucional de cumplir y hacer cumplir las leyes. Agrega, al respecto, que la decisión sobre la reglamentación de una norma no depende únicamente de lo que señale una ley, sino de la necesidad de dicha reglamentación para su adecuado cumplimiento.
138. En ese sentido, precisa que una ley no puede prohibir su reglamentación, sustituir la misma por otro tipo de medida o derogar de forma unilateral, sin fundamento alguno, un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo. En el presente caso, según expone, la Ley 31173 contempla estas tres medidas, lo cual contraviene la competencia del Poder Ejecutivo, en el marco de su función administrativa, de reglamentar las leyes a fin de que puedan ser cumplidas, por lo cual resulta inconstitucional la derogación del Decreto Supremo 3-2020-EF prevista en el artículo 7 de la Ley, así como la Segunda Disposición Complementaria Final. Por conexidad, refiere que también resulta inconstitucional la Tercera Disposición Complementaria Final, la cual hace referencia a “los lineamientos de gestión emitidos por la Comisión Ad-Hoc del FONAVI” para el cómputo del plazo de acogimiento a la Ley.
139. Por su parte, la parte demandada sostiene que la Ley 31173 deroga el Decreto Supremo 003-2020-EF porque su contenido es contrario a lo dispuesto en ella sobre la administración de los fondos, activos y pasivos de propiedad del Fonavi por parte de otras personas jurídicas o entidades estatales. Con relación a que la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 31173 establece que no requiere de reglamentación, precisa que dicha disposición no prohíbe en modo alguno el ejercicio de la facultad constitucional del presidente de la República para reglamentar leyes, simplemente deja plasmada la apreciación del legislador, pero de ninguna manera veta o prohíbe el ejercicio legítimo de una atribución constitucional.
140. Al respecto, es importante precisar que el presidente de la República está facultado para expedir decretos, reglamentos y resoluciones. En el desarrollo de esta labor,



requiere la intervención de sus ministros. Sin embargo, como lo ha reconocido este Tribunal en su jurisprudencia, dicha potestad no es ilimitada, ya que, por ejemplo, los reglamentos no deben transgredir ni desnaturalizar las leyes que pretende reglamentar. De este modo, las leyes terminan por delimitar el marco que no puede ser inobservado en el acto de reglamentación. En nuestro modelo constitucional, dicha facultad se empezó a reconocer de manera explícita desde la Carta de 1826, en la que se hizo referencia, por primera vez, a la atribución del Presidente de proceder a autorizar los reglamentos que sean necesarios para el mejor cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Desde ese momento, se ha tratado de una potestad reconocida de forma continua al Poder Ejecutivo, la cual se inserta en la lógica de la separación y equilibrio de los poderes públicos.

141. Los reglamentos, en consecuencia, son una fuente del derecho que se encarga de precisar los preceptos de carácter genérico, y que, en la medida en que tienen una jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean contradictorios con lo establecido en la ley, o que se trate de materias reservadas a esta. En este último escenario, si es que se identifica algún asunto que, de conformidad con la Constitución, requiere la obligatoria y necesaria participación del legislador, no podrá ser el reglamento la fuente responsable de regular dicha materia.
142. En el presente caso, se cuestiona tanto la Segunda como la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173. Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Final dispone que:

**SEGUNDA. Elaboración de plan operativo**

La presente Ley no requiere reglamentación. Encárgase a la Comisión Ad Hoc del FONAVI la elaboración del plan operativo en el plazo de treinta (30) días calendario a partir de la publicación de la presente ley.

143. Este Tribunal advierte que la declaración de inconstitucionalidad se ciñe a lo dispuesto en la primera parte de la Segunda Disposición Complementaria Final, en la medida en que este extremo de la disposición es el que contiene la prohibición de reglamentación. Ahora bien, ciertamente el legislador cuenta con un importante margen de acción para el desarrollo y configuración de ciertas manifestaciones de la vida social. Sin embargo, de esta deferencia no se puede desprender que, *a priori*, dicha entidad del Estado cuenta con la facultad de vetar la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
144. En efecto, el artículo 118.8 de la Constitución tiene como principal límite el de no tergiversar o desnaturalizar las leyes, particularmente atendiendo al hecho de la jerarquía infralegal de los reglamentos. Sin embargo, esta distinta posición jerárquica en el sistema de fuentes del derecho no habilita a que, en este caso la ley, impida cualquier desarrollo o precisión que pueda emprender el Ejecutivo. Ahora bien, en el escenario en el que, eventualmente, se pueda constatar una contradicción de esa naturaleza, el ordenamiento ya brinda las herramientas suficientes para suprimir dicha incoherencia del ordenamiento: la posibilidad de acudir al proceso de acción popular; solicitar en el marco de un proceso judicial que la autoridad ejerza un control de



legalidad; o, inclusive, que el propio Poder Legislativo, por una ley posterior, suprima algún extremo del reglamento que, a su parecer, ha desvirtuado lo dispuesto en la disposición legislativa original.

