



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 20 días del mes de diciembre de 2017 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia.

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nora María Lozada Duárez contra la resolución de fojas 378, de fecha 13 de junio de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos; y,

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 16 de octubre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Arnaldo Rivera Quispe y Julio Wong Abad y contra la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU S.A.) a fin de que se declare inaplicable la resolución de fecha 25 de marzo de 2009, que confirmando la apelada, declaró improcedente el pedido de devolución de la retención realizada por la demandada ENAPU SA por concepto de aplicación del impuesto de contribución solidaria para la asistencia previsional en el pago de los reintegros de pensiones dispuesto en la sentencia que declaró fundada su demanda sobre pago de pensión de sobrevivientes-orfandad. Alega la vulneración de su derecho al debido proceso sustantivo, a la pensión, a la no aplicación retroactiva de las normas y a la igualdad.

La recurrente refiere que la demandada ENAPU S.A. ha dado cumplimiento parcial a la sentencia constitucional que dispuso el pago de su pensión de sobrevivientes-orfandad y de los devengados correspondientes, habida cuenta que al momento de pagar los reintegros de pensiones adeudadas a la demandante ha efectuado la retención de S/. 26 759.49 por concepto de Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional. Afirma que dicha retención es indebida, dado que la Ley 28046, que crea dicha contribución, establece expresamente que esta solo es aplicable a aquellos pensionistas del Decreto Ley 20530, cuya pensión en dicho régimen exceda la suma anual de 14 UIT, lo cual no sucede en su caso pues su pensión mensual solo alcanza los S/. 1 900.00. Además, considera la recurrente que se está efectuando una aplicación retroactiva de la Ley 28046, al pretender exigir dicha norma para un periodo en el cual no estuvo vigente, pues los devengados de su pensión de orfandad han sido calculados desde febrero de 2003 (fecha de fallecimiento del causante), mientras que la referida ley recién entró en vigor en marzo de 2004.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

Actualiza además la demandante, que el órgano judicial emplazado, mediante la resolución cuestionada, ha convalidado indebidamente esta retención, basado en el argumento de que la obligación tributaria nace, de acuerdo al artículo 6 de la Ley 28046, en el momento del pago de la pensión, esto es, cuando se pagaron los devengados, momento en el cual el monto pensionario pagado (devengados) superaba las 14 UIT. Afirma que dicha interpretación no solo es injusta en su caso, sino perniciosa en general, pues permitiría que la Administración retrase el pago de la pensión con el único objeto de acumular el monto a pagar en una suma superior a las 14 UIT, para disponer luego la retención a que se refiere la Ley 28046. Argumenta, finalmente, que en otros casos idénticos, las otras Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima, han resuelto de modo opuesto los pedidos de devolución de las retenciones efectuadas.

El procurador público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, don José Manuel Espinoza Hidalgo, contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente, dado que los asuntos que no versen sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión deben ventilarse en la vía contencioso administrativa. Considera igualmente que no se ha vulnerado el derecho a la tutela procesal efectiva, pues se ha permitido el acceso a la demandante a todos los medios impugnatorios que le franquea la ley, y no se ha demostrado “en qué consistirían los actos u omisiones que vulneran el derecho del demandante” (sic).

La Empresa Nacional de Puertos (ENAPU S.A.) contesta la demanda solicitando que la misma se declare infundada, en tanto entiende que lo que la recurrente pretende es que se revise lo resuelto por la justicia ordinaria (sic) en cuanto a la legitimidad de la retención efectuada. Agrega que la contribución solidaria establecida en la Ley 28046 ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en los Expedientes 0001 y 0002-2004-AI/TC (acumulados), y que el cobro del tributo luego de pagada la pensión (devengados) se sustenta en el “principio tributario de lo percibido”. En dicho contexto, señala que la retención efectuada no es ilegítima, sino que se encuentra sustentada en el artículo 6 de la Ley 28046, el cual claramente establece que la obligación tributaria se genera en el momento del pago de la pensión, interpretación que además ha sido alcanzada a ENAPU S.A. por la SUNAT a través del Informe 150-2004-SUNAT/2B0000, de fecha 27 de agosto de 2004. Sostiene, además, que su postura ha sido recogida por la Sexta Sala Civil de Lima (mediante resolución emitida en el Expediente 1082-2007) y por la Segunda Sala Civil de Lima (mediante resolución emitida en el Expediente 232-2007). Finalmente, ENAPU S.A. formula denuncia civil contra la SUNAT, dado que –según refiere– el destinatario del dinero retenido es la SUNAT (la cual a su vez destina los recursos al Fondo para la Asistencia Previsional), mientras que ENAPU S.A., en su calidad de órgano pagador de la pensión es solo agente retenedor, tal como lo precisa el artículo 8 de la Ley 28046. Afirma, en dicho contexto, que al haber ya transferido a favor de la SUNAT el monto retenido al pensionista, es este órgano quien tiene que asumir cualquier devolución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

que se ordene. Refiere que en otros casos donde se ha ordenado judicialmente la devolución de la retención ENAPU S.A. ha tenido que efectuar un doble pago, pues no solo ha tenido que devolver al pensionista el monto retenido como contribución, sino que el pago efectuado a la SUNAT por dicho concepto no ha sido devuelto, dado que la SUNAT considera que la retención efectuada ha sido válidamente decidida.