145. Para este Tribunal, nuestro ordenamiento permite esta clase de remedios institucionales precisamente para garantizar que, por un lado, se permita al Congreso reaccionar frente a una posible desnaturalización de la ley; pero, al mismo tiempo, que se habilite la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. En ese sentido, la Segunda Disposición Complementaria no pretende atacar, de manera concreta, alguna clase de desnaturalización en la que ya haya incurrido el Poder Ejecutivo, sino que, esencialmente, lo priva de efectuar cualquier clase de reglamentación posterior, lo cual afecta el principio de separación y equilibrio de poderes que se encuentra reconocido en la Constitución. Desde luego, también supone una vulneración del artículo 118.8 de la Ley Fundamental, en la medida en que impide que el Poder Ejecutivo pueda desarrollar una atribución que constitucionalmente le corresponde.
146. Naturalmente, este vicio de inconstitucionalidad no alcanza a la totalidad de la Segunda Disposición Complementaria Final, ya que esta cláusula también encarga a la Comisión ad hoc del Fonavi la elaboración de un plan operativo en el plazo de treinta (30) días calendario a partir de la publicación de la Ley 31173. Este Tribunal considera que, en este extremo, no se advierte la concurrencia de algún vicio de inconstitucionalidad, ya que este extremo de la disposición solo dispone que la comisión diseñe un plan operativo destinado a acelerar el proceso de devolución de los aportes. Evidentemente, dicho plan operativo debe considerar los parámetros establecidos en la presente sentencia.
147. Por ello, el Tribunal considera que la Segunda Disposición Complementaria Final resulta inconstitucional solo en el extremo en que precisa que “[l]a presente Ley no requiere reglamentación”.
148. Por otro lado, en relación con la Tercera Disposición Complementaria Final, esta dispone que

**TERCERA. Plazo de acogimiento**

El plazo para acogerse a la presente ley se inicia al día siguiente de la aprobación y publicación de los lineamientos de gestión emitidos por la Comisión Ad Hoc del FONAVI y finaliza a los tres (3) años de publicada la presente ley.

149. Por otro lado, en cuanto a la Tercera Disposición Complementaria Final, el Poder Ejecutivo considera que, en la medida en que se relaciona con la prohibición de expedir reglamentos, también resulta este precepto, por conexidad, incompatible con la Constitución. Ahora bien, este intérprete final de la Ley Fundamental considera que el referido precepto no resulta inconstitucional, siempre y cuando los lineamientos de gestión se hayan configurado respetando las pautas desarrolladas en esta sentencia.



#### §4. MODIFICACIONES NORMATIVAS POSTERIORES

150. En el artículo 2 de la Ley 31454 se ha “precisado” el artículo 3 de la Ley 31173, en el sentido de que: “la liquidación de aportaciones y derechos que señala el artículo 1 de la Ley 29625, es para determinar el valor constante de las aportaciones aplicando el índice de precios al consumidor correspondiente al período comprendido entre el inicio de cada aportación individual hasta la fecha de su devolución”, sin mencionar la “actualización financiera empleando la tasa de interés legal”, referida en el citado artículo 3 de la Ley 31173. En esta sentencia ya se ha dejado sentado que, en la medida en que el artículo 2 de la Ley 31454 precisa los alcances del artículo 3 de la Ley 31173, también resulta incompatible con la Constitución por conexidad, en la medida en que alteraba la fórmula de devolución prevista en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2017-PI/TC, y que disponía que la misma debía efectuarse considerando la tasa de interés legal efectiva.
151. Por su parte, el texto original del artículo 3 de la Ley 31454 se refería a la conformación de la Comisión ad hoc, la misma que, según la citada norma, debía estar presidida por uno de los representantes de la Asociación Federación Nacional de Fonavistas y Pensionistas del Perú. También se dispuso, al igual que en la Ley 31173, que la PCM provea de infraestructura y recursos necesarios para su funcionamiento. Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley 31604 también se pronunció respecto de la conformación de la Comisión ad hoc. Al respecto, este Tribunal ya precisó que las referidas modificaciones normativas resultaban compatibles con la Constitución, siempre que mantengan la participación mayoritaria del Estado.
152. Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 31454, ha incorporado las siguientes disposiciones complementarias finales de la Ley 31173:

Artículo 4. Adición de la cuarta, la quinta y la sexta disposiciones complementarias finales a la Ley 31173

Adiciónase a la Ley 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, las disposiciones complementarias finales cuarta, quinta y sexta, con la siguiente redacción:

“CUARTA. La Unidad Ejecutora N° 009 - Secretaría Técnica de Apoyo a la Comisión Ad Hoc creada por la Ley 29625 será transferida como tal a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y deberá asegurar la continuidad de las funciones, operaciones, procesos y procedimientos para el cumplimiento de la finalidad de la presente ley.

QUINTA. El Banco de Materiales SAC en liquidación, continuará administrando el Fondo Revolvente hasta su transferencia total a la Comisión Ad Hoc creada por la Ley 29625 y modificada mediante la presente ley.

SEXTA. Déjase sin efecto la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Supremo 090-2021-PCM, Decreto Supremo que aprueba el cambio de dependencia de la Secretaría Técnica de Apoyo a la Comisión Ad Hoc creada por el Decreto Supremo 006-2012- EF, del Ministerio de Economía y Finanzas a la Presidencia del Consejo de Ministros.



153. Ahora bien, este Tribunal advierte que la priorización en el proceso de devolución a favor de las personas vulnerables con ocasión de la pandemia del Covid-19 es un asunto que, en principio, corresponde definir a los poderes públicos. En efecto, establecer dicho factor para el orden de la devolución de los aportes no supone alguna vulneración de los principios y derechos reconocidos por la Constitución, ya que ello solo se refiere a la oportunidad en que se cumple la obligación, mas no tiene que ver con la cantidad de la deuda o con la delimitación de las personas favorecidas.
154. En lo que respecta a la Cuarta Disposición Complementaria, la cual dispone que la Secretaría Técnica de Apoyo a la Comisión Ad Hoc sea transferida como tal a la Presidencia del Consejo de Ministros, el Tribunal advierte que el propio Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo 090-2021-PCM, ha aprobado, en el artículo 1, el cambio de dependencia de la secretaría técnica, y a dispuesto que se constituye en la Presidencia del Consejo de Ministros como un proyecto especial, conforme a lo dispuesto en la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. En consecuencia, no se considera necesario emitir pronunciamiento alguno en este punto.
155. Finalmente, este Tribunal tampoco emitirá pronunciamiento respecto de la Quinta Disposición Complementaria ni de la Sexta Disposición Complementaria, al no versar dichas cláusulas sobre alguno de los temas impugnados en esta sentencia.

#### **§5. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA**

156. El ejercicio del control de constitucionalidad permite la realización plena de la noción de “Constitución”, asegurando, de esa manera, su supremacía respecto de la legislación ordinaria<sup>9</sup>. En lo que respecta específicamente al valor de las sentencias que expide este Tribunal en el seno de un proceso de inconstitucionalidad, es importante recordar que dichos pronunciamientos coadyuvan al entendimiento final del contenido de la Constitución, por lo que, frente a mandatos o pautas expresas que se deriven de un pronunciamiento de este tipo, es importante que los poderes públicos -y, entre ellos, también el Congreso de la República-, efectúen todos los esfuerzos necesarios para garantizar su adecuado cumplimiento.
157. Ciertamente, el Poder Legislativo goza de un importante margen de actuación en la configuración de las leyes. Sin embargo, el Tribunal nota que ese nivel de discrecionalidad se reduce cuando, a propósito de un análisis de constitucionalidad, se determina que la solución identificada por el legislador inobserva las pautas y procedimientos que se desprenden de la propia Constitución. En ese contexto, no es viable invocar la autonomía del Congreso para justificar la adopción de una ley que, de manera directa, resulta contraria a estándares fijados por el Tribunal Constitucional, los cuales, de hecho, contribuyen a que el legislador desarrolle sus funciones dentro del marco permitido por nuestra Norma Suprema.
158. De este modo, los parámetros establecidos por el Tribunal en cuanto a la fórmula de

---

<sup>9</sup> Bagni, Silvia y Nicolini, Matteo (2021). *Justicia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 424.



devolución de los aportes relacionados con el Fonavi, y que han sido reiterados en esta sentencia, no solo reflejan la posición institucional del intérprete final de la Ley Fundamental, sino que además contribuyen al perfeccionamiento de la normatividad que puedan aprobar los poderes públicos respecto de la fórmula para la devolución, la cual debe ser compatible con el conjunto de principios y valores que se desprenden de la Constitución, y con plena observancia de los procedimientos previstos en ella.

159. Con este pronunciamiento, este Tribunal no pretende sustituir el juicio que, sobre las materias que han sido abordadas en esta sentencia, pertenece a un órgano como el Congreso de la República. Sin embargo, en la medida en que, en diversas oportunidades, dicho poder del Estado ha reiterado la adopción de reglas en relación con la devolución de aportes que son contrarias a los estándares desarrollados por el intérprete final de la Constitución, era preciso que se definan los criterios para que el Estado cumpla con asumir su deuda. De hecho, la inmediata implementación de esta sentencia debe coadyuvar a que las personas que, en su momento, contribuyeron al Fonavi, puedan recuperar las sumas de dinero que aportaron al Estado.
160. Finalmente, el Tribunal exhorta a los poderes públicos a que, en el ámbito de sus respectivas competencias, adopten todas las medidas necesarias que permitan finalizar el proceso de devolución de los aportes. Este intérprete final de la Constitución advierte que han transcurrido más de diez años desde la expedición de la Ley 29625, por lo que resulta indispensable que el Estado peruano cumpla con la deuda que legal y constitucionalmente le corresponde asumir.

### III. FALLO

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia:
  - **INCONSTITUCIONALES** los artículos 4, 7 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173;
  - **INCONSTITUCIONAL** el inciso “b” del artículo 2, en el extremo que dispone “y los efectuados por sus empleadores, incluido el Estado y otros”, y en lo referido a que se permita incluir a personas que hayan sido beneficiadas directa o indirectamente de los recursos del Fonavi.
  - **INCONSTITUCIONAL** el artículo 6, en el extremo que dispone que “[l]a administración de las personas jurídicas o las entidades estatales de cualquier índole que se hayan constituido con recursos provenientes del FONAVI, cualquiera sea su denominación o razón social inscrita, se transfiere a la



Comisión Ad Hoc modificada por la presente ley y su titularidad se inscribe a favor de esta por el solo mérito de la presente ley y sin costo registral alguno”.

- **INCONSTITUCIONAL** la Segunda Disposición Complementaria Final, en el extremo que dispone que “[l]a presente Ley no requiere reglamentación”.
  - **INCONSTITUCIONAL** el artículo 3 de la Ley 31173 y, por conexidad, el artículo 2 de la Ley 31454.
2. Declarar que el artículo 1; el literal “a” del artículo 2; y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173, son compatibles con la Constitución, siempre y cuando sean interpretados de conformidad con lo dispuesto en los fundamentos 59 y 60 de esta sentencia.
  3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo respecto del literal “c” del artículo 2 de la Ley 31173.
  4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
  5. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para que, en estricta cooperación en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen todas aquellas medidas que permitan continuar con el proceso de devolución de los aportes a los contribuyentes al Fonavi, tal y como se ha precisado en los fundamentos 58 y 59 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARA VIA  
PACHECO ZERGA  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH**

**PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ**



## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Si bien me encuentro conforme con la ponencia en mayoría, estimo pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