Mediante Resolución 6, de fecha 24 de octubre de 2011, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima ordena incorporar a la SUNAT como litisconsorte del demandado.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contesta la demanda precisando que la administración tributaria no tiene interés para obrar en el proceso, dado que la supuesta vulneración ius-fundamental se produjo en un proceso de amparo en el cual la SUNAT no ha sido parte, y porque la controversia no gira en torno a la devolución de un tributo que afecte el interés fiscal, sino en torno a la legitimidad de una resolución judicial que se requiere sea renovada. Afirma, adicionalmente, que la devolución de una contribución no puede ser objeto de un proceso de amparo, dado que la decisión al respecto es de competencia exclusiva de la SUNAT. Finalmente, estima que para que proceda un amparo contra una resolución judicial el agravio denunciado tiene que ser manifiesto, no pudiendo constituirse la jurisdicción constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, situación que debe ser examinada rigurosamente por el juez constitucional.

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima declara fundada la demanda, por considerar que el hecho generador de la deuda tributaria es la percepción mensual de la pensión sujeta al Decreto Ley 20530, cuya sumatoria anual alcance las 14 UIT y, en el caso de autos, dicho hecho generador de la deuda no se produjo en el año 2008, cuando se pagó a la recurrente los devengados por disposición de la sentencia, sino que se habría producido, en todo caso, en los meses que, a partir de la vigencia de la Ley 28046, le habría correspondido cobrar a la recurrente. Sin embargo, como el ingreso anual producto de la pensión de S/. 1 800.00 determinada en la sentencia no supera las 14 UIT no correspondía que se le hiciera la retención dispuesta por ENAPU. Tampoco correspondía comprender el periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley 28046 (marzo de 2004), pues antes de dicha fecha no existía el tributo, dado que no existía ley que lo crease. En consecuencia, el juez considera que al aplicarse la retención referida, se ha afectado el derecho a la inaplicación retroactiva de las normas y el derecho a la pensión. Finalmente, no considera de aplicación la jurisprudencia contenida en la Sentencia 02757-2010-PA/TC, pues en ella el Tribunal Constitucional no ha motivado suficientemente los alcances del hecho generador de la obligación tributaria y el nacimiento de la obligación reguladas en la Ley 28046, además de haberse basado en una norma infralegal como el Decreto Supremo 053-2004-EF, Reglamento de la Ley 28046, y no en una interpretación constitucional del precepto legal de conformidad con el Código Tributario.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

La Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicita se le declare sucesora procesal de la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU S.A.), dado que de acuerdo al D.S. 162-2012-EF, de fecha 28 de agosto de 2012, se transfirió a la ONP la administración y pago de las pensiones del Decreto Ley 20530 del Terminal Portuario del Callao y de la oficina principal de ENAPU.

La Sexta Sala Civil de Lima, mediante Resolución 3, de fecha 15 de abril de 2013, procedió a declarar sucesor procesal de ENAPU a la ONP.

La Oficina de Normalización Previsional (ONP) presenta informe escrito señalando que la contribución establecida por la Ley 28046 ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia 0001-0002-2004-AI/TC, dado que dicha contribución obedece a razones de equidad y solidaridad. Afirma, además, que resulta claro del texto de la ley que la obligación tributaria se origina en el momento en que se perciben las pensiones, esto es, cuando se pagan o cuando se ponen a disposición del pensionista, lo que se encuentra respaldado por el Informe 150-2004-SUNAT/2B0000.

La Sexta Sala Civil de Lima reforma la apelada y declara infundada la demanda de amparo por entender que la resolución impugnada determina claramente que la obligación tributaria nace en el momento en que se pague la pensión, criterio que ha sido establecido también por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 02757-2010-PA/TC. Sostiene, en consecuencia, que lo que la recurrente pretende es la revisión de una resolución judicial adoptada por el órgano competente, y sobre una materia (interpretación del derecho ordinario) que de acuerdo al propio Tribunal (Sentencia 0655-2007-AA/TC) no puede ser objeto del proceso de amparo.

Mediante escrito presentado el 9 de junio de 2017, doña Ana Elsa Lozada Duárez solicitó ser declarada sucesora procesal de la recurrente, debido al fallecimiento de esta última acaecido el 9 de febrero de 2016. El Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 20 de junio de 2017, estimó dicha solicitud.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional es que se declare inaplicable la resolución de fecha 25 de marzo de 2009, emitida en fase de ejecución de un anterior proceso constitucional, y mediante la cual, confirmando la apelada, declaró improcedente el pedido de devolución de la retención realizada por la demandada ENAPU S.A. por concepto de aplicación



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

del impuesto de contribución solidaria para la asistencia previsional en el pago de los reintegros de pensiones dispuesto en la sentencia que declaró fundada su demanda constitucional sobre pago de pensión de sobrevivientes-orfandad.

2. De la lectura de la demanda se desprende que la parte recurrente considera que la resolución de fecha 25 de marzo de 2009 ha convalidado un cumplimiento parcial de la sentencia, por lo que, el primer derecho analizado por este Tribunal será el derecho a la ejecución debida de las resoluciones judiciales. Recurrentemente y a posteriori, también será preciso analizar la incidencia que ha tenido la resolución cuestionada sobre el derecho al debido proceso, el derecho a la pensión, el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

### Procedencia de la demanda

3. De acuerdo con lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente 04853-2004-AA/TC y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de “amparo contra amparo”, así como sus demás variantes (amparo contra *habeas data*, amparo contra cumplimiento, etc.) es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios. De acuerdo con estos últimos: **a)** solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente manifiesta. Tratándose incluso de contra amparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso (Cfr. Sentencia 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); **b)** su habilitación solo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; **c)** resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionadas con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8 de la Constitución (Cfr. Sentencias emitidas en los Exp. 02663-2009-PHC/TC, fundamento 9 y 02738-2010-PHC/TC, fundamento 15); **d)** su habilitación se condiciona a la vulneración a uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; **g)** resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

Constitucional (sentencia recaída en el Expediente 03908-2007-PA/TC, fundamento 8); **h)** no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; **i)** procede incluso cuando el proceso se torna en inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como la *postulatoria* (Cfr. RTC 05059-2009-PA/TC, fundamento 4; RTC 03477-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras); la de *impugnación de sentencia* (Cfr. RTC 02205-2010-PA/TC, fundamento 6; RTC 04531-2009-PA/TC, fundamento 4, entre otras); o la de *ejecución de sentencia* (Cfr. STC 04063-2007-PA/TC, fundamento 3; STC 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; RTC 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; RTC 02668-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras).

4. En el caso de autos, justamente se denuncia que el proceso de amparo subyacente se ha tornado inconstitucional en su fase de ejecución, por lo que la demanda resulta procedente de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal. Por otro lado, este Tribunal debe recordar que, conforme se estableció en la Sentencia 2813-2007-PA/TC (FJ. 4), la interposición del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de la sentencia constitucional regulado en las Resoluciones 0168-2007-Q/TC y 0201-2007-Q/TC, no resulta obligatorio, sino que es *alternativo* en relación a la decisión del recurrente de optar por la interposición de un amparo a favor de la ejecución de lo resuelto en otro proceso de amparo; por lo que el examen de corrección de lo resuelto en sede de ejecución de sentencia del anterior proceso de amparo se hace perfectamente posible a través del presente proceso de amparo.

### **Sobre la afectación del derecho a la debida ejecución de las resoluciones judiciales**

#### ***Argumentos de la demandante***

5. La recurrente sostiene que la demandada ENAPU S.A. ha dado cumplimiento parcial a la sentencia que dispuso el pago de su pensión de orfandad y de los devengados correspondientes, dado que al momento de pagar los reintegros de pensiones adeudadas a la demandante ha efectuado la retención de S/. 26 759.49 por concepto de Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional. Afirma que dicha retención es indebida, pues se ha aplicado en un periodo en el que la referida contribución no estaba vigente (2003-2004) y sin considerar que ella no podía ser sujeto contribuyente pues su pensión mensual (S/. 1800.00) en un año no excedía las 14 UIT establecidas en la Ley 28046. Argumenta en tal sentido que la resolución judicial cuestionada ha convalidado dicha retención indebida, bajo el criterio de que la obligación tributaria se generó en el momento del pago de la pensión, esto es, en el momento en que se pagaron los devengados (2008).

#### ***Argumentos de los demandados***



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

La ENAPU y la ONP han contestado la demanda señalando, coincidentemente, que la retención efectuada sobre las pensiones devengadas es correcta, pues se sustenta en el artículo 6 de la Ley 28046, que establece que la obligación tributaria nace en el momento del pago de la pensión, esto es, en el momento en que se pagaron los devengados.

### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

7. Este Tribunal ya ha manifestado en anteriores ocasiones que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida en nuestra Constitución (artículo 139, inciso 3). Así ha establecido que “si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (Sentencia 04119-2005-PA/TC, FJ. 64).
8. Uno de los componentes esenciales del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es la *integridad* en el cumplimiento de lo decidido a través de una sentencia. Es decir, que el o los mandatos contenidos en una sentencia sean cumplidos plenamente (“en sus propios términos”) y no de modo meramente parcial. A ello se refiere la prohibición normativa contenida en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución, de que “ninguna autoridad puede modificar sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada”. El obligado por esta norma constitucional, no es por lo demás, como ha sostenido este Tribunal en reiteradas ocasiones, solo el destinatario del mandato contenido en la sentencia, sino el propio juez encargado de la ejecución, quien no puede variar el mandato en fase de ejecución y quien debe garantizar, además, que el cumplimiento de lo decidido se efectúe en los mismos términos en que fue dispuesto.
9. En el caso de autos, se ha denunciado que la sentencia de amparo que dispuso el pago de la pensión de orfandad y de las pensiones devengadas desde la fecha de fallecimiento del causante (febrero de 2003) no se ha cumplido en sus propios términos, dado que el pago de los devengados no ha sido completo, pues el mismo ha sido afectado por una retención efectuada por la demandada ENAPU S.A. para la contribución solidaria establecida en la Ley 28046, equivalente a S/. 26 759.49.
10. Al respecto, la primera cuestión que cabe plantearse es si es posible que el pago de



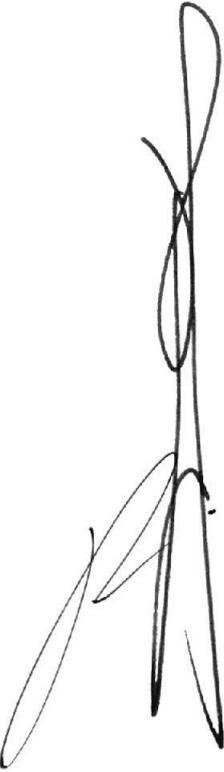
## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ



un concepto remunerativo o pensionable derivado de una sentencia judicial puede ser afectado por los descuentos establecidos por ley ordinariamente a este tipo de conceptos. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en anterior ocasión que, “de las sentencias recaídas en el proceso judicial subyacente sobre pago de remuneraciones devengadas, se aprecia que ninguna de ellas admite excepción alguna a su cumplimiento total en los propios términos en que ella misma se expresa. En razón de ello, el *pedido de deducción* de la recurrente sobre las remuneraciones ordenadas a pagar en la sentencia constituye un acto procesal que tiene como finalidad última frustrar el cumplimiento cabal y total de lo ordenado en la sentencia (pago de S/. 36,149.91 nuevos soles), de modo tal que la desestimatoria de dicho pedido bajo ningún concepto conlleva a la vulneración de los derechos constitucionales alegados por la recurrente, máxime si lo ordenado en la sentencia no establece hipótesis alguna de excepción para su cumplimiento total (Sentencia 01538-2010-PA/TC, FJ. 5). De esta jurisprudencia se deriva que la retención de los descuentos establecidos por ley al pago de remuneraciones devengadas (o pensiones) es un supuesto de incumplimiento parcial de la sentencia, en tanto esta no contenga la habilitación a que se efectúe dicha retención.

11. Esta postura, sin embargo, -considera este Tribunal- debe ser reexaminada a la luz de argumentos que no fueron considerados en su momento. Y es que si bien una sentencia que ordenó pagar una suma de dinero debe ser cumplida por el obligado en sus propios términos (el mismo monto ordenado en la sentencia) –como se aseveró en la STC 01538-2010-PA/TC–, en el caso de una sentencia que ordena pagar montos dinerarios por concepto de remuneraciones y pensiones, es preciso tener en cuenta que el obligado cumple, de acuerdo a ley, la función de *agente retenedor* de los descuentos por impuesto a la renta y los aportes a los fondos de pensiones, por ejemplo. Es decir, que el obligado a cumplir una sentencia judicial que ordena el pago de remuneraciones y pensiones devengadas, al tener la condición de empleador u órgano previsional, tiene también la obligación legal de retener el monto que corresponda a los impuestos, contribuciones o aportes correspondientes. Si tenemos en cuenta, además, que los impuestos, contribuciones o aportes respectivos deben ser descontados obligatoriamente de la remuneración o pensión correspondiente, el obligado por la sentencia judicial, en tanto agente retenedor, no tiene otra opción que efectuar el descuento establecido en la ley. Lo contrario sería afirmar, o bien que el monto a pagar ordenado en la sentencia como concepto de remuneración o pensión está exonerado de los impuestos, contribuciones o de los aportes establecidos en la ley, conclusión que no es aceptable, o bien que el obligado a pagar el monto establecido por remuneraciones o pensiones debe pagar también, de su propio patrimonio, el porcentaje correspondiente a los descuentos por impuestos, contribuciones o aportes establecidos en la ley, situación que resulta evidentemente excesiva y que
- 



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

constituye, más bien, un supuesto de ejecución indebida de la sentencia en perjuicio de la parte demandada.