### 1. Acerca del derecho fundamental a la vivienda

Aunque la vigente Constitución de 1993 no hizo expresa referencia del derecho fundamental de la vivienda –previsto en su día el artículo 10 de la Carta de 1979- existen suficientes elementos que permiten abogar por su reconocimiento implícito en cuanto atributo social fundamental. En efecto, independientemente de su individualización a partir de lo dispuesto en el Artículo 3 de la Constitución en cuanto fuente principal en el reconocimiento de derechos no enumerados también se le puede deducir de una serie de cláusulas expresas como la relativa a la protección a la familia declarada en el artículo 4 de la Constitución (en virtud de la cual el Estado tiene el deber de atender o promover la construcción de viviendas con la finalidad de asegurar su función social); la concerniente con el Estado Social (artículo 43); el valor superior de la dignidad de la persona (artículo 1); la referida al deber del Estado de promover el bienestar general (artículo 44); y por supuesto aquellas que hacen referencia al ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el bien común (artículo 70); la declaración de que la Constitución no ampara el abuso del derecho (artículo 103) (y que por tanto proscribiera el abuso del derecho de propiedad); y en la que asigna que asigna como competencia municipal la planificación del desarrollo urbano de sus circunscripciones (inciso 1 del artículo 192)<sup>10</sup>.

En ese sentido, asumo que el derecho a la vivienda es pues un componente esencial de los derechos fundamentales de la persona, de carácter instrumental para garantizar el ejercicio de derechos civiles básicos en los que se condensa la noción de dignidad humana<sup>11</sup>.

### 2. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Este Tribunal Constitucional, por otra parte, ha reconocido en su jurisprudencia el derecho a la vivienda. Así, en la STC Exp. 0007-2012-PI/TC, pronunciada el 26 de octubre de 2012, en el fundamento 64:

En primer lugar, el derecho fundamental a la vivienda se encuentra estrechamente ligado con el principio de *dignidad humana*, pues la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y apropiado a las necesidades de la persona resulta indispensable para que ésta pueda desarrollar

<sup>10</sup> OCHOA CARDICH, César, *El Estado Social en la Constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú*, Palestra, Lima, p. 380.

<sup>11</sup> RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, El derecho constitucional a la vivienda. En Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig y Carlos R. Fernández Liesa, dirs. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX; Vol. VI, Libro III, Dykinson/Fundación Gregorio Peces Barba/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid Madrid, 2013, p. 1980.



con el mayor grado de libertad todos los atributos inherentes a su personalidad. Así, el derecho fundamental a la vivienda adecuada encuentra vinculación con la definición de la dignidad humana realizada por este Tribunal, cuando ha sostenido que "bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención - obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus panes de vida - obligaciones de hacer-. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas" (STC 2945-2003-PAJTC, FF.JJ. 20-21). Por otro lado, atendiendo al principio de interdependencia e integralidad en la interpretación de los derechos fundamentales, la centralidad que ostenta el derecho a la vivienda dentro del núcleo básico de necesidades relevantes para la persona resulta más que evidente. Así, como ha sostenido con precisión Gerardo Pisarello "la pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se toma difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política" (PISARELLO, Gerardo: Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Icaria-Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Barcelona, 2003, p. 25) [...].

### **3. La devolución de los aportes del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) en la jurisprudencia del TC**

En la precitada STC Exp. 007-2012-PI/TC, este Tribunal ya se pronunció sobre la obligación contenida en el artículo 1 de la Ley 29625, en el extremo en que ordena abonar a favor de cada trabajador beneficiario del FONAVI "los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponde debidamente actualizados", asumiendo el criterio que no era viable jurídicamente la devolución de los referidos aportes, sino su recomposición en un fondo colectivo y solidario (fundamento 63), por constituir un fin constitucionalmente adecuado:

Corresponde entonces saber si el segundo extremo del artículo 1° de la Ley N° 29625, objeto de análisis, puede tener alguna lectura válida desde un punto de vista constitucional, esto es, una lectura que compatibilice la decisión expresada por la ciudadanía en las urnas de recomponer el fondo de los aportes efectuados



por el Estado, los empleadores u otros al FONAVI, en beneficio de los fonavistas, y el hecho de que dichos fondos no pueden devolverse a título individual a éstos, por no compadecerse con el propósito devolutivo de los aportes propios de los trabajadores. La respuesta para este Tribunal radica en el hecho de que si bien la devolución individual de los referidos aportes no puede constituir un fin constitucionalmente lícito, una decisión en el sentido de recomponer los fondos aportados por el Estado, los empleadores u otros al FONAVI, a través de un **fondo colectivo y solidario**, destinado al mismo fin social para el cual fue constituido el FONAVI, en este caso, satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los fonavistas, sí puede constituir un fin constitucionalmente adecuado. En este supuesto, no solo se cumple con la finalidad de la Ley N° 29625, sino que no se genera una deuda injustificada ni nueva (que es el problema de inconstitucionalidad), dado que se trata solo de la recomposición de un fondo que el Estado ha reconocido que fue desviado y que será destinado a un fin constitucionalmente legítimo y que es el mismo que tuvo en su origen.