12. A esta conclusión abona el hecho de que un juez al momento de determinar el monto a pagar como concepto de remuneraciones o pensiones devengadas no precisa el descuento que corresponde por ley, dado que no corresponde al juez la determinación del monto por impuestos, contribuciones o aportes, los que deben ser calculados por los agentes retenedores o por el órgano de administración tributaria en caso de controversia. No obstante, este Tribunal advierte que, en aras de no generar vacíos de interpretación al momento de ejecutar una sentencia que ordena pagar remuneraciones o pensiones devengadas, el juez debe cumplir con precisar que el monto establecido en su sentencia está sujeto a los descuentos de ley, en caso el obligado a pagar dicho monto sea, a su vez, agente retenedor del impuesto, contribución o aporte.

13. En dicho contexto, el hecho de la retención de la Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional efectuada por la demandada ENAPU S.A. no constituye en principio una afectación del derecho a la ejecución de una sentencia en sus propios términos, dado que de acuerdo al artículo 8 de la Ley 28046, ENAPU S.A. fue en su momento agente retenedor de dicha contribución que gravaba las pensiones de los beneficiarios del Decreto Ley 20530. Situación muy distinta es que dicha retención no se haya efectuado como veremos luego, de acuerdo a la recurrente, en los términos establecidos en la ley o de forma contraria a los derechos fundamentales.

### **Sobre la afectación del derecho al debido proceso y el derecho a la propiedad**

#### ***Argumentos de la demandante***

14. La recurrente sostiene que se ha afectado su derecho al debido proceso sustantivo, dado que la resolución de fecha 25 de marzo de 2009 resulta contraria al derecho al convalidar una retención indebida efectuada fuera del marco de la Ley 28046.

#### ***Argumentos de los demandados***

15. La ENAPU S.A. y la SUNAT han señalado, por su parte, que lo que la recurrente pretende es simplemente que se revise el criterio adoptado por los jueces demandados al establecer la legitimidad de la retención efectuada, situación que no es procedente a través del amparo.

#### ***Consideraciones del Tribunal Constitucional***





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

16. En efecto, como señala la recurrente, este Tribunal reconoció en su jurisprudencia que el derecho al debido proceso no tenía solo una *dimensión formal*, en tanto dimensión orientada a la protección de aquellos derechos de naturaleza procesal que pudieran ser vulnerados en la secuela del proceso, sino también una *dimensión sustancial*, como dimensión orientada a la protección de lo que puede predicarse como justo y razonable en la decisión de fondo contenida en una resolución judicial (Sentencia 03075-2006-PA/TC, FJ. 4, publicada el 20 de septiembre de 2006). No obstante, dicha jurisprudencia evolucionó al considerar que los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que debían predicarse del fondo de lo decidido, no eran los únicos referentes a tomar en cuenta sino que en el marco del Estado constitucional, también debía tomarse en consideración a los principios, valores y reglas que rigen el Estado democrático, esto es, que una decisión judicial para ser legítima debía respetar no solo el elenco de derechos fundamentales procesales, sino el conjunto de todos los demás derechos fundamentales (sustantivos) recogidos en la Norma Fundamental, y a dicha exigencia siguió llamando “debido proceso sustantivo” (Sentencia 01209-2006-PA/TC, FJ. 10, publicada el 23 de octubre de 2006).
17. Esta última toma de posición se vería fortalecida en la STC 03179-2004-PA/TC (publicada el 2 de octubre de 2006), en la que este Tribunal define, con mayor margen de precisión, el ámbito de control constitucional de las resoluciones judiciales, al expresar que “en definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que éstas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales (FJ. 20).
18. En síntesis, este Tribunal no solo puede evaluar la corrección de toda resolución judicial donde se alegue ausencia de justicia o razonabilidad, sino solamente cuando dicha ausencia de corrección suponga la afectación del contenido constitucionalmente protegido por un derecho fundamental. Como se dijo explícitamente en la Sentencia 03179-2004-PA/TC, “los procesos constitucionales de tutela de derechos no tienen por propósito, *prima facie*, verificar si los jueces, en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC  
LIMA  
NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

el ejercicio de la potestad jurisdiccional, infringieron normas procedimentales que no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela procesal (*error in procedendo*), o, acaso, que no hayan interpretado adecuadamente el derecho material (*error in iudicando*). Pero el juez constitucional sí tiene competencia para examinar dichos errores cuando los mismos son constitutivos de la violación de un derecho fundamental” (FJ. 21).