El fin constitucionalmente legítimo de este fondo se justifica en la medida en que el fondo se destine a la cobertura de vivienda a para los fonavistas que se encuentren en situación de falta de acceso a esta necesidad básica, lo que se desprende de las propias exigencias del *derecho fundamental de vivienda adecuada*. Este derecho, aún cuando no se encuentra incorporado el listado expreso de los derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge, debe ser considerado, por las razones que a continuación se señalaron, en la cláusula de derechos innominados del artículo 3 de nuestra Carta Magna, el cual textualmente prescribe: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Ese mismo criterio, por lo demás, fue reiterado por este Supremo Tribunal en la STC Exp. 0012-2014-PI/TC, Caso Fonavi 2014 (fundamentos 16 a 18), siendo pertinente enfatizarlo una vez más.

#### 4. Vulneración al principio de razonabilidad

En mi opinión, la denominada devolución de los aportes realizados por el Estado, los empleadores y otros a los fonavistas constituye una **extensión irrazonable del concepto de patrimonio**. No se puede en rigor devolver fondos que no fueron en su origen de titularidad exclusiva y excluyente de los fonavistas. Tal proceder, de configurarse, comportaría una vulneración manifiesta del principio de razonabilidad que en la doctrina nacional es definido por Rubio en los siguientes términos:

El principio de razonabilidad exige que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias cumplan el requisito de ser generalmente aceptados



por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. *Dichos actos deben estar sostenidos en argumentos de razonamientos objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados.* Debe haber un tratamiento imparcial de las personas y, cuando sea pertinente, se debe aplicar la regla de que “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho” (cursiva agregada)<sup>12</sup>.

## 5. Vulneración del principio de justicia presupuestaria

Cabe recordar que el artículo 44 de la Constitución declara como fin del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta *en la justicia* y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

La justicia es un valor superior del ordenamiento, que debe inspirar al régimen de la Hacienda Pública. Así, la justicia obliga a una **asignación equitativa de los recursos públicos**.

En esa dirección el artículo 77 de la Constitución reconoce que el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y que su programación y ejecución responden a los criterios de necesidades sociales básicas.

Gasto público justo implica interdicción de la arbitrariedad y en consecuencia, que se descarte una devolución irrazonable de aportes realizados por el Estado, los empleadores y otras entidades que constituyeron el FONAVI, por constituir una privatización de recursos públicos, incompatible con el Estado de derecho democrático y social.

## Conclusiones

En consecuencia, considero que la demanda de inconstitucionalidad es **FUNDADA, siempre que se interprete** que la devolución de los aportes a que se refiere el artículo 2, literal b) de la Ley 31173 se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de las necesidades básicas de vivienda de los fonavistas que así lo requieran, habida cuenta de su falta de acceso adecuado a ese derecho fundamental, conforme a lo determinado en la STC Exp. 007-2012-PI/TC.

Asimismo, propongo que se **EXHORTE** al Poder Ejecutivo a implementar de manera inmediata y continuada las acciones necesarias para el correcto funcionamiento de la comisión ad hoc y las medidas complementarias para la devolución efectiva e inmediata de las aportaciones al FONAVI que realizaron los trabajadores.

S.

**OCHOA CARDICH**

---

<sup>12</sup> Rubio, Marcial, *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, p. 19.



## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto a lo expresado en el voto en mayoría, el suscrito considera que la ley es constitucional en todos sus extremos, y debe devolverse a los trabajadores el íntegro de los aportes al FONAVI; en ese sentido la demanda de inconstitucionalidad debió ser declarada **INFUNDADA**, conforme a los fundamentos que paso a exponer:

### A. El derecho a la vivienda decorosa

1. El derecho a la vivienda decorosa tiene fuente directa en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
2. Constitucionalmente se incorpora y de manera expresa en la Constitución Política del Perú de 1979, en los términos siguientes:

**Artículo 10.** Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

3. Este dispositivo, si bien no ha sido reiterado expresamente en el Texto Fundamental, no es menos relevante que el resto de derechos fundamentales. Todo lo contrario, se engarza dentro de lo que se conocen como los “derechos sociales” innominados, en virtud del artículo 3 de la Constitución Política del Perú actual, de capital cumplimiento en el Estado social y democrático de derecho.
4. Es por ello que, a lo largo de las décadas siguientes a la conformación del régimen de los tratados, la vivienda como objetivo y materialización de la persona y de su dignidad, ha sido reiterada en la jurisprudencia internacional y en el derecho comparado; estando impulsada, además, por los diferentes modelos ideológicos y sus gobernantes.
5. En Alemania, “a partir de principios como los del Estado social de derecho (artículo 20), la dignidad de la persona humana (artículo 1) o la igualdad (artículo 3), el Tribunal Constitucional llegó a reconocer que la vivienda era un elemento central de la existencia humana (...)” <sup>(13)</sup>.
6. En Estados Unidos, destacan los casos conocidos como Mont Laurel I y II, en los que el Tribunal Supremo de Nueva Jersey estableció en los años 1975 y 1983, que los poderes públicos debían otorgar a las personas más vulnerables, empezando por los afroamericanos, “oportunidades realistas” (*realistic opportunities*) de acceso a la vivienda. Con esta finalidad, estableció la obligación de que los promotores privados incluyeran en sus actuaciones municipales un número

---

<sup>13</sup> PISARELLO, Gerardo, El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional. En Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig y Carlos R. Fernández Liesa, dirs. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX; Vol. VI, Libro III, Dykinson/Fundación Gregorio Peces Barba/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid Madrid, 2013, p. 1909.



“sustancial” de viviendas baratas ubicadas en lugares adecuados en términos ambientales <sup>(14)</sup>.

7. Asimismo, de gran impacto en la doctrina, el Caso Groothboom -resuelto por la Corte Sudafricana en 2000- estuvo referido al acceso a la vivienda a favor de grupos que se encontraban en situaciones urgentes y de mayor vulnerabilidad, señalándose en forma expresa:

[...] resultó poco menos que “revolucionaria” para parte de la doctrina constitucional. Un caso notable al respecto –una buena metáfora de las reacciones de la academia jurídica frente a este tipo de casos- fue el del profesor de la Universidad de Chicago Cass Sunstein, quien –después del fallo sudafricano y declaradamente a partir del mismo –comenzó a defender un papel más activo de los jueces en el *enforcement* de los derechos sociales- una posibilidad que, hasta el momento, había negado y combatido desde su prominente lugar en la academia jurídica <sup>(15)</sup>.

8. En efecto, con posterioridad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha hecho hincapié en que el derecho a una vivienda adecuada no debe interpretarse de forma restrictiva, sino entenderse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Dicha instancia internacional, ha indicado que el término “adecuado” involucra: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; entre otros. Así, las características del derecho a una vivienda adecuada están definidas principalmente en las observaciones generales del Comité N.º 4, relativa al derecho a una vivienda adecuada (1991) y N.º 7, relativa a los desalojos forzosos (1997) <sup>(16)</sup>.

9. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha seguido esta línea, y en su jurisprudencia ha reconocido la importante función social de la vivienda:

“Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución)”. Expedientes N.ºs. 00007-2012-PI/TC y 00018-2015-PI/TC.

10. Como se observa, la vivienda es un derecho fundamental, vinculado con los principios de dignidad e igualdad, e involucra determinadas características que coadyuvan a vivir en seguridad, paz y dignidad. En esta línea, el Estado peruano

<sup>14</sup> Ibídem, p. 1915.

<sup>15</sup> Gargarella, Roberto, Prólogo. En Leticia Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 21.

<sup>16</sup> <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>



tiene un deber constitucional de promoción del acceso a la vivienda que permita que la población pueda acceder a una en condiciones decorosas. Supera por tanto cualquier matiz ideológico. Radica, en esencia, en lo básico para la vida en condiciones de dignidad, el cual es uno de los fines supremos del Estado, conforme al artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

11. Es en esta perspectiva, y solo en ella, que podemos analizar y justificar el destino de los fondos del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI).

**B. La creación del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI)**

12. La creación del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) se realizó paralelamente con la Constitución de 1979, a través del Decreto Ley 22591, aprobado por el régimen militar en el mismo sentido prestacional y social, con la finalidad de procurar el acceso a la vivienda a los trabajadores de más bajos recursos.

13. El referido fondo se componía de los siguientes aportes:

- a) Desembolsos obligatorios de empleadores y trabajadores.
- b) Desembolsos facultativos de trabajadores independientes.
- c) Aportes obligatorios del Estado.
- d) Producto de venta y arrendamiento de inmuebles.
- e) Intereses percibidos por depósitos y créditos otorgados, entre otros.

14. El FONAVI constituía un sistema solidario para la construcción de viviendas. De esta manera, y en la lógica de los derechos económicos, sociales y culturales, fueron aportes destinados a la efectivización del derecho fundamental a la vivienda decorosa o adecuada. Por tanto, desde nuestra perspectiva, la discusión sobre la naturaleza de los aportes no puede circunscribirse únicamente al aporte individual del trabajador, sino a su funcionalidad como aporte solidario de los diferentes actores involucrados por la ley, en clave a materializar de manera efectiva este derecho elemental para el bienestar para este sector poblacional.

15. Lamentablemente, el estado destinó dichos fondos hacia otros fines, y los gobiernos sucesivos a otros programas de vivienda totalmente distintos a los fundamentos sociológicos del aludido decreto ley que creó el Fonavi.

16. En ese sentido, si bien no queda duda sobre el aporte de los trabajadores y la devolución de estos; la contribución de los otros obligados a constituir el fondo son los que han venido generando controversia que es menester resolver en la presente causa.



**C. Con relación a la restricción de la devolución únicamente a los aportes de los fonavistas**

17. El voto en mayoría declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2, literal b) de la Ley 31173, que dispone que, para efectos de la devolución del FONAVI, se incluya aquellos aportes que hicieron los empleadores (Estado y empleadores).
18. Se afirma -en el voto en mayoría- que en la sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2017-PI/TC (Caso FONAVI II), este Tribunal no contempló para efectos del cálculo de la devolución la posibilidad de incluir los aportes al FONAVI realizados por el Estado u otros en calidad de empleadores. En ese sentido, se sostiene que mediante el artículo 2 de la Ley 31173 se vulnera el principio de la cosa juzgada.
19. En principio, estamos ante una nueva ley, y aún se trate sobre hechos donde haya habido pronunciamiento de este colegiado, el Congreso de la República está legítimamente investido de poder, para formular nuevas disposiciones normativas, así se trate sobre las mismas materias, siempre que se encuentre dentro de lo constitucionalmente posible. Siendo así, no se observa que la Ley 31173 vulnere el principio de cosa juzgada. No puede haber por tanto cosa juzgada. No estamos en un proceso de control intersubjetivo.
20. En segundo lugar, aún fuera el hecho, la regulación tampoco es exacta. En los fundamentos jurídicos 51, 52, 53 y 54 de la precitada sentencia que se invocan **no se excluyó expresamente la devolución de los mencionados aportes ni se sostuvo que tal devolución fuera constitucionalmente ilícita**. Sólo se alude a los aportes efectuados por los trabajadores fonavistas, sin pronunciarse sobre el destino de otros aportes al FONAVI y menos aún a la imposibilidad jurídica de su devolución, como se sostiene en el voto en mayoría.
21. En tal sentido, la ley impugnada cobertura legítimamente un componente donde no había limitación expresa. Así, los aportes del Estado y de los empleadores, también estaban orientados a esa **finalidad constitucional de acceso a la vivienda** en beneficio de los trabajadores y de sus familias.
22. En efecto, si bien este Colegiado en la STC Exp. 00007-2012-PI/TC sostuvo y asumió como lectura válida del artículo 1 de la Ley 29625 aprobada por la vía del referéndum, que la devolución de los aportes efectuados por el Estado, los empleadores y otros al FONAVI a título individual no constituye un fin constitucionalmente lícito, sino que este fin sólo se justifica a través de un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de necesidad básica de vivienda de los fonavistas, que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental; actualmente la Ley 31173 ha interpretado el artículo 1 de la Ley 29625, en el sentido de que la devolución efectiva e inmediata de los



aportes comprende tanto a los descontados de sus remuneraciones como **los efectuados por sus empleadores, incluido el Estado y otros.**

23. A nuestro juicio, esta interpretación del legislador -asumida en la Ley 31117- de la devolución de los aportes a título individual es también constitucionalmente lícita, viable y acorde con la ley aprobada por referéndum, como también lo es la desarrollada en la STC 00007-2012-PI/TC. Se justifica desde una lectura sociológica del constitucionalismo histórico y no únicamente desde la Constitución de 1993, pues esta, por sí sola, no resuelve el problema. Ciertamente, el Decreto Ley 22591 fue una norma construida en una época distinta, donde la función social se justificaba en el colectivismo. Así, los aportes de los otros actores (estado y empleador) eran liberaciones a favor del trabajador, por lo que el sentido de la fórmula legal del aludido decreto, por tanto, destinaba dichos aportes a los trabajadores como recursos que les correspondían en calidad de intangibles.
24. Lamentablemente el estado festinó dichos recursos, produciendo una de las grandes deudas internas que mantiene con millones de personas de condición humilde, haciendo flancos en el objetivo de la paz justicia social.

#### **D. El Tribunal Constitucional no es legislador**

25. No es competencia del Tribunal Constitucional asumir el rol de legislador y descartar como inconstitucional una opción interpretativa que no transgrede manifiestamente el principio de constitucionalidad de las leyes.
26. Así, por mandato de la Ley 31117 se integran como derecho al patrimonio de los fonavistas, los aportes efectuados por el Estado, los empleadores y otros, dentro del *sentido constitucional de la propiedad* que “no se queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica” (STC Exp. 00008-2003-PI/TC).
27. El voto en mayoría sólo admite la devolución de la parte del aporte que efectuaron los fonavistas dependientes e independientes, mediante el descuento de sus remuneraciones o ingresos, sustituyéndose en el rol del legislador, generando el efecto injusto de cercenar el reembolso total de los aportes al que tienen derecho por mandato de la Ley 31173.
28. La ley, como asevera Ferreres Comella,

“aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: El Parlamento. En ese sentido, en la medida que el juez constitucional debe interpretar y aplicar el



texto constitucional a los efectos de decidir la validez de una ley aprobada por un parlamento democrático se debe procurar como regla general la conservación de los actos jurídicos” (17).

29. Cabe hacer hincapié, además, en que la Ley 31173 reconoce, vía norma interpretativa, la devolución de los aportes, priorizando a la población vulnerable, en el contexto de la pandemia del COVID 19 y de la emergencia socioeconómica que esta produjo con los nefastos resultados ejecutados por las políticas gubernamentales de entonces, y que es de dominio público.

**E. El vínculo entre la actividad presupuestaria y los derechos fundamentales**

30. El voto en mayoría declara inconstitucional el artículo 3 de la Ley 31173, modificado por el artículo 2 de la Ley 31454, que aplica el Índice de Precios al Consumidor por afectación al equilibrio presupuestal. Asimismo, declara como inconstitucional la calificación del CERAD como título ejecutivo con un plazo de redención de cinco años, afirmando que supone una interferencia en la gestión de la deuda pública. En esa misma dirección, considera como inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31173 por cuanto considera la gestión de los recursos de contingencia para la devolución del FONAVI, vulnerando los principios constitucionales que rigen el presupuesto.
31. Consideramos, por tanto, que siendo la devolución de aportes originada en un derecho social, como el derecho a la vivienda (STC Exp. 00007-2012-PI/TC, fundamento 62), que se frustró por responsabilidad del Estado, es de aplicación la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema que prescribe: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.
32. Así, considero que los derechos fundamentales no deben ser anulados, mediatizados o minimizados por leyes de presupuesto (18). A mi juicio, el voto en mayoría en una lectura sesgada y utilitarista desde el plano económico, ya que asume que el derecho a la devolución del total de los aportes del FONAVI es un derecho inexistente por supeditarse a la decisión presupuestaria. Mi posición asume el vínculo entre actividad presupuestaria y derechos fundamentales.
33. En una anterior sentencia, el Tribunal Constitucional se ha expresado en el sentido de que la cláusula de la prohibición de la iniciativa de gasto no es oponible a la concreción de los derechos fundamentales. Un simple análisis desde el principio de concordancia práctica puede ayudar a entender que la proscripción del gasto por el Congreso es en lo material: a la creación de nuevas obligaciones o ejecución de obras públicas, y, en lo temporal: a no afectar el presupuesto anual; pero en

<sup>17</sup> Cf. Ferreres Comella, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Madrid: CEPC, 1996, p. 36.

<sup>18</sup> Kresalja Baldo y Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2020, p. 343.



ningún modo el deber constitucional de implementar los derechos puede ser frenada por una visión economicista antes que constitucional.

34. En efecto, dicha regla limitativa de la actuación del legislador ha pretendido interpretarse de modo aislado para frenar cualquier actuación en sede legislativa destinada a efectivizar derechos fundamentales; lo cual no es constitucionalmente justificable, ya que, *per se*, todo acto normativo de carácter positivo tiene un contenido económico de por medio. En consecuencia, pretender impedir al legislador cumplir con su deber constitucional, bajo el argumento de la prohibición de gasto, es una regresión al modelo decimonónico del Estado legal, y no al programa social, económico, cultural y ambiental, que vincula a todos los operadores de la Constitución de hoy.
35. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00018-2021-PI/TC, entre otras, ha dejado establecido que, lo que está prohibido al legislador es generar gastos públicos o aumentarlos con cargo al presupuesto anual vigente (fundamentos 171-177).
36. En tal sentido, el objeto de dicha disposición es que las iniciativas legislativas no generen nuevos desembolsos o erogaciones no previstos en el presupuesto del correspondiente año fiscal, y que tampoco pueden incrementar los gastos públicos ya incluidos en dicho presupuesto público. Lo señalado no impide que una iniciativa legislativa, a cargo del legislador democrático, pueda constituir una fuente jurídica para que, posteriormente, y en el ámbito de las atribuciones del Poder Ejecutivo, este determine o considere la inclusión de las partidas necesarias en la ley de presupuesto anual para atender los gastos que eventualmente se generen para su materialización. (fundamentos 178-179).
37. Esta interpretación del artículo 79 de la Constitución Política ha sido también asumida por la actual conformación del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. 00027-2021-PI/TC.
38. Pese a ello, la Ley 31173 no crea gastos públicos ni los aumenta, pues lo que dispone es devolver un fondo que ya existía en administración del estado; siendo además válido que se puedan regular nuevos o mayores desembolsos o erogaciones en los próximos años.

#### **F. El deber del estado de honrar la deuda social**

39. Mis colegas, seguramente con razón, advierten la problemática de una eventual devolución integral del FONAVI en el tesoro público. Sin embargo, el Estado no puede ser ajeno a la problemática de sus ciudadanos ni eludir el deber de reivindicar los derechos, más aún cuando se trata de patrimonio con proyección a la vivienda, y que deben ser devueltos a sus beneficiarios, y sobre todo cuando los que han ocasionado esta situación no son los trabajadores sino la propia burocracia.



40. En ese orden de ideas, estamos ante un deber constitucional. No solamente tenemos un claro compromiso con la deuda externa, sino también con la interna. Son los más humildes los postergados como en la *praxis* viene sucediendo con la devolución de estos recursos bajo diversos argumentos orientados a dilatar su ejecución.
41. Con relación a la atención a la deuda pública interna, en el Exp. 00015-2001-AI/TC y otros acumulados (fundamento 67), este Colegiado ha asumido la relevancia que se asigne un trato equitativo y no discriminatorio de la deuda pública interna respecto de la deuda pública externa:

Este Colegiado recomienda, en consecuencia, la creación de un registro de la deuda pública interna, así como de los plazos y condiciones para su amortización paulatina y su cancelación, dentro de las posibilidades fiscales y sin desmedro de los servicios básicos que debe cumplir el Estado en cuanto salud, educación, vivienda, saneamiento y seguridad.

42. Lo expuesto nos releva de mayor argumentación. Solo abundaré en expresar que es inadmisibles que, en un modelo de Estado social y democrático de derecho constitucional, la ejecución de mandatos constitucionales y legales en favor de la promoción y afirmación de los derechos fundamentales, se bloqueen, dilaten o posterguen bajo argumentos presupuestales. Todo lo contrario, las autoridades deben honrar y no postergar ni justificar la lenidad en su cumplimiento.
43. Se hace además incongruente cuando en un país como el nuestro, conforme a registros proporcionados por la Contraloría General de la República, la corrupción estatal oscila anualmente en veinticinco mil millones de soles. Pareciera una paradoja argumentar la incapacidad de pago de la deuda interna con la inmensa proyección económica que el estado puede recaudar.
44. Por tanto, el Estado debe asumir de manera sistemática, un conjunto de mecanismos para redireccionar recursos, optimizar los mecanismos contra la corrupción, y así reivindicar a millones de peruanos que por décadas se han visto mermados en sus aspiraciones de gozar efectivamente de sus derechos, por un aparato inoperante cuando no pasivo con la corrupción, como quedó en evidencia no solamente con los datos de la Contraloría General de la República, sino por el propio Tribunal Constitucional:

“La realidad política de los últimos años ha revelado como la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó de manera indirecta la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. En razón de ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente a la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto



no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 02945-2003-PA/TC, fundamento 36)

45. En otras palabras, el deber constitucional del estado, componente esencial de la Constitución, es un imperativo pasible de responsabilidad tanto por su rechazo a honrar la deuda interna como también por la dilación indebida en su efectivización.

En consecuencia, consideramos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser declarada **INFUNDADA**, debiéndose regular un desembolso progresivo y periódico en los años fiscales siguientes de todos los aportes en favor del trabajador.

No obstante, **EXHORTO** al Poder Ejecutivo disponga las acciones necesarias para el correcto funcionamiento de la Comisión *ad hoc* y las medidas complementarias para el cumplimiento de las leyes y sentencias del Tribunal Constitucional sobre el FONAVI.

S.

**GUTIÉRREZ TICSE**