19. En el marco de lo anteriormente descrito, la cuestión a determinar en el presente caso, pasa entonces por definir si la arbitrariedad denunciada en la aplicación de la retención sobre las pensiones devengadas ordenadas en la sentencia incide sobre algún derecho fundamental. La demandante ha alegado la afectación del derecho a la pensión. Los demandados ENAPU y SUNAT han esgrimido que no se ha violado ningún derecho fundamental y que lo único que se pretende es la revisión del criterio adoptado por los jueces demandados para la emisión de la resolución cuestionada. El procurador público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial ha sostenido, por su parte, que no se encuentra en juego el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente.
20. Este Tribunal aprecia que, en efecto, una primera lectura podría llevarnos a coincidir con la postura del procurador público si consideramos la retención efectuada como un supuesto de reducción de la pensión, dado que dicho supuesto no se encuadra en ninguno de los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la pensión establecidos en la Sentencia 01417-2005-PA/TC. Y es que, como se dijo en aquella sentencia, cuando lo discutido versa sobre el monto de la pensión, dicha materia no involucra un aspecto esencial del derecho a la pensión, por lo que dicho aspecto queda fuera de su ámbito constitucionalmente protegido (FJ. 37 c). Sin embargo, en puridad, la retención efectuada no es un supuesto de reducción de la pensión, pues la misma no puede alterarse en fase de ejecución de sentencia. La aplicación de la contribución a las pensiones devengadas constituye, más bien, una carga impositiva que incide sobre la pensión no en cuanto derecho social, sino en cuanto derecho patrimonial del pensionista, es decir, en cuanto parte integrante del patrimonio de la persona, por lo que, en realidad el derecho afectado con una carga impositiva indebida sería en rigor el derecho fundamental de propiedad.
21. Al respecto, este Tribunal ya ha precisado que un cobro indebido o la detracción indebida del patrimonio de una persona constituye una afectación del derecho de propiedad que puede ser cuestionada a través del proceso de amparo. En efecto, de acuerdo a este Tribunal, “el derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC  
LIMA  
NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ



22. ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como *garantía de indemnidad*. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad” (Sentencia 0043-2007-PA/TC, FJ. 6).

22. Determinada entonces la competencia de este Tribunal para analizar si la resolución judicial cuestionada ha consentido una detracción indebida del monto a pagar por pensiones devengadas, corresponde analizar precisamente si la retención efectuada ha sido indebida o no. Al respecto, debe recordarse que este Tribunal ha confirmado la constitucionalidad de la Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional establecida en la Ley 28046, mediante las Sentencias 0001 y 0002-2004-AI/TC (acumulados), por lo que la imposición en sí del tributo es legítima. Lo que se denuncia, sin embargo, es que la retención efectuada se ha llevado a cabo a través de una interpretación irrazonable de las disposiciones de la Ley 28046 que regulan la referida contribución.

23. La resolución de fecha 25 de marzo de 2009 (a fojas 12), ha sustentado la legitimidad de la retención llevada a cabo por ENAPU S.A. en la aplicación del artículo 6 de la Ley 28046, de acuerdo al cual “la obligación nace al momento en que se paguen las pensiones o se pongan a disposición de su preceptor” (Considerando Segundo). Así, de acuerdo a la Sexta Sala Civil de Lima, “en observancia de la norma que expresamente regula esta contribución solidaria, deviene en indiferente para la determinación del tributo la fecha en que se generó la pensión pues, como se ha expresado, lo relevante será la fecha del pago de la misma” (Considerando Cuarto).

24. La Sexta Sala Civil de Lima, al declarar infundada la presente demanda de amparo ha puesto de relieve que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 02757-2010-PA/TC ha tenido un criterio idéntico al del órgano judicial emplazado, al considerar legítima la retención efectuada a los reintegros de pensión en un periodo que comprendía desde julio de 1997 hasta enero de 2005 (hasta el año 2004 no estuvo vigente la Ley 28046), dado que lo relevante era la fecha de pago de los devengados





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

(2005).

25. Este Tribunal debe tomar distancia de su interpretación anterior, dado que si bien se ha basado en una interpretación literal del citado artículo 6, no ha sido expuesta o examinada a la luz del canon de razonabilidad. Y es que si bien el artículo 6 de la Ley 28046, establece que “la obligación nace al momento en que se paguen las pensiones o se pongan a disposición de su preceptor”, dicho artículo debe ser leído complementariamente con el artículo 9 de la ley, el cual prescribe que “la Contribución será declarada y pagada **mensualmente** por los agentes de retención, conforme lo establece el inciso b) del artículo 29 del Código Tributario”. Ello quiere decir que la contribución solidaria tiene como origen el **pago mensual** de una pensión a cargo del Decreto Ley 20530. Es decir, la referida contribución es un tributo de *periodicidad mensual*. A dicha conclusión se arriba también cuando se aprecia que, a pesar de que el artículo 5 de la ley precisa que “la Contribución grava a las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban como pensión por el régimen previsional del Decreto Ley 20530 la suma que anualmente exceda las 14 UIT”, el Reglamento de la Ley 28046 que crea el Fondo y la Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional, aprobado por D.S. 053-2004-EF, establece un procedimiento para el cálculo del contribuyente afecto sin esperar a que se cumpla un año y apreciar si su pensión anual supera las 14 UIT. Igualmente, el referido artículo establece el procedimiento para determinar el monto a retener por cada mes de pago de la pensión.
26. La constatación de la periodicidad mensual de la contribución solidaria nos lleva pues a apreciar que la justificación de la imposición tributaria sobre un pago único como las pensiones devengadas es precisamente que dicho pago único es producto de la acumulación de las pensiones mensuales que debieron ser pagadas en su momento por el agente retenedor. Es decir, en el caso de las pensiones devengadas, si bien la obligación nace en el momento en que estas se pagan o se ponen a disposición de su preceptor, su *causa* son las pensiones acumuladas mensualmente durante un periodo determinado.
27. En consecuencia, a diferencia de lo sostenido por el órgano judicial emplazado, este Tribunal estima que sí resulta relevante el conocimiento de las pensiones mensuales que dieron origen al monto acumulado que se pretende gravar, a efectos de saber si dichas pensiones fueron objeto de retención en su momento. Y es que, como ya se adelantó, la propia Ley 28046 ha establecido un requisito para la imposición de la contribución solidaria sobre la pensión del Decreto Ley 20530: que las pensiones a gravar sumen anualmente un monto que exceda las 14 UIT (artículo 5 de la Ley 28046). Además, que la contribución solidaria, obviamente, solo podía ser impuesta a pensiones a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley que había creado dicha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

contribución.

Una interpretación, en el sentido de que el conocimiento de las pensiones que dieron origen al monto devengado es irrelevante, nos llevaría al absurdo de aceptar que, a pesar de que el pago de un monto por pensiones devengadas deriva de unas pensiones dejadas de percibir en su momento, el hecho de que dichas pensiones no pagadas no hayan estado sujetas al pago de contribución alguna, puede provocar que su pago acumulado sí pueda estar sujeto a dicha contribución. Dicha interpretación condena además indebidamente al pensionista que por negligencia de la Administración no recibió su pensión a tiempo, dado que deberá pagar un tributo que no le hubiera sido impuesto si la Administración le hubiera pagado su pensión en su oportunidad. Y dicha interpretación puede fomentar en la Administración –como denuncia la recurrente– la práctica de dilatar el pago de las pensiones a cargo del Decreto Ley 20530 con el único objeto de poder retener, luego, en el monto devengado, la contribución solidaria que no hubieran podido retener si se hubiera cumplido con la obligación de pagar la pensión a tiempo.

28. En el caso de autos, la retención de la contribución solidaria en el monto ordenado como pensiones devengadas en la sentencia es arbitraria, y ello por dos razones. En primer lugar, porque se ha gravado un periodo en el cual no estuvo vigente la Ley 28046, es decir, un periodo en el cual no existía la norma que habilitaba la imposición de la contribución solidaria sobre la pensión. En efecto, de acuerdo a la demanda a fojas 34 (afirmación que no ha sido contradicha por ninguno de los entes demandados), mediante resolución de fecha 28 de enero de 2008, se dispuso que se pagaran los reintegros de las pensiones a partir de la fecha de fallecimiento del causante, esto es, a partir del mes de **febrero de 2003**; mientras que de acuerdo al artículo 3 del Decreto Legislativo 948, publicado el 27 de enero de 2004, la vigencia de la Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional contenida en la Ley 28046 era a partir del **1 de marzo de 2004**. La aplicación de la Contribución Solidaria a pensiones anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley 28046 constituye, en este contexto, un supuesto de aplicación *retroactiva* de la referida norma, situación que se encuentra expresamente prohibida por nuestra Constitución en su artículo 103.

29. En segundo lugar, la retención de la Contribución Solidaria es indebida porque la recurrente no podía ser contribuyente afecta, de acuerdo al artículo 5 de la Ley 28046. Como ya se adelantó, de acuerdo a este artículo solo podían ser gravadas “las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban como pensión por el régimen previsional del Decreto Ley 20530 la suma que anualmente exceda las 14 UIT”. En el caso de la recurrente, conforme se aprecia de lo manifestado en su demanda a fojas 36 (afirmación que no ha sido contradicha por ninguno de los entes demandados) su pensión mensual de orfandad oscila los S/. 1900.00 o S/. 1800.00



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC  
LIMA  
NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

(como lo estableció el juez de primera instancia del presente proceso de amparo), con lo cual, en el mejor de los casos, al año (14 pensiones) percibe la suma de S/. 26 600.00, monto que, evidentemente, es inferior a 14 UIT, sea que consideremos la UIT vigente en el año 2004 (equivalente a S/. 3100.00), sea que consideremos la UIT vigente a la fecha de pago de los devengados, esto es, el año 2008 (equivalente a S/. 3500.00). En el primer caso, el monto asciende a S/. 43 400.00, en el segundo a S/. 49 000.00.

### **Sobre la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley**

#### ***Argumentos de la demandante***

30. La recurrente argumenta, finalmente, que en otros casos iguales, las otras Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima han resuelto de modo opuesto los pedidos de devolución de las retenciones efectuadas. A dichos efectos, presenta la resolución de fecha 24 de marzo de 2009 expedida por la Primera Sala Civil en el Expediente 2126-2008; la resolución de fecha 16 de marzo de 2004 expedida por la Tercera Sala Civil en el Expediente 261-2004; la resolución de fecha 3 de abril de 2007 expedida por la Tercera Sala Civil en el Expediente 3519-2006; la resolución de fecha 2 de mayo de 2006 expedida por la Tercera Sala Civil en el Expediente 5114-2005; la resolución de fecha 30 de mayo de 2005 expedida por la Cuarta Sala Civil en el Expediente 1499-2005; la resolución de fecha 18 de enero de 2008 expedida por la Cuarta Sala Civil en el Expediente 1780-2007; y la resolución de fecha 6 de diciembre de 2005 expedida por la Quinta Sala Civil en el Expediente 1588-2005.

#### ***Argumentos de los demandados***

31. La ENAPU sostiene que su postura acerca de la legitimidad de la retención efectuada ha sido recogida por la Sexta Sala Civil de Lima (mediante resolución emitida en el Expediente 1082-2007) y por la Segunda Sala Civil de Lima (mediante resolución emitida en el Expediente 232-2007).

#### ***Consideraciones del Tribunal Constitucional***

32. Este Tribunal ha precisado, en reiteradas ocasiones, que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad *en la ley* y el derecho a la igualdad *en la aplicación* de la ley. Mientras el primero obliga al legislador a brindar un trato igualitario a sujetos que tienen las mismas propiedades relevantes para la materia a ser regulada, el segundo se constituye como un límite a la actividad de los órganos jurisdiccionales o administrativos cuando tengan que determinar la aplicación de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC

LIMA

NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

ley a situaciones iguales o similares (Sentencia 0004-2006-PI/TC, FF.JJ. 123-124).

33. En cuanto al contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este Tribunal ha precisado que el mismo supone la exigencia de que un **mismo órgano jurisdiccional**, al aplicar una ley u otra norma jurídica, no lo haga de manera diferenciada, brindando soluciones distintas a casos sustancialmente iguales (Sentencias 00016-2002-AI/TC y 02593-2006-PHC/TC).
34. En el caso de autos, este Tribunal encuentra que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no ha sido afectado, dado que no se cumple la condición de que las soluciones opuestas al mismo problema jurídico no han sido producidas por el mismo órgano jurisdiccional. Como se aprecia de los anexos de la demanda (fojas 16 a 31), las resoluciones adjuntadas han sido expedidas por Salas Civiles distintas a la demandada (Sexta Sala Civil de Lima).
35. No obstante esta conclusión, este Tribunal estima que el hecho de que órganos jurisdiccionales distintos estén brindando una solución diferente al asunto de la legitimidad de la retención de la Contribución Solidaria para la Asistencia Previsional en las pensiones devengadas, cuando las pensiones de las que se deriva el monto de las pensiones devengadas corresponden a periodos en los cuales no estaba vigente la ley, o cuando dichas pensiones no cumplen la condición de sumar más de 14 UIT al año, constituye por lo menos una disminución de la predictibilidad que todo sistema de impartición de justicia debe generar, situación que legitima, adicionalmente, el pronunciamiento de este Tribunal a efectos de que casos futuros se resuelvan de un modo sustancialmente igual. El presente pronunciamiento impide también que muchos otros pensionistas, en el futuro, vean intervenido arbitrariamente su pago de devengados, cuando no se cumplan los supuestos de procedencia de dicho cobro establecidos en la Ley 28046 y explicitados en la presente sentencia.
36. Que por consiguiente y habiéndose acreditado que la resolución judicial cuestionada, efectivamente ha vulnerado la Constitución en los términos aquí descritos, la presente demanda debe ser estimada otorgando al efecto la tutela constitucional correspondiente.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06215-2013-PA/TC  
LIMA  
NORA MARÍA LOZADA DUÁREZ

a la propiedad y el principio de razonabilidad; en consecuencia, **NULA** la resolución de fecha 25 de marzo de 2009, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. **DISPONER** que el órgano judicial emplazado vuelva a emitir resolución de acuerdo a los fundamentos contenidos en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**  
**BLUME FORTINI**  
**RAMOS NÚÑEZ**

Lo que certifico:

**04 OCT. 2018**

  
JANET OYAROLA SANTILLANA  
Secretaria de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL