



ANEXO DE CASOS

**UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL
DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP**

- Expediente N° 00189-2002-AA/TC
- Expediente N° 01776-2004-AA/TC

**UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL
DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP**

- Expediente N° 00189-2002-AA/TC

EXP. N.º 189-2002-AA/TC
LIMA
CARLOS MALDONADO DUARTE.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de junio de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente, Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone acción de amparo contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable a su caso el artículo 5.º del Decreto Ley N.º 25792, y se le abone su pensión nivelable con los haberes que percibe su homólogo en actividad de la SBS. Manifiesta que, en su calidad de pensionista del régimen del Decreto Ley N.º 20530, mediante carta notarial ha requerido a la SBS que cumpla con pagar su pensión de cesantía y con nivelar la misma con el haber que percibe el servidor en actividad que tenga igual cargo al último que desempeñó en ella; agregando que la SBS, mediante la Resolución SBS N.º 220-93, anuló la resolución que había reconocido el derecho pensionario de la Ley N.º 24366. Asimismo, indica que su pedido de nivelación le fue denegado, a pesar de gozar de pensión nivelable.

La SBS propone las excepciones de cosa juzgada y falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda manifestando que al demandante se lo incorporó en el régimen del Decreto Ley N.º 20530, infringiendo el artículo 14º de dicha norma legal, por lo que se declaró nula la Resolución Administrativa SBS N.º 421-90, mediante la cual se había otorgado "indebidamente" la pensión de cesantía. Agrega que la controversia radica en determinar si corresponde o no el reajuste de la pensión de jubilación del demandante, lo cual alega no puede realizarse —a su criterio— mediante la acción de amparo.

La ONP propone la excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de formular la demanda y de falta de agotamiento de la vía administrativa y caducidad; y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, manifestando que la pretensión del demandante de que se le nivele la pensión que le pueda corresponder, y de la que, sin embargo, no goza, por haberse declarado su nulidad, no debe homologarse con la de un servidor en actividad de la SBS, ya que los mismos pertenecen al régimen de la actividad privada, añadiendo que el conflicto no está relacionado con un tema constitucional sino legal, que para el caso requiere de un proceso más lato, a fin de que en la estación probatoria se lo pueda dilucidar.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, caducidad, y falta de legitimidad para obrar del demandado; y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, señalando que la pretensión requiere de pruebas, por lo que no puede ser resuelta en una acción de amparo; asimismo, respecto a la nivelación con los servidores activos de la

SBS, dicha pretensión es improcedente, toda vez que los mismos pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728.

El Tercer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 294, con fecha 31 de agosto de 2000, declaró infundadas las excepciones e infundada la demanda, por considerar que el artículo 5° del Decreto Ley N.° 25792 no afecta ningún derecho fundamental del demandante, puesto que sólo dispone la transferencia, al pliego presupuestal del Ministerio Economía y Finanzas, lo que correspondía pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el Decreto Ley N.° 20530.

La recurrida revocó la apelada en el extremo que declaró infundada la acción de amparo y, reformándola, la declaró improcedente, por considerar que no proceden las acciones de garantía cuando se opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; y la confirma en lo demás que contiene. Contra esta resolución el demandante interpone recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. La Ley de Goces de 1850 constituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley N.° 13724 –Ley del Seguro Social del Empleado- que dispuso, entre otros aspectos, que quedaban incorporados en el Seguro de Pensiones creado por dicha Ley, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. Con esta Ley, además de unificarse el régimen pensionario de los empleados particulares y públicos, virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario, salvo aquellos que hubieran optado por el nuevo.
2. Dentro de las normas que atañen a la aplicación de la Ley de 22 de enero de 1850, la que más relevancia tiene es la Ley N.° 8435, de 7 de agosto de 1936, en razón de que dispone, literalmente:
"Artículo 1°.- Quedan comprendidos en los beneficios de la Ley de 22 de enero de 1850, del Decreto Supremo de 4 de noviembre de 1851 y en los que conceden las demás leyes y disposiciones vigentes sobre jubilación, cesantía y montepío, todos los funcionarios, los profesionales y los empleados que hubieren prestado o que presten servicios al Estado, en los diversos ramos de la administración pública, Tribunal Marítimo y de todas las demás dependencias fiscales.
Artículo 2°.- Quedan, igualmente, comprendidos en los beneficios de la presente ley todos los empleados de las Municipalidades, de las Beneficencias y de las Compañías Fiscalizadas con fondos propios de ellas".
3. El Decreto Ley N.° 20530 fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío – Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4°, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante, en diversas ocasiones fue abierto por ley; una de ellas es la invocada en la presente acción por el demandante, esto es, por la Ley N.° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985.
4. Aun cuando el régimen creado por este Decreto Ley, inicialmente era cerrado, a través de diferentes Leyes se ha ampliado su alcance. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley N° 22150, de 25 de abril de 1978, que fuera Ley de la Carrera Diplomática, se permitió que los diplomáticos se incorporasen, sin excepción, en dicho régimen. Del mismo modo, con la Ley N° 24029, de 12 de diciembre de 1984, se incorpora al profesorado al régimen del Decreto Ley N° 20530, precisándose en el reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-90-ED, que dicha incorporación

correspondía a los que ingresaron al servicio oficial como nombrados o contratados, hasta el 31 de diciembre de 1980; igualmente, mediante la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985, se abre el sistema para todos aquellos que al 24 de febrero de 1974 (fecha de dación del Decreto Ley N° 20530) contaban con 7 o más años de servicios y continuaban haciéndolo de manera ininterrumpida. Luego, de igual forma, mediante Ley N° 25273, de 16 de julio de 1990, se incorporó al régimen del propio Decreto Ley N.° 20530 a los servidores comprendidos en la "Ley de Goces" de 1850 y que a la fecha (16 de julio de 1990) se encontrasen laborando, sin solución de continuidad, en las empresas estatales de derecho público o privado.

5. El sistema pensionario creado por el Decreto Ley N.° 20530 está abierto por la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de los magistrados que cumplan diez años de servicios.
6. Por otro lado, la Ley N.° 25066 del 25 de junio de 1989 establece en su artículo 27° que los funcionarios y servidores públicos que hubiesen estado laborando para el Estado en condición de nombrados o contratados a la fecha de la dación del Decreto Ley 20530, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones de dicho Decreto Ley, siempre que, a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen prestando servicios al Estado dentro de los alcances de la Ley N.° 11377 y del Decreto Legislativo N.° 276. Se agrega que el aporte correspondiente al Fondo de Pensiones, se determinará previa deducción de pensiones de lo efectuado al régimen del Decreto Ley N.° 19990, como lo establece la Séptima Disposición Transitoria del mismo.
7. Con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Ley N.° 13724) y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N.° 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En consecuencia, el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces.
8. El artículo 1° de la mencionada Ley N.° 24366, del 21 de noviembre de 1985, al declarar que "Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado", abre una nueva vía de acceso al régimen del Decreto Ley N.° 20530.
9. En el caso de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, cuyo derecho a la reposición ha amparado este Tribunal, incluyendo el reconocimiento del tiempo de servicios durante los años de la injusta separación, se entiende que ellos deben abonar los aportes que correspondan al régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530.
10. A efectos del reconocimiento del tiempo de servicios, debe tenerse en cuenta, además, que se debe laborar para el Estado la jornada mínima de trabajo, y que a aquellos servidores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, que hubieren incorporado a su patrimonio derechos adquiridos provenientes del artículo 41° del Decreto Ley N.° 20530 o de las Leyes N.° 24156 o 25171, normas ya derogadas, se les computa de abono hasta cuatro (4) años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos en caso de hombres y doce y medio en caso de mujeres. Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos

al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41° del Decreto Ley N.° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según sea el caso. En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta.

11. En el caso accionado por la Sra. Medina Pantoja (expediente 156-2001-AA/TC) publicado el 3 de junio de 2003, el Tribunal debió considerar, entre otras, dos normas con especial vocación constitucional en la materia, de modo que, en virtud de los principios jurídicos específicos que protegen al trabajador —*in dubio pro operario*—, así como de los generales de equidad e igualdad, estimó que debía preferirse la aplicación del Decreto Ley N.° 20530, toda vez que tal norma, en su Quinta Disposición Transitoria, otorgaba el derecho —durante su vigencia— a los servidores que, como la demandante, al momento de entrar en vigencia el Decreto Ley N.° 20530, hubiesen acumulado no menos de 7 años de servicios, teniendo en cuenta, además, que, en principio, el "ocio" de nivel reglamentario no debe privar de derechos nacidos de normas de mayor jerarquía, en otras palabras, que el "ocio" del Ejecutivo no debe impedir el cumplimiento de la ley y sus objetivos. Consecuentemente, como la Ley N.° 24366, invocada por la demandante para ingresar en el sistema del Decreto Ley N.° 20530, no permitía su acceso, puesto que las condiciones que ella establecía no eran plenamente satisfechas en su caso, mientras que el Decreto Ley N.° 20530 —en su glosada Quinta Disposición Transitoria, en concordancia con el artículo 4° de dicho Decreto Ley— sí parecía hacerlo, el Tribunal, en cumplimiento del principio que obliga al juez a aplicar la norma jurídica pertinente aun cuando ésta no haya sido invocada (Código Civil, Título Preliminar, Artículo VII, concordante con el brocardo jurídico *iura novit curia*), se inclinó por sancionar el derecho reclamado.
Sin embargo, teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social, no sólo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, este Colegiado, habida cuenta de la especial trascendencia del caso, ha considerado necesario reabrir y profundizar el examen de la materia y, en armonía con otras disposiciones de la Carta Magna, entre las que destaca su Segunda Disposición Final y Transitoria, ha resuelto apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del Decreto Ley N.° 20530.
12. En el caso *sub-examine*, las excepciones propuestas por la demandada deben desestimarse, pues conforme a la reiterada jurisprudencia establecida por este Tribunal en materia de pensiones, no es exigible el agotamiento de la vía previa, ni caduca la acción, por tratarse de derechos alimentarios, y la vulneración alegada es de naturaleza continuada; respecto de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ésta, a criterio del Tribunal, es suficientemente clara y precisa, por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 449° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, también debe desestimarse; respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, propuesta por el Ministerio de Economía y Finanzas, la misma es desestimable toda vez que un extremo de lo que se va a resolver en este Colegiado, corresponde a la época en que estaba vigente la Ley N° 25792, competencia del Ministerio en mención.
13. Ingresando al fondo de la *litis*, el demandante se encontraba en la Ley de Goces y era un servidor público bajo el régimen laboral de la Ley N° 11377 en el Ministerio de Hacienda, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, desde octubre de 1956 al 31 de octubre de 1982, fecha en que, al ser reasignado sin solución de continuidad a la

Superintendencia de Banca y Seguros, donde laboró desde le 01 de setiembre de 1982, ya tenía derecho adquirido a pensión renovable.

14. Por tanto, la Ley N.º 24366, que norma los casos de reincorporación al sistema pensionario del Decreto Ley N.º 20530, no resulta, en sentido estricto, aplicable para aquellos pensionistas que, como el accionante, ya pertenecían a dicho régimen, es decir, ya estaban incorporados originariamente al mismo.
15. En uniforme y reiterada jurisprudencia se ha establecido que un pensionista que pertenece al régimen previsional del Decreto Ley N.º 20530, tiene derecho a una pensión nivelable, siempre que haya servido por más de 20 años al Estado, conforme lo dispuso la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979. Cabe resaltar que este Colegiado ha señalado, asimismo, que la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto Ley N.º 20530, el artículo 5º de la Ley N.º 23495 y el artículo 5º del Decreto Supremo N.º 0015-83-PCM.
16. En el presente caso, respecto de la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada, como se tiene dicho en el fundamento 15, no procede, toda vez que los trabajadores en actividad que laboran en la Superintendencia de Banca y Seguros pertenecen al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, lo que señaló en el artículo 5º de la Ley N.º 25792, mientras estuvo vigente, en cuanto transfiere al Pliego Presupuestal del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondería pagar a la institución demandada a sus pensionistas, jubilados y cesantes del régimen del Decreto Ley N.º 20530, estableciendo que dichas pensiones tendrán como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios, no vulneró derecho constitucional alguno del demandante.
17. Asimismo, se advierte de autos que, a través de la Resolución SBS 485-87, de fecha 16 de julio de 1987, de fojas 3, se reincorporó al demandante en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N.º 20530, y mediante la Resolución Administrativa SBS N.º 421-90, de fecha 5 de julio de 1990, de fojas 6, se le otorgó pensión de cesantía nivelable a partir del 16 de julio de 1990, por sus servicios prestados a la Administración Pública, dentro del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N.º 20530; y que, sin embargo, fuera de los plazos de ley y sin mediar proceso judicial, en forma unilateral, la demandada, a través de la Resolución SBS N.º 220-93, de fecha 27 de mayo de 1993, declaró la nulidad de la resolución que le otorgó al demandante su pensión de cesantía. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 008-96-AI-TC, este Tribunal considera que los derechos pensionarios adquiridos por el demandante al amparo del Decreto Ley N.º 20530, no pueden ser desconocidos por la demandada en forma unilateral, puesto que contra resoluciones que constituyen cosa decidida, sólo procede determinar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial; siendo así, en el presente caso, se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales invocados por el demandante.
18. Respecto del pronunciamiento de la Sala de desestimar la presente acción de amparo por considerar que el recurrente previamente optó por la vía paralela, este Colegiado considera que no existe el supuesto de improcedencia del inciso 3) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, toda vez que las tres acciones iniciadas previamente contienen otras

pretensiones; la primera de ellas fue una acción de amparo cuyo objeto fue que se declarase inaplicable el Decreto Supremo N.º 008-91-JUS, y en que la Corte Suprema confirmó la improcedencia por haberse producido sustracción de la materia; la segunda una acción civil de restitución de derechos, en la que se resolvió su improcedencia por haberse interpuesto la demanda fuera del plazo de ley (caducidad); y, finalmente, la tercera, una acción civil signada con número de expediente 49824-97 cuya materia era de obligación de dar suma de dinero.

19. Los criterios corrientes en esta sentencia sustituyen a cualesquiera otros que, con anterioridad, se hayan podido establecer. En todo caso, el Tribunal Constitucional, en uso de la atribución concedida en el artículo 55º de su Ley Orgánica, Ley N.º 26435, se aparta de la jurisprudencia recogida, en la materia, en sentencias anteriores, la que resulta así modificada.
20. Finalmente, considera este Colegiado que en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N.º 20530, debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima de su deber formular un llamado para que, de conformidad con los Principios Constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO en parte la recurrida, que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda y, reformándola, la declara FUNDADA; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución SBS N.º 220-93, debiendo la demandada reanudar el pago de la pensión de cesantía nivelable del demandante, de acuerdo con el régimen del Decreto Ley N.º 20530, con las precisiones señaladas en los fundamentos numerados 15 y 16 de la presente sentencia; y la confirma en la parte que declara infundadas las excepciones propuestas. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

**UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL
DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP**

- Expediente N° 01776-2004-AA/TC

EXP. N° 1776-2004-AA/TC
LIMA
VÍCTOR AUGUSTO MORALES MEDINA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2007, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados García Toma, Mesía Ramírez y del magistrado Vergara Gotelli

I. ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por don Víctor Augusto Morales Medina contra la Resolución de Vista de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de enero de 2004, que confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a) Demanda

Con fecha 30 de enero de 2003, el demandante interpone demanda de amparo contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) -hoy en día, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones-, y contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Unión Vida. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales de petición y de libre acceso al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), previsto este último en el artículo 11° de la Constitución, además de los artículos 2°, inciso 2), 10°, 26°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Sostiene que la violación se configura con el acto de no admitir a evaluación por parte de la SBS el documento por el cual requirió su traspaso al SNP, en vista de que la comunicación que dirigiera a la AFP pidiendo la nulidad de su afiliación aun no había tenido respuesta. Solicita se deje sin efecto el contrato de afiliación a la AFP Unión Vida de fecha 1 de junio de 1994 y se disponga su retorno al SNP con la transferencia de los respectivos aportes. Señala que la SBS debe expedir la resolución que declare sin efecto legal el contrato aludido y, en consecuencia, se le transfiera los aportes a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y se proceda a la devolución del título o constancia de bono de reconocimiento, de ser el caso.

Fundamenta su demanda precisando que dicha situación le genera un grave perjuicio económico y a su derecho a la salud, dado que en su calidad de trabajador minero a tajo abierto aun no puede jubilarse, pese a tener pleno derecho adquirido según el Decreto Ley N.° 19990 y la Ley N.° 25009, Ley de Jubilación Minera. En ese sentido, alega que no fue debidamente informado por el promotor de la AFP Unión Vida al momento de afiliarse a dicha entidad y que éste le mintió al garantizarle la desaparición del Seguro Social, hecho que influyó en su decisión final de afiliarse. La afectación también se materializaría en el hecho de que, con su retorno al SNP, su pensión mensual vitalicia aumentaría considerablemente y se vería beneficiado con la Ley N.° 25009. Ello resulta esencial, en su caso, dado que su esperanza de vida es corta por haber estado expuesto durante más de treinta y ocho años a un ambiente altamente contaminante, por lo que asevera haber adquirido la enfermedad profesional conocida como neumoconiosis.

b) Resolución de primera instancia

Con fecha 3 de febrero de 2003, el Cuadragésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, mediante Resolución N.º 01, declara improcedente la demanda por falta de agotamiento de la vía previa, de acuerdo con el artículo 27º de la Ley N.º 23506 y los artículos 2º y 23º de la Ley N.º 25398.

c) Resolución de segunda instancia

Con fecha 9 de enero de 2004, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada, que declara improcedente la demanda estimando que no es posible la declaración de nulidad del contrato de afiliación a través del proceso de amparo por no ser la vía idónea para acoger la pretensión demandada, más aun si, de conformidad con el artículo 13º de la Ley N.º 25398, dicha vía no cuenta con etapa probatoria.

III. DATOS GENERALES

❖ **Supuesto daño constitucional**

El presente proceso constitucional de amparo fue iniciado por don Víctor Augusto Morales Medina contra la SBS y la AFP Unión Vida.

El acto lesivo se habría producido con la falta de respuesta de la AFP y la denegatoria de evaluación por parte de la SBS de los documentos presentados por el demandante, en los cuales solicita su traspaso al SNP, por no estar percibiendo aún pensión.

❖ **Reclamación constitucional**

El demandante ha alegado afectación de sus derechos constitucionales a la igualdad (artículo 2º, inciso 2), a la petición (artículo 2º, inciso 17), a la seguridad social (artículo 10º) y al libre acceso al SNP (artículo 11º); y, de los principios laborales de igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de derechos *e in dubio pro operario* (artículo 26º), de la proscripción del abuso de derecho (artículo 103º) y de los derechos adquiridos en materia pensionaria (Primera Disposición Final y Transitoria, antes de ser reformada).

Sobre esta base, ha solicitado lo siguiente:

- Se deje sin efecto el contrato de afiliación a la AFP Unión Vida del 1 de junio de 1994.
- Se le reponga al estado anterior en que pertenecía al SNP.
- Se disponga que la SBS expida una resolución con arreglo a ley declarando sin efecto jurídico el contrato aludido y se le transfiera los aportes a la ONP, así como, la devolución a la ONP del título o constancia de bono de reconocimiento, de ser el caso.
- Se inaplique el numeral I.2.a del artículo 3º del Resolución SBS N.º 795-2002, Reglamento Operativo de Nulidad de Afiliación al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones por tener derecho a pensión de jubilación en el Régimen del Decreto Ley N.º 19990, y los artículos 1º y 5º de la Resolución SBS N.º 795-2002, es decir, se disponga la aplicación de los efectos del control difuso de constitucionalidad.

❖ **Materias constitucionalmente relevantes**

Sobre la base de lo pedido por los recurrentes, a lo largo de la presente sentencia, y tratando de definir constitucionalmente la imposibilidad de retorno al SNP para los que se encuentran afiliados a una AFP, este Colegiado deberá pronunciarse sobre las siguientes materias:

- ¿Es necesario un cambio de jurisprudencia?
- ¿Se puede llegar a analizar el fondo de una demanda como la planteada? Es decir,
 - ¿Es posible proteger el derecho a la pensión a través de un proceso de amparo?
 - ¿Ha existido sustracción de la materia?

- ¿Se requiere el agotamiento de las vías previas?
- ¿Qué significa que exista el derecho fundamental al libre acceso a la prestación de la pensión dentro de los sistemas pensionarios existentes? En consecuencia,
 - ¿De qué manera se configura la libertad de acceso a las prestaciones de pensiones como parte del derecho a la pensión?
 - ¿Cuál es la naturaleza de cada uno de los sistemas de prestación de la pensión existentes y qué implica ello?
- ¿Por qué habría de admitirse el retorno de la adscripción al sistema de prestación de la pensión? De tal forma,
 - ¿Cómo se realiza el traslado entre los regímenes pensionarios?
 - ¿Cuál es el fundamento para que se reconozca a las personas la posibilidad de retorno?
 - ¿Por qué este Colegiado se inclina por un retorno que sea parcial?
- ¿De qué forma se presentan los tres supuestos de retorno parcial? Por lo tanto,
 - ¿Cómo se configura el caso de la titularidad no ejercida del derecho a la pensión?
 - ¿Cuál es la naturaleza de la falta de información como supuesto de retorno parcial?
 - ¿De qué manera habrá de protegerse con el retorno parcial la situación de los trabajadores cuyas labores impliquen riesgo a su vida y a su salud?
- ¿Qué consecuencias tiene que el amparo sea declarado fundado? En tal sentido,
 - ¿Cómo se ha de realizar la solicitud de desafiliación?
 - ¿Por qué es necesario que la persona que busca desafiliarse tome una decisión correcta?

❖ Norma aplicable al caso concreto

Pese a que la demanda fue planteada aún con la vigencia de la Ley N.º 23506, es pertinente utilizar el Código Procesal Constitucional (CPCo), Ley N.º 28237, en virtud de la aplicación inmediata que él mismo recoge en la Segunda Disposición Transitoria.

Así, la presente causa va a ser resuelta por las normas vertidas por este código, más aún si su utilización no representa afectación alguna de los derechos del demandante y demandadas.

IV. FUNDAMENTOS

1. El interés del pensionista demandante para desafiliarse libremente de las AFP, o mejor dicho, el debate reinante sobre el retorno del SPP al SNP, debe ser contrastado con lo que la Norma Fundamental señala básicamente en su artículo 11º. Por tal razón, la presente sentencia se aboca a dar una respuesta constitucional a tal situación, pese a existir ya cierta jurisprudencia sobre la materia.

La difícil situación existente es fácilmente reconocida tanto a través del alto número de demandas de amparo presentadas, como gracias al interés congresal de dictar una ley para solucionarla. En el pasado, se habían postulado dos mecanismos para que las personas adscritas a una AFP puedan ser desafiliadas: la reversibilidad de su admisión (Decreto Ley N.º 25897) y el procedimiento administrativo de nulidad de la afiliación (Resolución N.º 080-98-EF-SAFP). Sin embargo, y pese a haberse realizado la desafiliación de más de quince mil trabajadores, lo limitado del alcance, vigencia y supuestos de ambos permitió que el problema se haya acrecentado, y que hoy merezca contar con un remedio constitucional adecuado. Justamente, se han ido presentando proyectos de ley sobre la materia, que merecen aún un arduo debate en el Congreso, y esta sentencia contribuirá al esclarecimiento del mismo.

Por tal razón, pasamos a explicar si es factible el retorno al SNP, previa determinación de la procedencia del pedido realizado. Para ello, se tomará como línea de análisis el derecho fundamental a la pensión. Es decir, la presente sentencia, pese a que utilizará

como soporte otros bienes constitucionales involucrados (entre ellos, el derecho a la igualdad, el principio de dignidad o la garantía institucional de la seguridad social), será resuelta sobre la base del derecho a la pensión, pero siempre tomando en cuenta el principio de solidaridad que siempre guía su ejercicio, relación que fuera desarrollada por la sentencia recaída en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros en su fundamento 48.

A. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

2. Este Tribunal tiene dicho que una de las funciones que la Constitución le ha asignado, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad, es su función pacificadora. Para el cumplimiento efectivo de tal cometido, se vale únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos.

En este contexto, al igual que en otros casos, el recurrente ha recurrido a este Colegiado, alegando que detrás de la prohibición o impedimento para trasladarse libremente del SPP al SNP, se afecta sensiblemente su derecho al libre acceso a las pensiones y, con él a la calidad de vida que, como mandato de optimización, dimana del principio-derecho de dignidad de la persona, recogido en el artículo 1º de la Constitución.

3. Y si bien en el pasado este Colegiado no llegó a ingresar a definir el asunto de las AFPs, considera que ahora es el momento propicio para que se desarrolle una jurisprudencia acorde con la Constitución. La constatación de que el conflicto no ha sido pacificado -antes bien, se ha acrecentado-, es que el Tribunal Constitucional (TC) se haya visto obligado a replantearse el problema formulado en la demanda, esto es, sobre la validez constitucional del retorno del SPP al SNP.

Una muestra de lo que ha venido sucediendo, se puede encontrar en el fundamento 2 de la sentencia del Expediente N.º 1151-2002-AA/TC, el mismo que llegó a señalar que

“(…) De los actuados fluye que, en el fondo, lo que el demandante pretende es lograr la nulidad de su contrato de afiliación debido a que, según alega, le corresponde estar comprendido dentro del régimen del Decreto Ley N.º 20530. Sin embargo, para tales efectos, debe hacer valer su derecho en la vía ordinaria, tanto más si no ha demostrado de qué manera se afectan sus derechos (...)”.

A partir de estos argumentos, se declaró infundado el pedido. Sin embargo, ahora consideramos necesario desarrollar el verdadero contenido del artículo 11º de la Constitución, y para ello es necesario fijar algunos criterios de protección del derecho fundamental al acceso a la prestación de pensión, variándose la jurisprudencia preexistente o complementándose la misma.

B. CUESTIONES DE PROCEDENCIA DE LA DEMANDA PLANTEADA

4. Corresponde en las siguientes líneas, y antes de entrar al fondo de la sentencia, explicar algunas cuestiones respecto a la procedencia de la demanda planteada, máxime si se ha considerado necesario que se produzca un cambio en la jurisprudencia de este Colegiado.

De esta forma se buscará establecer si el derecho al libre acceso a la pensión merece protección a través de un proceso constitucional, si ha existido sustracción de la materia y si fueron agotadas las vías previas.

§1. Protección del derecho fundamental a la pensión a través del amparo

5. El recurrente considera que el proceso de amparo es la vía idónea para proteger los derechos invocados toda vez que existe

“(…) la posibilidad de interposición de acciones de amparo, directamente articuladas contra normas que por su sola expedición, sin que se precisen ningún acto de ejecución, lesionan derechos fundamentales de las personas (...)”^[1].

Por el contrario, AFP Unión Vida, cuando se apersona al proceso en su calidad de demandada, sostiene que lo solicitado por el demandante no debe ser visto en sede constitucional, y alega básicamente que la nulidad de una afiliación no es un derecho protegible por un amparo, por tratarse de un aspecto sujeto al derecho privado común y que no afecta garantías constitucionales. Añade que el objetivo del demandante es deshacer una relación contractual, aspecto que necesita de una etapa probatoria. En ese sentido, estipula que

“(…) tanto la validez de la afiliación, las circunstancias en que se suscribió el contrato, los derechos expectaticios que tendría el demandante frente al Sistema Nacional de Pensiones, el ejercicio oportuno o extemporáneo de la solicitud de nulidad, la validez y vigencia del contrato de afiliación y todos los aspectos contenidos en la demanda resultan totalmente controvertibles y requieren de una adecuada probanza (...)”^[2].

Sobre la base de estos argumentos, los juzgadores decidieron a favor de la demandada. Respecto a la idoneidad del amparo para resolver el caso de autos, se dispuso que al existir otra vía para resolver el conflicto, ella era la que debía seguirse^[3]. Por su parte, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Resolución de Vista, de fecha 9 de enero de 2004, que declara improcedente la demanda, establece lo siguiente:

“(…) Consecuentemente, no es posible la declaración de nulidad del contrato de afiliación a través de la presente acción de garantía, por no resultar la presente la vía idónea para amparar la pretensión demandada (...); por lo que la presente acción de garantía deviene en improcedente (...)”^[4].

6. Ahora bien, a entender del TC, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea para resolver el caso de autos, dado que en él se debe analizar la existencia de un derecho fundamental como es el libre acceso a las prestaciones de pensiones, y, determinar si éste fue vulnerado por las instituciones demandadas bajo el amparo de la legislación correspondiente.

De esta manera, el requerimiento de una tutela urgente y especializada, que tiene como fin la protección de los derechos fundamentales, justifica la idoneidad del proceso de amparo, pero siempre utilizando los parámetros detallados por este Colegiado en la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-PA/TC.

7. Asimismo, con relación al argumento de la demandada sobre la falta de idoneidad del proceso de amparo por la ausencia de estación probatoria plena que permita una evidencia adecuada de los hechos controvertidos, debe precisarse que si bien el artículo 9º del CPCo prevé que en este tipo de procesos no existe etapa probatoria, también señala que son procedentes los medios que no requieran actuación.

Precisamente, en el presente caso, no se requiere la actuación probatoria, más aun, si la materia controversial reside en estricto en el examen del contenido del derecho al libre acceso a prestación de pensiones.

8. De otro lado, para poder llegar a una respuesta y decisión correcta, es necesario aclarar un punto sobre la aptitud de que a través de un amparo se analice una cuestión como la planteada. Al respecto, el inciso 2) del artículo 5º del CPCo establece que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado.

Sobre el particular, el proceso constitucional de amparo debe distinguirse como viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, en caso que la utilización de estos últimos pudiera ocasionar un daño grave e irreparable a la persona, tornándose así en ficticia la resolución que se dicte, tal como se pretende con la presente demanda.

§2. Sustracción de la materia

9. En el caso de autos, la demandada también asevera que, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N.º 27617, se ha producido la sustracción de la materia, en tanto señala que

“(…) si el demandante tuviera derecho a una pensión de jubilación bajo el Sistema Nacional de Pensiones, dicho derecho se mantiene vigente conforme lo ha establecido la Ley N.º 27617, de fecha 1 de enero de 2002, y, que en el peor de los casos dicha ley significa la sustracción de la materia (…)”^[5].

La sustracción de la materia constituye una causal de improcedencia de acuerdo con el inciso 5) del artículo 5º del CPCo, el cual establece que no proceden los procesos constitucionales cuando a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable. Implica que el acto lesivo sea necesariamente actual. El pedido no debe haber devenido en irreparable, tal como lo precisa el artículo 55º del CPCo, en concordancia con lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1º del mismo.

Por tanto, debe analizarse si, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N.º 27617, Ley que dispone la reestructuración del SNP del Decreto Ley N.º 19990 y que modifica el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley del SPP, se ha producido o no la sustracción de la materia, y, en ese sentido, debe precisarse cuál es la materia objeto de *litis*.

10. Para determinar la sustracción de la materia en este caso, se procede a citar un fragmento del artículo 9º de la Ley N.º 27617, que incorpora diversas disposiciones al Texto Único Ordenado del SPP, y, que en su Décimo Quinta Disposición estipula que: “Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones a la fecha de entrada en vigencia de la presente Disposición Final y Transitoria y que al momento de su incorporación a dicho Sistema cumplieran con los requisitos para el derecho a la jubilación adelantada en el Sistema Nacional de Pensiones conforme al artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, podrán jubilarse adelantadamente en el Sistema Privado de Pensiones cumpliendo los mismos requisitos y bajo las mismas condiciones que las exigidas por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Para este fin, dicha entidad determinará quiénes tienen derecho a acceder a este beneficio, informándolo por escrito a la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajador efectos de que ésta tramite la pensión (…)”.

La norma mencionada del Decreto Ley N.º 19990 (artículo 44º) establece, como marco genérico, que los trabajadores que tengan cuando menos cincuenticinco o cincuenta años de edad y treinta o veinticinco años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación.

En el caso concreto, se puede señalar que el demandante procedió a afiliarse al SPP el 1 de junio de 1994, al tener cincuenticuatro años de edad, razón por la cual, no se encuentra dentro del supuesto de hecho previsto por el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990. No obstante, así se hubiese encontrado el demandante en el supuesto previsto por la norma, de igual manera no se habría producido la sustracción de la materia, debido a que el derecho cuya protección se solicita esencialmente es el de libre acceso a prestaciones de pensiones, el cual se encuentra al margen de la normativa propia de cada sistema.

En consecuencia, la pretensión del demandante es plenamente legítima y constitucional, justificándose el pronunciamiento del TC respecto de la misma.

§3. Exigencia de agotamiento de la vía previa

11. Un punto que fue desarrollado por la sentencia de primera instancia es que el demandante no cumplió con agotar la vía previa. En la Resolución N.º 01, que declaró improcedente la demanda, se dictaminó lo siguiente:

“Que, de los documentos adjuntados, no fluye que accionante haya agotado la vía previa, y de esta manera solucionar el conflicto suscitado conforme a lo señalado en el artículo 27º de la Ley N.º 23506”^[6].

Frente a lo explicado por el magistrado de primera instancia, el recurrente había alegado falta de respuesta adecuada a su pedido^[7], y para ello adjunta como medios probatorios, las cartas notariales que dirigiera a la AFP Unión Vida (de fechas 1 de octubre y 28 de noviembre de 2002), ambas sin respuesta por parte de la AFP; la carta notarial dirigida a la SBS (de fecha 28 de noviembre de 2002), y, la carta de respuesta de dicha entidad (de fecha 26 de diciembre de 2002), en la cual, se rechaza la solicitud del demandante^[8].

12. Por su parte, cuando el juzgador resolvió, lo hizo basándose en el tenor del contrato de afiliación. Justo en él, y con relación a la vía previa determinada, en las Cláusulas Generales del Contrato de Afiliación (Cláusula Décimo Séptima), se establece lo siguiente:

“Las partes contratantes acuerdan expresamente que en caso el afiliado no estuviese conforme con determinados aspectos derivados de la administración de su fondo de pensión por parte de la AFP, deberá presentar su reclamo por escrito a la AFP. Si dentro de un plazo de quince (15) días de presentado el reclamo las partes no solucionasen directamente la controversia suscitada, podrán someterla a conocimiento de la Superintendencia, igualmente por escrito, la que deberá emitir un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo de treinta (30) días. La Resolución de la Superintendencia será inapelable y dará por agotada la vía administrativa”^[9].

No obstante tal argumento, la Tercera Fiscalía Superior Civil de Lima, de fecha 15 de octubre de 2003, consideró que los procesos de amparo en los que se resuelve sobre derechos pensionarios, como en el presente caso, existe un criterio uniforme en cuanto a la falta de exigencia del agotamiento de la vía administrativa, al considerarse que la pensión de jubilación tiene naturaleza alimentaria, por tal motivo este criterio es plenamente aplicable al caso materia del presente amparo^[10].

Cabe recordar que el agotamiento de las vías previas es una causal de improcedencia, prevista tanto por la derogada Ley N.º 23506 como por el inciso 4) del artículo 5º y por el artículo 45º del CPCo vigente. Su finalidad básica es dar a la Administración la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover el autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores. Sólo así se limitará la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado.

13. Propugnamos la aplicación de un criterio de flexibilidad, *pro accione*, el cual impida que la citada exigencia derive en un formalismo inútil, que impida la justiciabilidad, a partir de la dirección judicial del proceso prevista en el artículo III del Título Preliminar (TP) del CPCo. Entonces, el derecho fundamental a la pensión, al tener carácter alimenticio, se desprende que el agotamiento de la vía previa no debe ser exigida en el presente caso, pues no corresponde su utilización para el acceso pensionario.

Además, como se ha señalado *supra*, el demandante cumplió con presentar su reclamo por escrito a la AFP Unión Vida, y, al no haber obtenido respuesta alguna, cumplió

con presentar su solicitud a la SBS, la cual emitió un pronunciamiento denegatorio de su solicitud, el mismo que, al tener la calidad de definitivo, puso fin a la vía administrativa, quedando expedita consecuentemente la acción judicial por parte del demandante. En consecuencia, ha quedado demostrado, a partir de los documentos ofrecidos por el demandante como medios probatorios que éste efectivamente agotó la vía previa prevista.

En conclusión, el proceso de amparo es la vía idónea para la resolución del caso de autos y la consecuente protección de los derechos invocados por el demandante. Además, en el presente proceso, no debió pretender el agotamiento de la vía previa judicial, si no administrativa, al requerirse tutela urgente bajo riesgo de devenir en irreparables las condiciones de vida y de salud del demandante.

C. EL LIBRE ACCESO A LA PENSIÓN EN LOS SISTEMAS PENSIONARIOS

14. Superado el examen de procedencia de la demanda, ahora pasemos al estudio del fondo de lo peticionado por el accionante.

Se sabe que para configurar constitucionalmente un derecho fundamental se hace imperiosa la intervención del TC como órgano al cual se le ha encargado la vigilancia del efectivo cumplimiento y pleno reconocimiento de la supremacía de la Norma Fundamental. En tal sentido, sólo analizando la posibilidad de retorno del SNP al SPP, a la luz de su dimensión jurídica subjetiva y objetiva, este Colegiado podrá resolver la dificultad existente, pero siempre dentro del marco del Estado social y democrático de derecho.

Con el fin de poder afirmar que la Constitución no restringe la capacidad del individuo para elegir a qué sistema pensionario acogerse y el libre traslado entre ellos, es necesario establecer y definir con claridad cuál es el derecho fundamental involucrado, aunque ya hemos adelantado parecer sobre ello. Únicamente a partir de tal especificación, será posible determinar la validez de una demanda como la planteada, que recurre a la utilización del amparo para abrir una puerta constitucional a lo que la legislación infraconstitucional ha negado.

§1. El libre acceso a la pensión como parte del derecho a la pensión

15. Sobre la base del artículo 10° de la Constitución, que reconoce el régimen de seguridad social, el artículo 11° estipula el derecho al acceso con libertad a las prestaciones pensionarias, en los siguientes términos:

“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)”.

Como se explicara *supra*, es el derecho fundamental a la pensión el que va a sustentar la solución de la controversia constitucional surgida, pero es la seguridad social el ámbito de garantía institucional en el cual tal derecho se llegará a desarrollar.

El derecho fundamental a la pensión requiere de la implementación de medidas a fin de asegurar prestaciones a los individuos, cuando estos no son capaces de satisfacerlas por ellos mismos. En este sentido, se otorga libertad a los Estados para instituir políticas destinadas a dicho fin sujetando su actuación a ciertos parámetros mínimos. Al respecto, este Colegiado ha venido a señalar en el fundamento 12 de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos. Si bien el modelo de la seguridad social previsto en la Constitución de 1993 recoge la idea del Estado como el obligado

a desplegar políticas que aseguren los servicios previsionales, también se posibilita la provisión de los mismos a través de particulares (en el supuesto específico de este caso, las AFPs), asumiendo el Estado un rol supervisor.

La seguridad social aparece como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, y que posibilita la existencia de este derecho. Como este Tribunal ha afirmado en el fundamento 11 de la sentencia expedida en el Expediente N.º 2945-2003-AA/TC, el reconocimiento de los derechos -especialmente los sociales- debe realizarse en forma conjunta e interdependiente, amén de entenderlos como un complejo integral único e indivisible. Asimismo, se ha expresado en el fundamento 14 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0011-2002-AI/TC, que la seguridad social es un instituto constitucionalmente garantizado que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, y que tiene como propósito el de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, así como actuar bajo el signo de la doctrina de la contingencia, fines remarcados en el fundamento 54 de la sentencia emitida del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros.

16. Los derechos sociales son además de derechos reglas, claros derechos principios. Por ello, postulan la necesidad de alcanzar objetivos determinados, pero dejan abiertas las vías para lograrlos. Tener el carácter de optimizable no quiere decir que el derecho a la pensión, y específicamente, el derecho al acceso a la prestación pensionaria, puedan ser incumplidos, sino que siguiendo el carácter de eficacia directa e inmediata de la Constitución, también deben ser plenamente efectivizados a favor de los titulares de los derechos.

Es más, la obligación de proveer de todas las medidas jurídicas necesarias que tomen efectivo a los derechos sociales -entre ellos, a la pensión-, no sólo es una obligación de carácter constitucional. También se trata de un compromiso supranacional proveniente del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento que, al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del TP del CPCo, forma parte del bloque de constitucionalidad internacional aplicable al derecho fundamental a la pensión. Tal norma internacional establece literalmente que:

“Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Sustentado en este precepto supranacional, se ha venido a reconocer en el Estado niveles distintos de deberes, los mismos que deben ser reformulados a partir del tipo de función que cumpla en cada sistema pensionario, según lo postularemos más adelante.

17. Como parte del contenido esencial constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, cabe señalar que éste no sólo garantiza el obtener prestaciones de pensiones de manera universal y progresiva, sino también el libre acceso a dichas prestaciones, supuesto de hecho claramente establecido en el ya mencionado artículo 11º de la Constitución. Como este Tribunal ha señalado en el fundamento 107 de la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, el derecho a la pensión garantiza, entre otras cosas, el acceso a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Por ello, habrá de considerarse porción integrante de tal derecho la

posibilidad de su libre acceso, y en consecuencia, contar con los adecuados requisitos para que dicho acceso se produzca.

Tal libertad de acceso a las prestaciones no implica que todos podamos acceder a él sin más trabas u obstáculos que los que se puedan derivar del ámbito de autonomía del individuo. La libertad de acceso a tales prestaciones opera en la medida que el individuo satisfaga las condiciones legalmente establecidas por el legislador para dicho acceso. En específico respecto del acceso a los sistemas de pensiones, queda claro que éste no es irrestricto ni ilimitado sino que está sujeto al cumplimiento de condiciones y requisitos. Así, no todo ciudadano tiene acceso efectivo a los sistemas de pensiones, sino sólo aquéllos que, tengan la calidad de trabajadores y que, como tales, observen las exigencias de cada sistema. Lo que garantiza la Constitución es que a aquéllos que cumplan los requisitos y condiciones fijados por ley, no se les niegue acceder al sistema pensionario que elijan.

La Constitución asegura la posibilidad de toda persona de gozar de una pensión poniendo a su disposición sistemas pensionarios, pero el goce efectivo de las prestaciones supone que estos respeten los requisitos y condiciones exigidos. Pero, ¿es posible incluir dentro de tal libertad la capacidad para trasladarse libremente de un sistema a otro, bajo un régimen de flexibilidad previsional? En tal sentido, para dar una respuesta coherente y consistente constitucionalmente hablando, es necesario, ante todo, analizar cuáles son los sistemas que la Constitución reconoce.

§2. La coexistencia de dos sistemas pensionarios

18. A partir de lo previsto por la Constitución en su artículo 11º, gracias a la implementación en el país de un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado, y a la luz de los deberes de actuación que les corresponde, resulta necesario examinar si existió un deber de actuación que no fue plenamente observado por el Estado -o en su caso, por las AFP- cuando se realizaron las afiliaciones masivas en la década pasada. A saber, debemos examinar si se desarrollaron un conjunto de medidas que, destinadas a promover la disponibilidad de información adecuada y suficiente en el mercado, posibilitara a los ciudadanos elegir el sistema que más convenga a sus intereses.

Ante todo, debe dejarse sentido que si bien la Norma Fundamental establece la existencia de tres tipos de entidades prestadoras de pensión, en el país sólo han llegado a establecerse dos. Por ello, la presente sentencia se restringe a la actuación del SPP y del SNP, y la posibilidad de traslado entre ambos. El sistema mixto aún no ha sido implementado.

19. Sobre la base de la entonces nueva Constitución de 1993, la reforma pensionaria se inició en nuestro país como una iniciativa del gobierno, el cual si bien mantuvo el SNP, desarrolló una campaña a favor de la capitalización, inclinándose por la promoción de la adscripción de las personas a él. Al respecto, se ha señalado que “(...) el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a procurar la desaparición de los sistemas públicos, especialmente en materia pensionaria. En efecto, las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones son indicios elocuentes de tal intención”^[11].

En adición a ello, se promovió la generación de un sistema paralelo (SPP) frente al hasta entonces sistema único estatal (SNP). Pero es innegable que fue el Estado el que en todo momento, conociendo de la situación del SNP, propició las afiliaciones a las AFP. Es imperioso recordar la crisis en la que había estado sumergido el SNP, lo cual produjo el traslado indiscriminado, y muchas veces mal informado, hacia el SPP.

Una clara muestra de la promoción de las afiliaciones, se encuentra en el artículo 7° del Decreto Supremo N.° 054-97-EF, Ley del SPP, en el cual se observa un amplio deber para el SPP en el fomento del desarrollo y acceso de sus actividades, cual es la obligación de las AFP de afiliar a cualquier trabajador en el momento en que éste lo solicite.

Los términos de la intervención del capital privado en la prestación de pensiones y su incidencia en el contenido protegido del derecho al libre acceso, evidentemente tiene que esclarecerse a partir de las exigencias mínimas que la Constitución impone al Estado, ya sea en su rol de promotor de la actividad privada en la prestación de las pensiones, ya en su papel de administrador de un SNP, y no, por cierto, conforme a criterios eminentemente económicos.

20. Es virtud de ello, corresponde explicar qué deberes habían de cumplir los entes privados y públicos. La eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales obliga que, tanto en el ámbito estatal como en el privado, la interpretación *pro homine* autorice el desarrollo verdadero de la persona, amén de las circunstancias que pueden afectar su libre determinación, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución.

Debe quedar establecido que el Estado no está cubriendo el servicio público de manera exclusiva, sino que existen empresas privadas que lo está acompañando. En este sentido, estas sociedades se encuentran en una posición privilegiada para el uso de la información con relación al usuario de las AFP, información que puede, en ciertos casos, perjudicar al usuario en la toma de decisiones con respecto a sus inversiones, utilización de la información, veracidad de la misma, para así llegar a la afiliación o desafiliación en un caso concreto. El Estado en su función tuitiva, y como primer obligado a satisfacer las necesidades pensionarias, no puede permanecer indiferente ante ello.

En este marco, las obligaciones del Estado aparecen como precisas. Al ser uno de los sujetos pasivos del derecho a la pensión, cabe que se establezcan las obligaciones y responsabilidades constitucionales que le corresponden. Por ejemplo, al promover el SPP, el Estado debe hacerse cargo de las consecuencias de la actividad de las AFP, sobre todo tomando en consideración el rol que se le ha asignado a la SBS para supervisarlas. Según la Constitución, en su artículo 87°, la SBS controla a las AFP. Sin embargo, consideramos pertinente establecer cuál es el verdadero carácter de cada uno de estos sistemas.

a) El SNP como sistema de redistribución

En 1979, la Constitución establecía en su artículo 14° que el Estado tenía el exclusivo deber de prestar el servicio de seguridad social en materia previsional. Lamentablemente, con el método de reparto, la carga económica que irrogaban las prestaciones pasó a ser soportada por los trabajadores activos, dando como resultado el colapso del sistema, a lo cual ayudó la ineficiencia crónica del sector público para la administración de los recursos, la burocracia y la sujeción de las políticas públicas a los intereses de los distintos gobiernos. En el presente, si bien sigue estando vigente la prestación estatal directa reconocida, ya no es la única.

El SNP es un sistema de reparto, en el que las pensiones de jubilación, discapacidad y sobrevivencia se financian por las aportaciones de los trabajadores en actividad y los rendimientos del propio sistema, con un marcado efecto redistributivo, en tanto que el monto de las pensiones no depende de los montos aportados. Como es conocido, el SNP está básicamente constituido por dos regímenes pensionarios: el previsto en los Decretos Leyes N.° 19990 (régimen general) y N.° 20530 (régimen especial). Tan

cierta es la afirmación que el sistema es redistributivo, y que la intervención del Estado es alta, que en el artículo 7° del Decreto Ley N.° 19990, se señaló que no sólo constituye aportación para el SNP, lo abonado por el trabajador, sino también lo realizado por el Estado, en tanto empleador. En el mismo decreto ley, el monto máximo de la pensión a ser otorgada, de acuerdo al artículo 39° (sustituido por el Decreto Ley N.° 20604), no puede exceder de la remuneración o ingreso de referencia, aunque en los artículos 41°, 42°, 44°, 47° y 48°, se han previsto diversos montos de pensiones que se pueden estipular, los cuales están en relación directa con la edad y plazo del aporte.

El SNP está configurado como un sistema obligatorio para los trabajadores dependientes del sector público y privado, y facultativo para los independientes, en donde los contribuyentes son sólo los trabajadores y el Estado tiene un rol administrativo. El sistema, tal y como está configurado, se mantiene para aquellos trabajadores que al momento de implementarse el SPP, no opten por el mismo, y para aquellos trabajadores no afiliados al SPP que al momento de ingresar a laborar expresen por escrito su opción por el SNP en el plazo de diez días.

b) El SPP como sistema de capitalización y rentabilidad individual

El SPP sustituye la capitalización colectiva por la personal, siendo manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad sino al individualismo y concurren en el mercado en una relación simétrica de competencia, con relación a los usuarios^[12]. Lo señalado se encuentra admitido a partir de la existencia de una carpeta individual del afiliado, la misma que redundará en la creación de una cuenta individual de capitalización, tal como se señala en el artículo 22° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Fondos de Pensiones, referido a Afiliación y Aportes. Asimismo, según es señalado por el artículo 21° de la Ley del SPP y por el artículo 40° del Decreto Supremo N.° 004-98-EF, Reglamento de la Ley del SPP, modificado por Resolución Ministerial N° 182-2003-EF, debe existir una cuenta individual de capitalización de cada afiliado, expresada en dos libretas de registro: 'Libreta de Capitalización AFP' y 'Libreta Complementaria de Capitalización AFP'.

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Según lo desarrolla el artículo 1° de la Ley del SPP, este sistema tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la previsión social en el área de pensiones y está conformado por las AFP, las mismas que otorgan obligatoriamente a sus afiliados, las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. En el artículo 1° de su Reglamento, se insiste en que la importancia de este propósito está en que la actividad ha de ser realizada por parte del sector privado. Importa señalar que aun cuando la administración y las prestaciones de pensiones están en manos de agentes distintos del Estado, no por ese hecho este último deja de tener la condición de sujeto pasivo del derecho a la pensión y, en ese sentido, carece de obligaciones para con él.

El SPP no implica una afiliación forzosa, sino que es el trabajador quien voluntariamente solicita su afiliación, pero también se produce la afiliación, tal como lo prevé el artículo 6° de la Ley del SPP, como resultado de una manifestación tácita de voluntad, cuando el trabajador no comunica, en el plazo de diez días de iniciada la relación laboral, su opción por el SNP, caso en el cual el empleador deberá afiliarlo en la AFP en la que tenga más trabajadores. Tal como lo precisa el artículo 1° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, la afiliación será considerada como una relación

jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera fuere su condición, y la AFP. El monto de las pensiones se calcula según el saldo que arroje la cuenta individual de capitalización en el momento de pasar a la condición de pensionista.

En este marco, el Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44° de la Constitución y sentencia del Expediente N.° 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del acceso a la pensión, y lo hace de dos formas: por intermedio la ya explicada prestación directa (SNP), pero también a través de la supervisión de la actuación del SPP. A colación de esta segunda forma de actuación, consideramos que la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución. En efecto, con independencia de que la prestación de la pensión -por su *telos* o finalidad- no constituya una actividad empresarial, es claro que, de una interpretación sistemática de la Norma Fundamental, además se desprende que el margen de discrecionalidad legislativa no autoriza a que se pueda prever un régimen legal según el cual el Estado quede completamente desvinculado de su prestación directa, y ello es válido, incluso para el diseño constitucional que se deriva tras la reforma constitucional introducida mediante la Ley N.° 28389.

21. Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* -eficacia frente a terceros- de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. Por tal razón, se señaló en el fundamento 69 la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros que el artículo 11° de la Constitución reconoce sistemas diferenciados, pero es en el SPP cuando es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna), convirtiéndose éste en parte de los desafíos de las políticas gubernamentales. Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.

Los deberes del Estado y de las AFP como destinatarios del derecho a la pensión pueden reconducirse a un grupo determinado de acciones, básicamente relacionadas con conductas de respeto, de cumplimiento y de protección a favor de los pensionistas.

- *Respeto*: Supone una abstención de desarrollar cualquier actividad que ponga en riesgo derechos, lo cual acarrea la inversión en políticas que permitan a la población satisfacerlos por los medios que consideren adecuados. Esto significa el deber de respetar el derecho a la pensión, y con él, a todos los derechos que lo complementan y están relacionados.
- *Cumplimiento*: Evidencia medidas activas para que todas las personas tengan la oportunidad de disfrutar de sus derechos cuando no puedan hacerlo por sí mismas. Por lo tanto, se debe analizar en qué medida se buscan asimilar las condiciones del SNP al SPP.
- *Protección*: Implica un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para evitar que otros agentes violen derechos sociales, en un sentido de prevención. El deber de garantizar obliga a establecer estructuras,

procedimientos y todo medio a su alcance que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio del derecho a la pensión.

Conocidas las cualidades de ambos sistemas, se deduce la necesidad de que este Colegiado determine en la presente sentencia si existe o no la capacidad de retorno al SNP, toda vez que no puede aceptarse la afectación a un derecho fundamental, como es la pensión, y el incumplimiento de funciones de parte del Estado y de las AFP.

22. Asimismo, vale la pena insistir en un deber como el alegado por el recurrente respecto a la información, sobre todo relacionado con la actitud del promotor^[13]. Debe mencionarse que ésta también es una obligación del Estado y de las AFP.

La exigencia de información a favor de usuarios previsto en el artículo 65° de la misma (que será explicado con acuciosidad más adelante) viene a formar parte del derecho fundamental a la información, prevista en el artículo 2°, inciso 4). La información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho y del mercado, toda vez que sólo a partir de ella la población tendrá el conocimiento como para aprender a discernir y tomar las decisiones más adecuadas en su vida. Se configura así como la piedra angular de la democracia (lo mismo podría decirse respecto del mercado), según lo dispuesto por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-5, Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas.

En el caso pensionario, este derecho debe servir como la base del análisis del conocimiento que debieron tener los que se adscribieron a las AFP, a fin de no verse perjudicados en el ejercicio de su derecho fundamental a la pensión, regulado por el artículo 11° de la Constitución. La información debió expresarse tanto respecto a las características del SPP como respecto al bono de reconocimiento que se le otorgaba al afiliado, y todo parece indicar que los cosas no sucedieron tal como la Norma Fundamental lo exigía.

D. LA ADMISIÓN DEL RETORNO PARCIAL DEL SPP AL SNP

23. El traslado entre los sistemas de pensiones se refiere a la capacidad de la persona para pasarse del SNP al SPP, o del SPP al SNP. Sólo en el último caso fluye lo que se conoce como retorno, siempre y cuando la persona originariamente se hubiera encontrado en el SNP, y analizar su aceptación a partir del artículo 11° es lo que realizaremos a continuación.

El retorno, como fórmula de desafiliación, estuvo aceptada en el pasado a través del Decreto Ley N.º 25897 y la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP. Sin embargo, a juicio del TC, la posibilidad de retorno no puede ser analizada desde una perspectiva infraconstitucional, sino que más bien corresponde relacionarlos con la protección de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales.

§1. La aceptación y prohibición en los traslados

24. Es ilógico que el desarrollo legal del artículo 11° de la Constitución sólo permita el traslado entre los sistemas de prestación de pensión en determinados sentidos pero no en otros. A primera vista, no puede considerarse como razonable que la afiliación del SNP al SPP sea la única regla, y no al revés.

De ello se colige que una interpretación correcta de esta norma constitucional podría prever supuestos específicos de traslado permisibles, y supuestos específicos de traslado prohibidos. En la actualidad, sólo se posibilita un traslado restringido. Es así como aparece como imprescindible verificar el por qué de esta diferenciación, más aún

si normalmente se piensa que la opción adoptada por el legislador ordinario va en el sentido de negar el retorno al SNP.

25. Veamos un poco acerca de las posibilidades que sí han sido aceptadas dentro del ámbito legal: el traslado del SNP al SPP, y el traslado dentro del SPP.

- *Traslado del SNP al SPP*: En primer lugar, sí se ha admitido explícitamente que, en cualquier momento, se puedan transferir aportaciones del SNP al SPP. Entonces, en el régimen legal pensionario (artículo 5° de la Ley del SPP), se permite -y hasta se promueve- el traslado sin restricciones hacia el SPP desde el SNP. Como ya se señaló, en el artículo 6° de dicha ley (también, artículo 2° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP), se incorpora la presunción de que la persona nunca elige el SNP. Se da un plazo de diez días para que ‘expresamente y por escrito’ manifieste su deseo de seguir en el SNP; caso contrario, deberá elegir entre las AFP existentes.
- *Traslado dentro del SPP*: En segundo término, aparece el derecho a la libre elección entre las AFPs, según lo disponen los artículos 6° de la Ley del SPP (modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 28444) y 44° del Reglamento de dicha ley (modificado por Resolución Ministerial N.° 182-2003-EF). Según esta posibilidad, el afiliado está en la capacidad de cambiar de AFP en el momento que así lo decida. Para realizarlo, sólo basta presentar ante la AFP la solicitud correspondiente.

26. Frente a estos dos casos, se ha determinado la imposibilidad de traslado del SPP al SNP. Sólo cabría en el presente y excepcionalmente si media una nulidad de la afiliación.

Así, si uno y otro sistema de pensiones está sujeto a regímenes legales distintos, y a una naturaleza específica y característica, tanto más si se considera que los aportes son bastante disímiles entre ambos (casi el doble en el SNP), el TC sólo puede encontrar determinado tipo de justificación en el hecho de que mientras el fondo del SNP está constituido por los aportes de los trabajadores más los del Estado, en el caso del SPP, éste sólo está constituido por los aportes de los trabajadores, de modo que con abstracción de los efectos del principio de solidaridad la pensión que un individuo reciba será proporcional al monto que haya aportado a su fondo de pensiones.

Por ende, la interrogante que fluye únicamente puede ser la siguiente: ¿cabe realmente prohibir este tipo de traslado? Consideramos que la respuesta sólo puede ser negativa. Y la razón para llegar a tal declaración no puede ser sino la que se pasará a elucidar en las siguientes líneas, máxime si este Colegiado ya ha venido tomando una posición al respecto. En esta oportunidad únicamente corresponde insistir en la decisión adoptada. Así, la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC, y otros, en su fundamento 108 considera, con relación a la ley de reforma constitucional, que ésta “(...) si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones”.

27. Detrás del aliento al SPP, surge un deber especial de dispensar de las medidas necesarias que protejan no sólo el derecho a la pensión, sino también la libertad individual, pues tras el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto digna, ésta debe ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. Por ello, se reconoce que tiene capacidad plena para decidir sobre sus propios actos. Este Tribunal considera que no se es consecuente con la libertad cuando, so pretexto de ella, se presenta al individuo sólo las opciones entre las cuales deberá escoger, y no se le informa de las ventajas, y posible desventajas comparativas de uno y otro. Y

menos aún estamos de acuerdo con el deber de respetar el derecho a la pensión, cuando se omite hacer público las verdaderas diferencias entre los sistemas.

Es más, si pese a considerarse que entre los sistemas pensionarios existen notorias diferencias, y no obstante ello -o a pesar de ello- se posibilitó que una persona que pertenece al SNP pueda trasladarse al SPP, entonces, no hay razón constitucionalmente aceptable para que, también libremente, dicho individuo pueda retrotraerse de su decisión original y, en consecuencia, se le permita del derecho al retorno del SPP al SNP. Ahora bien, este contenido esencial del derecho a la pensión sólo será aceptado bajo ciertas condiciones, toda vez que sólo a partir de ellas, éste podrá ser ejercitado. Entendiendo de esta manera el artículo 11°, se estará aplicando la Norma Fundamental en situación de igualdad entre los que desean trasladarse de un sistema a otro, sin importar si la dirección es del SNP al SPP, o del SPP al SNP, con pleno respeto del artículo 2°, inciso 2) de la Constitución. El problema del eventual colapso del SNP como justificación constitucional de un régimen que no permita la reversibilidad, no puede aceptarse como único criterio constitucionalmente legítimo, cuando no es un dato probado y de por medio se encuentra el derecho al bienestar de un individuo en su futuro y el de su familia.

28. En este sentido, el TC está convencido de que se debe aceptar la capacidad de retorno del afiliado, en el sentido de permitir que el trabajador vuelva al SNP, toda vez que antes de pertenecer a la AFP, él ya debió haber estado en el SNP.

Pero hay dos supuestos adicionales en que se debe permitir el traslado. El primero está referido a aquellas personas que nunca fueron parte del SNP, y como parte de su primera elección optaron por el SPP. El segundo está relacionado con los que ya habiendo acumulado el tiempo necesario en el SPP, ahora se encuentran recibiendo pensión, pero en situación peyorativa respecto a si se hubiesen quedado en el SNP; en este caso, cabe señalar que la vía adecuada no es la constitucional, tal como se desprende de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-PA/TC.

Es de mencionar que ambos grupos también podrán trasladarse al SNP, siempre y cuando sus condiciones se asemejen a las previstas para el retorno, según los parámetros que se irán desarrollando a lo largo de la presente sentencia, pero adecuando los criterios que se precisen a la naturaleza propio de su petitorio.

§2. La aptitud de retorno

29. El demandante considera que debe permitirse la libre desafiliación en virtud del perjuicio económico que le causa seguir en el SPP, a diferencia de lo que ganaría en el SNP:

“(…) la pensión de jubilación en el Sistema Privado de Pensiones AFP Unión Vida no superaría los S/. 1,100.00 nuevos soles, y que sólo me abonarían por 10 años en caso de ser renta programada, y S/. 700.00 nuevos soles si fuera una renta vitalicia; de acceder a la jubilación para los mineros mediante la Ley 25009 ante la ONP, la pensión sería de S/. 3,2800.00 nuevos soles aproximadamente en forma vitalicia”^[14].

Frente a lo señalado por el demandante, AFP Unión Vida consideró pertinente oponerse a ello en virtud de lo siguiente:

“La suscripción de un contrato conlleva obligaciones para ambas partes (AFP-afiliado) y ninguna de ellas puede dejar sin efecto de manera unilateral sus obligaciones (...). En ese sentido, si una de las partes considera que existen causales para resolver el contrato debe cumplir con los plazos y requisitos que la ley establece y, en el presente caso, al actor se sometió libre y voluntariamente a la normatividad del Sistema Privado de Pensiones”^[15]

Por tales razones, es conveniente que este Colegiado explique por qué sí corresponde la existencia de retorno al SNP, por más que ella no pueda ser total.

30. Pero antes de ello, se debe revisar cómo ha sido tratado este problema en el ordenamiento infraconstitucional, lo cual llega a demostrar la aceptación del retorno, a través de dos experiencias: la inicial, sólo válida hasta 1996, fue la de reversibilidad de la afiliación; la posterior, que en algunos supuestos aún tiene vigencia, fue la de nulidad de la afiliación.

a) Reversibilidad de afiliación

La primera posibilidad de retorno se encuentra en la reversibilidad de la afiliación a una AFP, prevista en el artículo 5° del Decreto Ley N.° 25897, Ley que crea el SPP, de 1992. Con precisión, esta norma señala lo siguiente:

“(…) su traslado al SPP es reversible dentro de los dos años siguientes de la vigencia de la presente ley, siempre que sean mayores de 55 años si son hombres y de 50 años si son mujeres, o que la razón determinante de su afiliación al SPP haya sido la creencia equivocada de que tenía derecho al bono de reconocimiento en el momento de la promulgación de la presente ley (…)”.

Este plazo luego fue ampliado. Con posterioridad, en 1994, gracias a la Ley N.° 26323, el plazo para ejercerlo se aumentó en dos años, por lo que éste rigió hasta el año de 1996.

b) Nulidad de afiliación

Concluido el plazo para la reversibilidad, y tomando en cuenta que el traspaso no podía tener el carácter de permanente, se dictó la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP. En el artículo 51°, se precisa claramente, como parte de su naturaleza administrativa, que “Los contratos de afiliación suscritos con una Administradora Privada de Fondos de Pensiones serán declarados nulos por las siguientes causales: a) Haber sido suscrito por un trabajador que al momento de hacerlo era incapaz, según lo prescrito por los artículos 43 y 44 del Código Civil; b) No usar el formato a que se refiere el artículo 5 del presente Título o incluir en él información que no corresponda a la establecida en el anexo N° I; c) Haberse comprobado, según el procedimiento establecido, que la firma del trabajador es falsificada; d) Comprobarse la inexistencia del afiliado; e) Comprobarse que el afiliado se encuentra percibiendo una pensión de carácter vitalicia en el SNP; f) Comprobarse, a criterio de la Superintendencia, que el afiliado no contó con información suficiente respecto de los requisitos para tener derecho al Bono de Reconocimiento, o respecto de cualquier beneficio o característica propia del SPP cuyo desconocimiento haya influido sustancialmente en su decisión de afiliarse y siempre que se acredite la existencia real o potencial de daño o perjuicio para el afiliado; g) Comprobarse que el afiliado haya ingresado al SPP teniendo el derecho adquirido para acceder a una pensión de carácter vitalicio en el SNP, siempre que el desconocimiento de este hecho o de las normas que regulan las prestaciones propias del SPP haya influido sustancialmente en su decisión de afiliarse y siempre que se acredite la existencia real o potencial de daño o perjuicio para el afiliado, a criterio de la Superintendencia (...); y, h) Comprobarse que el afiliado haya sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, como consecuencia de un siniestro producido por enfermedad o dolencia preexistente a la incorporación del afiliado al SPP (...)”.

Esta norma fue sustituida posteriormente por la Resolución N.° 185-99-EF-SAFP, la misma que separó los supuestos de nulidad de los de anulabilidad. Entre los primeros se encontraba la falsificación de firma, la afiliación por responsabilidad del empleador

y la inexistencia del afiliado. Entre los segundos, el recibir pensión vitalicia del SNP, el cumplir con los requisitos del SNP y con la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Varias precisiones al respecto. En primer lugar, se realiza una diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad; en segundo lugar, se deja de lado algunos de los supuestos previstos en la norma original; y, en tercer lugar, se han ido previendo plazos efectivos de vigencia de los supuestos que se mantuvieron en la modificatoria. De esta forma, los incisos d) y e) fueron dejados sin efecto por la Resolución SBS N.º 749-2000. Con relación al inciso a), la Resolución SBS N.º 795-2002, establece que el plazo para solicitar la nulidad es de diez años. Más adelante, se estableció que los plazos establecidos se basarán en las normas civiles (artículo 2001º del Código Civil -CC-): para los incisos a) y c), es válido el numeral 1; para los incisos d), e) y f), es válido el numeral 4; el inciso b) venció a finales de 1999. Además, existe la Resolución SBS N.º 264-2004, referido a la ampliación de alcances del Reglamento Operativo de Nulidad de Afiliación al SPP.

31. De lo observado, se concluye que sí se ha encontrado -y se encuentra- admitido el derecho al retorno, esto es, la autorización para pasarse del SPP al SNP, pero únicamente de aquellas personas con ciertas condiciones especiales que ameritaron protección superlativa, aunque no se puede negar que se ha realizado en la Administración una interpretación restrictiva de las situaciones habilitantes. Sin embargo, consideramos necesario reconducir los supuestos reconocidos infraconstitucionalmente hacia un estándar constitucional.

Una interpretación correcta del artículo 11º de la Constitución permite el retorno hacia el SNP de quienes se afiliaron a las AFP. De acuerdo al derecho al libre acceso a una prestación de pensiones, su ámbito protegido no sólo garantiza la libertad para acceder a él, después de cumplidas las cláusulas que la ley prevea, sino también la posibilidad de reconsiderar su elección y, en un acto consciente, decidir lo que, como ser racional considera más conveniente para sus intereses, más aún si existe un derecho a libre contratación según lo previsto en el artículo 2º, inciso 14) de la Norma Fundamental. De esta forma, el retorno también debe estar sujeto a condiciones y requisitos.

32. Para establecer cláusulas de acceso al derecho a la pensión, la Constitución le concede al legislador un adecuado margen de discrecionalidad, es decir, libertad para fijar condiciones y requisitos dentro de los límites que ella misma prevé y, entre los cuales, se encuentran, entre otros, la igualdad ante la ley y de trato.

Por tal razón, es conveniente determinar hasta dónde se permite el retorno, pues queda claro que ella debe integrarse con el mandato de libre afiliación al SPP y, por tanto, no puede ser completamente independiente, al no fluir del contenido textual del dispositivo. Pero, ¿es razonable que se pueda revertir la adscripción a un sistema pensionario, y pasar a pertenecer a otro? Para responder a tal interrogante, es necesario remitirnos a los tres criterios que han sido reconocidos por el TC, como parte del criterio de razonabilidad:

- *Idoneidad*: Respecto a este *test*, se sostiene que la finalidad de la restricción al retorno es impedir que el SNP colapse y, de esa manera, se ponga en riesgo de no acceder a la prestación de pensiones de todas aquellas personas que se encuentran en cualesquiera de los regímenes legales del SNP. Sin embargo, no sólo la restricción debe alcanzar una finalidad constitucionalmente lícita, sino además el medio que el legislador empleare para alcanzarlo. El Estado siempre tiene el deber de implementar políticas concretas a fin de asegurar el pago de pensiones, y mientras la medida sea adecuada para el logro del objetivo propuesto, también se muestra efectiva para hacer frente a los problemas típicos de los SNP,

posibilitando como regla general, un incremento del monto de las pensiones, y un aumento en el número de personas que potencialmente podría tener derecho a una pensión.

- *Necesidad*: El Estado y también las AFP no pueden abdicar a la función de servir con la plena efectividad del derecho a la pensión. El peligro en el que se encuentra la viabilidad de los regímenes legales del SNP no puede terminar con desatender de sus obligaciones para con este derecho fundamental. En ese sentido, es legítimo que se haya establecido condiciones más beneficiosas para promover el SPP en vez del SNP, pero la decisión de afiliación corresponde a la persona misma, siempre y cuando haya sido proveído de la información exacta, suficiente, de calidad y oportuna para decidir. Es más, incluso cuando el ciudadano ha sido previamente informado de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, y opta por uno de ellos, no se le puede privar de la posibilidad de reconsiderar su elección libre y, en ese sentido, decidir si se traslada de un sistema a otro.
- *Proporcionalidad* estrictu sensu: Sin abdicar de la función de ofrecer un sistema de prestación de pensiones, el Estado puede promover al SPP. Sin embargo, el TC considera que, en un Estado social y democrático de derecho, sólo es legítimo que se intervenga en el ámbito de la libertad de las personas en la medida estrictamente necesaria e indispensable para hacer efectivos los demás derechos fundamentales y los valores propios de un sistema democrático. De ahí que juzguemos que, al haberse optado por una medida legislativa que no era proporcional para alcanzar la finalidad perseguida, no pueda la persona con posterioridad y de la misma manera -esto es, a través de un acto de voluntad cuidadoso e informado- elegir, cuando sus intereses así lo ameriten, por un sistema de pensiones distinto.

Habiendo determinado que el ejercicio del retorno al SNP debe ser ejercido por los afiliados, es necesario relacionarlo con el contenido constitucionalmente del derecho fundamental a la pensión, sin tomar en cuenta plazo alguno, pues la Constitución no los ha reconocido y porque la pensión asume el carácter pensionario e irrenunciable.

§3. La inviabilidad del retorno absoluto

33. Son las condiciones de uno y otro régimen pensionario, es decir, las distintas características que cada uno tiene lo que justificaría, como ya se explicó, no tanto la imposibilidad de retorno absoluto, sino más bien la aceptación de un retorno parcial, sobre la base de un criterio de razonabilidad desde el punto de vista constitucional.

Aparte de la libertad y autonomía personal, es la solidaridad la que fundamenta la existencia de un derecho al retorno parcial al SNP. Ésta es un principio, que según este mismo Colegiado lo ha expresado en el fundamento 16 de la sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC, implica una orientación normativa dirigida a que los seres humanos se presten ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

34. En tal marco, corresponde a continuación ver qué motivos impiden que se acepten un retorno sin condiciones. Claro está que argumentos de este tipo no pueden justificar la negativa del retorno, sino más bien permitirlo pero sólo para ciertos supuestos.

a) La naturaleza de los sistemas

En primer término, se encuentra la distinta naturaleza que tiene cada sistema pensionario. Uno es de capitalización, y el otro de solidaridad, por lo que es también fácil darse cuenta que el cálculo de la pensión de cada uno de los asegurados deba ser distinto.

De esta forma, dentro del SPP, se prevé el pago de la pensión sobre la base de la 'Cuenta Individual de Capitalización del afiliado', la misma que, según el artículo 43° de la Ley del SPP, se calcula sobre la base del saldo que arroje al momento que le corresponde la prestación pensionaria. Sin embargo, en el SNP el pago se realiza según consideraciones de otro tipo: lo aportado pasa a formar parte de una bolsa en el que los fondos, sobre una base de equidad, buscan repartidos entre todos, bajo consideraciones del número de años de aportaciones, edad que tiene la persona o el tipo de actividades realizadas.

b) La diferencia en los aportes del SNP y del SPP

Es pertinente reconocer la diferencia en los aportes que una persona realiza en el SNP y en el SPP. Éste se considera es un gran problema para el traslado entre los dos sistemas.

En el artículo 30° de la Ley del SPP se prevé que, aparte del desembolso por la pensión propiamente dicha, se ha de pagar un porcentaje de la remuneración asegurable para las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y otro para financiar la prestación de gastos de sepelio, así como el monto que cobren las AFP. Respecto a la suma que el trabajador debe pagar por concepto de pensión en éstas, según el artículo único de la Ley N.° 28445, ésta ha venido siendo de 8% de la remuneración asegurable.

Frente a ello, en el SNP, por poner un ejemplo, en el Decreto Ley N.° 20530, según lo desarrollara el artículo 7°, las remuneraciones pensionables estaban afectas a un descuento diferenciado según ingresos (hasta S/.10,000, el 8%; por el exceso de S/. 10,000 hasta S/. 20,000, el 12%; y, por el exceso de S/. 20,000, el 15%). Es más, según el artículo 1° de la Ley N.° 28047, actualmente declarado inconstitucional (Expediente N.° 0030-2004-AI/TC), se pretendió variar este parámetro, y uniformizar el pago en 13%, monto que debió modificarse en el 2006 (20%) y posteriormente en el 2009 (27%).

En virtud de ello es quizás mucho más sencillo el traslado del SNP al SPP, pues en este caso, el trabajador no tiene que aportar nada más a lo ya contribuido, sino, por el contrario, habrá realizado aportaciones superlativas, aunque ahí entra en juego el bono de reconocimiento, si es que es posible su aceptación. El problema surge, claro está, cuando se somete a discusión el caso contrario, como es el que se encuentra en discusión en la presente sentencia.

c) La crisis del SNP

Como tercer punto, queda por analizar el hecho de los problemas de administración que típicamente han afectado a los sistemas públicos de pensiones en todo el mundo, y que en el caso del Perú tiene una particular agudización.

Sobre el particular, tomando como base la información censal de 1993^[16] (pertinente en el momento en que se dio la reforma del sistema pensionario), se han reconocido diversas dificultades, las cuales han hecho que se convierta en insostenible el SNP, y por ende, un abierto retorno a él. Las tasas brutas de natalidad y mortalidad han descendido sustancialmente (de 21,6 a 6,9 por mil en cincuenta años), lo cual ha acarreado una fuerte expansión demográfica: en cincuenta años la población se ha triplicado y además, se ha concentrado en poblados urbanos así como en la región costera. De otro lado, se ha producido un cambio en la estructura de las edades: al prolongarse la esperanza de vida por la mejora en ciertas condiciones de vida básicas y al haberse iniciado el descenso de la natalidad, aumenta la proporción de personas en edades mayores, y la proporción de activos por inactivo se va reduciendo. Al respecto,

a 1995, la proporción de personas de sesenticinco años y más representaba el 4% de la población y se estima que para el 2025 será de 9%. Asimismo, si la población menor de quince años representaba el 34% (dependiente), a 1995, la población en edad activa que solventaba a los dos grupos anteriores era del 62%. Sin embargo, se estima que en treinta años la población activa se verá reducida al 60% por lo que se concluyó una mayor carga para la población aportante en el futuro.

Si añadimos a ello, problemas de administración y gestión, y de uso discutible de fondos o de patrimonio, es bastante claro que el SNP no es totalmente viable y sólo puede subsistir con apoyo estatal de monto y naturaleza que quedan por justificar, tal como ha venido sucediendo.

d) La relación contractual existente en el SPP

Si bien se señaló en el fundamento 140 de la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado (las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo), ello no obsta para desconocer en el caso del SPP que existe un contrato al cual respetar. En tal sentido, así como todos los derechos fundamentales, el retorno al SNP también posee límites, y uno de los cuales es la libre contratación prevista en el artículo 2º, inciso 14) de la Constitución.

Entonces, ¿puede válidamente ser restringida la autonomía de la voluntad en los contratos de afiliación, obligando a mantener un contrato de la filiación, incluso ante el eventual incumplimiento de las prestaciones o expectativas puestas en un determinado fondo privado? La emplazada ha sugerido una respuesta afirmativa a esta interrogante, al sostener que antes que una afectación al derecho de libre acceso garantizado por el artículo 11º de la Constitución, la hipótesis del retorno al SNP, significaría en realidad dejar en suspenso cláusulas de compromiso contractual que han sido asumidas libremente^[17]. Al respecto, la Ley del SPP, en el artículo 39º, expone que la relación entre la AFP y sus afiliados se rige por lo estipulado en los respectivos contratos de afiliación, los mismos que son de adhesión.

Pese a ello, el TC considera que el hecho que la Constitución haya abierto la posibilidad de que en la prestación del derecho a la pensión, así como en la gestión de fondos de pensiones, intervengan agentes privados, ello no significa que las relaciones que se dan entre una administradora de fondos de pensiones y un afiliado o pensionista, eventualmente, sean relaciones donde rijan de manera absoluta las reglas de la libre contratación. Esta limitación ha sido reconocida en la sentencia del Expediente N.º 858-2003-AA/TC.

La especial naturaleza de estos contratos (de adhesión) nos hace vislumbrar, que a pesar de presentarse un acto de liberalidad (autonomía de la voluntad) al momento de acceder a contratar con una AFP (libertad para contratar) existe una ausencia de voluntad al no presentarse etapa de negociación en este tipo de contratos (de la denominada libertad contractual). La vinculación entre el orden público y la participación de la empresa privada en la atención y administración de un derecho fundamental como es la pensión, genera una serie de consecuencias que, no pueden ni deben ser analizadas sólo desde la óptica de la contratación privada y al margen de la Constitución. En tal extremo, no se trata por tanto de polarizar una opción *iuspublicista* en detrimento de una lectura *iusprivatista* de la Norma Fundamental, sino de buscar los valores sobre los que es posible armonizar los intereses en juego, puesto que tan fundamental es la autonomía privada como también

lo son los demás principios y valores constitucionales, dentro de los que por cierto el derecho al libre acceso a la pensión tiene un componente social indiscutible.

La invocación a la libertad contractual supone, para el caso de autos, un mecanismo que favorece un fin específico, esto es la consolidación del SPP. Sin embargo, la Constitución no ha establecido ninguna disposición que reconozca tal preferencia, pese a que en la situación reinante en la década pasada pudo aceptarse la promoción de las afiliaciones. La neutralidad en la actividad económica del Estado en este tema resulta indispensable, puesto que toda vez que existen entes públicos y privados compitiendo en el mercado, cualquier medida legislativa que intervenga para favorecer determinado sistema, puede eventualmente ser considerada contraria a tal neutralidad. Por su parte el libre acceso a las prestaciones de pensiones supondría la posibilidad de que el recurrente consiga mayores beneficios tangibles en el disfrute de su derecho a la pensión. En consecuencia, el optimizar el libre acceso a la pensión permite mayores ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada principio en el caso sometido a análisis.

e) El equilibrio presupuestario

En último término, este Colegiado debe ser coherente con las resoluciones que ha estado emitiendo sobre la materia. En tal sentido, debe tenerse en cuenta cuáles son las posibilidades presupuestarias para que el ejercicio del derecho fundamental a la pensión sea efectivo y exista un total respeto de la dignidad humana.

En tal sentido, cabe recordar que el tema del ahorro público fue desarrollado directamente por la reforma constitucional (Primera y Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución y fundamento 50 de la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros), entendiéndose que los nuevos regímenes pensionarios a establecerse deberán regirse por un criterio de sostenibilidad financiera, también señalado en el artículo 78º de la Constitución. Entonces, ¿es posible emitir una resolución que pueda generar una crisis financiera en el país o en un sector de la economía? La respuesta no puede ser otra más que negativa. Claro está que éste sólo es un elemento a tomar en cuenta, pero no decisivo. No es conveniente en clave económica, un retorno absoluto del SPP al SNP, pues de otro modo, se podría afectar gravemente las arcas del Estado, y así terminar perjudicando a los pensionistas beneficiarios de él. Lo que queda asumir es un retorno relativo.

Como se deja sentado, las dificultades que acarrearía la libre desafiliación (retorno total) para el tesoro público son muy elevadas en términos financieros. Además, no estaría conforme con la modificación constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530. Ahora bien ello tampoco justificaría un desconocimiento total de los derechos de las personas para que en determinados supuestos pueda ser factible el retorno del SPP al SNP.

Es más, según la SBS, una eventual desafiliación excepcional, pero sólo en dos casos: las personas que se hubiesen afiliado cuando ya habían cumplido los requisitos para recibir pensión en el SNP, y aquellas cuyo caso sea contrario a los principios rectores de la seguridad social^[18].

E. LOS TRES SUPUESTOS DE RETORNO PARCIAL

35. A partir de los condicionamientos jurídicos, fácticos y económicos detallados, estimamos que con el reconocimiento del retorno parcial se está cumpliendo con el fin constitucional del libre acceso pensionario. De este modo, la medida se presenta como justa a efectos de incentivar decisiones responsables de los trabajadores y posibilitar

un ahorro de recursos en la sociedad. Colegimos que la prohibición de retorno de modo irrestricto y en cualquier momento sin mayor expresión de causa del SNP al SPP, no constituye algo razonable y en esa medida, no se encuentra conforme con lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, pero sí se justifica un retorno condicionado y con requisitos, de conformidad con el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución.

La idea básica del TC es proteger el contenido esencial protegido del derecho fundamental a la pensión. Justamente, de ello fluye que en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, se haya precisado con claridad qué merece ser declarado fundado a través de un pedido de protección constitucional. Así, precisa en el fundamento 37.a), que pertenece al contenido esencial de dicho derecho o está directamente relacionada a él, lo siguiente: las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al SNP.

Son tres los supuestos en que este Colegiado considera pertinente el retorno del SPP al SNP, tal como se pasa a explicar. En primer lugar, se puede regresar si la persona cumplía con los requisitos exigidos para acceder a una pensión. En segundo lugar, si no existió información para que se realizara la afiliación. En tercer lugar, si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud. Sólo en estos tres casos, será fundada la demanda planteada por amparo, pues sólo ellos constituyen el respeto por el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.

§1. El caso de la titularidad no ejercida del derecho a la pensión

36. Este supuesto de retorno parcial fue previsto en el numeral g) de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, que contaba con un plazo de vigencia de un año, lapso ampliado hasta el 2000 (Resolución N.º 053-99-EF-SAFP) y por dos años, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 4) del artículo 2001° del CC (Resolución N.º 185-99-EF-SAFP). Posteriormente, se suspendió la efectividad de este supuesto (Resolución SBS N.º 749-2000), pero otra vez fue retomado, al existir un procedimiento de verificación previa del derecho a cargo de la ONP (Resolución SBS N.º 795-2002). Estas idas y venidas en el tratamiento de la nulidad en sede administrativa, deben ser reconducidas a cánones claramente derivables de la Norma Fundamental, básicamente asumiendo el supuesto de asunción de la titularidad del derecho fundamental a la pensión.

Parece viable que si un trabajador ya cumplía con los requisitos para acceder a la pensión (ya tenía la titularidad del derecho), pero no lo había reclamado, y aún así se pasó a la SPP, debe tener expedito el camino para regresar al SNP. Sólo de esta forma la persona tendrá a su disposición un derecho que ya estaba en la esfera de su autonomía. Algo similar fue aceptado por el constituyente derivado en el caso del traslado entre los pensionistas de los regímenes del Decreto Ley N.º 20530 y 19990 a través de la modificada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Según el fundamento 81 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, el derecho fundamental a la pensión corresponde esencialmente a quien ha aportado al sistema previsional, y el reconocimiento del ejercicio de su derecho sólo puede entenderse a la luz de la proscripción de los derechos adquiridos del artículo 103° de la Constitución. Es decir, la persona asume la titularidad ni bien termina de aportar al sistema al cual se adscribió el monto que está obligado a sufragar, y cuando adquiera la edad mínima para ello. Entonces, será titular del derecho fundamental a la pensión ni bien cumple todos los requisitos exigidos

(condiciones materiales y temporales) para ejercerlo plenamente, así sea de un régimen especial o de pensión adelantada. Por ende, puede permitirse la desafiliación a un pensionista que ha cumplido con los requisitos para obtener una pensión.

37. Sin perjuicio de lo anterior, el TC tiene una imposibilidad material para declarar acertadamente la nulidad de dichas afiliaciones, a saber, la dificultad de conocer, a ciencia cierta, si efectivamente el demandante había adquirido el derecho a percibir pensión de jubilación al momento de su afiliación en el SPP. En tal sentido, es necesario que la Administración cumpla con su función ordenadora de las aportaciones de las personas pertenecientes al SNP.

Sólo existiendo un registro ordenado y delimitado de los aportes, se podrá exigir constitucionalmente el reconocimiento de la reversibilidad de la afiliación en una AFP. Si el recurrente acude a este Tribunal con la apariencia de su derecho, su demanda será declarada fundada, pero sólo se le permitirá el retorno al SNP, si previamente cumple con el procedimiento administrativo correspondiente.

§2. El caso de la falta de información

38. A su entender, el demandante suscribió contrato de afiliación con la AFP Unión Vida porque el promotor le mintió acerca del futuro del SNP, por lo que considera que se le brindó información falsa^[19], configurando así un caso de omisión de datos por parte de los demandados hacia los usuarios. Por su parte, la AFP Unión Vida sostuvo que el demandante se había sometido libre y voluntariamente a la normatividad del SPP, sin afectar derecho alguno^[20].

Considera el Tribunal que corresponde al Estado brindar al individuo, información veraz, actual y completa de las ventajas y desventajas de permanecer en un sistema o en otro. Si tras la elección, la posibilidad de retorno ha de estar sujeta a determinadas cargas -y, de pronto, incluso, de sanciones-, es preciso que se remueva la situación de desinformación que pudiera existir. Respecto de los índices de transparencia de la información en materia previsional, no tenemos datos disponibles, sin embargo, las repetidas modificaciones en el sistema y la incidencia de solicitudes de nulidad de afiliación, apunta a indicar niveles deficientes en el mercado. Entonces, parece lógico que una inadecuada información para que una persona se afilie sea un motivo para el retorno al SNP.

Cabe recordar que la falta de información ha sido presentada como forma de retorno al SNP, tanto como forma de nulidad de afiliación como supuesto de reversibilidad de traslado al SPP. Ante la inexistencia de una información veraz y suficiente, se previó la reversibilidad bajo la expresión de ‘creencia equivocada’ desarrollado en el Decreto Ley N.º 25897. De otro lado, en el caso específico de la nulidad, según el artículo 51º, inciso f) de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, se puede declarar nula una afiliación si se brinda información equivocada. Al respecto, no es posible olvidar que según el artículo 2º, inciso 14) de la Constitución, sólo se puede contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las normas de orden público. Originariamente la norma requería de responsabilidad del promotor, exigencia que desaparece con la Resolución N.º 344-98-EF/SAFP, que deriva a una comprobación subjetiva: ‘a criterio de la Superintendencia’. Tras la modificación prevista por la Resolución N.º 185-99-EF-SAFP, ya no se prevé la posibilidad de nulidad por falta de información.

39. Este Tribunal no puede menos que admitir la validez constitucional del retorno establecido. Y no de otra forma en efecto podía ser, pues, al final de cuentas, detrás de esa regla establecida por el legislador se esconde una perversa solución. Efectivamente, la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la

sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N.º 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión.

Así las cosas, el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP. Si a las personas que se trasladaron de un sistema a otro no se les informó claramente sobre la validez de su bono de reconocimiento, entonces, les corresponde que su retorno al SNP sea permitido, toda vez que lo contrario significaría un atropello a un elemento esencial del derecho fundamental a la pensión, pues, según el fundamento 37.a) de la sentencia expedida por este Colegiado en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, ello es parte de su contenido constitucional y directamente protegido. Pero la pregunta que subyace a todo este cuestionamiento es esencial: ¿por qué se ha terminado afectando el derecho fundamental a la información con las afiliaciones masivas? ¿qué protege exactamente este derecho?

40. Sobre la base del derecho a la libertad de información reconocido en el artículo 2º, inciso 4), también se ha señalado en la Constitución, que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, lo cual motiva que se garantice el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículo 65º).

Esta norma expresamente señala una responsabilidad pública para que los pensionistas, ya sea en un sistema como el público, y más aún en el privado, puedan tener conocimiento de qué derechos, obligaciones, cargas o facultades les corresponde. Por presentarse un vicio de la voluntad, se genera una lesión en sus intereses. De esta manera, se reconoce una obligación de asumir la defensa de los intereses de usuarios - aquí el pensionista se convierte en un usuario de la prestación de pensión-, garantizando esencialmente sus derechos. El deber de garantizar tales derechos se sustenta en la situación de desigualdad real en la que se encuentran los usuarios respecto de los proveedores, y se manifiesta principalmente en la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen.

En la realidad, la actuación del Estado, a través de la SBS, y en su momento de la ONP, ha dejado mucho que desear, y se puede reparar en dos hechos. En primer lugar, al detentar la información, debió comunicar correcta y abiertamente a la población sobre qué significaba la adscripción a una AFP. En segundo lugar, debió informar cuándo y en qué plazo podía solicitarse la reversabilidad prevista en la Ley N.º 25897 o la nulidad prevista en la Resolución N.º 080-98-EEF-SAFP para que, administrativamente, se pueda haber solicitado la cancelación de tal adscripción, y por ende, el retorno al SNP. El mencionado artículo 65º contiene un deber genérico de protección de los intereses del consumidor y usuario, deber que alcanza, además, a todas las entidades u órganos estatales, como de hecho es la ONP y la SBS, además de un particular, pero también destinatario de un derecho fundamental, como las AFP.

Justamente a partir de este segundo hecho, se debió exigir un alto grado de publicidad de la diversidad de normas referidas a los sistemas pensionarios existentes, más aún si sólo a través de ellas, la persona podía tomar conocimiento de los derechos y facultades que se le reconocían. Si bien la Constitución señala en el artículo 109º, que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, debe tomarse en consideración que lo que el constituyente presupone es el conocimiento pleno de la normatividad a través de la publicación en El Peruano. No obstante ello, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 39 de la Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, considera que existen dos condiciones para establecer si la norma es exigible al ciudadano o no: la accesibilidad y la previsibilidad, y es la primera la que no fue cumplida a cabalidad en el ámbito pensionario. Es alta la dificultad de los trabajadores para conocer qué significan tanto las normas referidas al SPP, como la diversidad de directivas, resoluciones y decretos emitidos sobre la materia, lo cual conlleva una imposibilidad para decidir plenamente y apoyada por elementos fácticos. No puede existir seguridad jurídica si un acto se produce con desconocimiento de la ley por desinformación de terceros responsables (AFP).

Asimismo, las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales, como la SBS (sobre este punto, artículo 87 de la Constitución modificado por la Ley N.º 28484 y fundamento 69 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros), pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios del derecho a la pensión. Y es que, como este Tribunal lo ha recordado, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, el acceso a una información veraz no sólo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre. En este contexto, es necesario recordar que según una reciente encuesta, la información que recibe la población de las entidades públicas es mínima e insuficiente. Por ello, demuestra que su preocupación se centra básicamente en conocer acerca de trámites y requisitos (46,2%) y las actividades que realiza (18,7%)^[21], representando ello una insatisfacción ciudadana respecto a lo que puede llegar a entender respecto al funcionamiento de la Administración. Estas cifras lógicamente se condicen con lo que las instituciones encargadas de informar sobre las prestaciones de pensiones ofrecen a los interesados.

41. Todo lo señalado nos lleva a la conclusión en que se ha afectado el derecho de los afiliados, en tanto usuarios. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido, en la sentencia del Expediente N.º 858-2003-AA/TC, que el artículo 65º de la Constitución consagra, al mismo tiempo, un derecho subjetivo y un régimen objetivo o principio rector de la actuación del Estado respecto de toda actividad económica. Fluye así el derecho de los usuarios de defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así, el derecho de exigir al Estado una actuación destinada a la protección de los mismos. En el literal b) del artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N.º 716, también se establece el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los mismos.

En consecuencia, toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Al proteger el Estado el interés de los usuarios como consecuencia de sus relaciones asimétricas con los proveedores (sentencia recaída en el Expediente N.º 018-2003-AI/TC), debe promover la información y la educación respecto de aquéllos, y, llevar a cabo una serie de conductas y actos que garanticen o amparen un *status* para los ciudadanos que corresponda con el de un Estado social y democrático de derecho. Es consecuente con este hecho la necesidad de quienes afilian (AFP) sean lo suficientemente responsables como para informar tanto los pros y contras de su servicio en materia pensionaria. Al respecto, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ha establecido como precedente de observancia

obligatoria para su institución, como parte de la Resolución N.º 0422-2004/TDC-INDECOPI, que la protección a los usuarios es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre ellos y los proveedores.

42. En ese sentido, las reglas que normen las relaciones entre entidades prestadoras de pensiones y afiliados deben ser lo más flexibles y más favorables posibles a estos últimos y deben establecer principios que garanticen la protección de sus intereses. El ingreso de los trabajadores al SPP no puede quedar exento del análisis de estos principios.

Sobre el particular, el TC ha reconocido, como parte de la sentencia del Expediente N.º 3315-2004-AA/TC, los siguientes principios en materia de protección al consumidor -pero perfectamente aplicables al caso del usuario-: pro consumidor (acción tuitiva del Estado), proscripción del abuso del derecho (evitar prácticas y modalidades contractuales perversas), isonomía real (trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales), *restitutio in integrum* (resarcimiento por los daños causados), transparencia (plena accesibilidad de información), veracidad (autoridad y realidad absoluta de la información transmitida), *in dubio pro consumidor* (interpretación de las normas en términos favorables al usuario) y pro asociativo (facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios).

Justamente la forma en que se llevó a cabo la afiliación masiva que hubo en los noventa no respetó estos principios. El mercado, por lo general, falla en su intento de producir información adecuada a los usuarios y, por ello, el principio de veracidad no tolera incluso la inducción a error, y sin embargo parece ser que sí constituye un influjo inadecuado para la realización de afiliaciones.

En el ámbito concreto de las AFP, en el artículo 5º de la Resolución N.º 319-98-EF/SAFP, se prevé la difusión y divulgación de información al afiliado deben cumplir primordialmente una función informativa, la cual permita al público conocer el SPP y optar libre y racionalmente entre las AFP que lo ofrecen, pero agrega que la función persuasiva de la publicidad destinada a captar afiliados o a preservarlos, es lícita siempre y cuando se cumpla a cabalidad con tal función. En este punto, resulta pertinente citar las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 691, Normas de la publicidad en defensa del consumidor, en lo que respecta a las reglas de la publicidad en una relación de consumo, ya sea de un servicio, como es el caso de la prestación pensionaria. Así, el artículo 2º dispone, entre otras cosas, que todo anuncio (en este caso, sobre las bondades de las AFP) deben ser analizados sabiendo que el usuario queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, que no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducirlo a error. Asimismo, en el Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal, Documento de Propuesta Normativa del Indecopi, de agosto del 2005, se considera como información básica comercial necesaria para un público consumidor todo aquello expresado en 'términos neutros o meramente descriptivos' (artículo 16º, inciso e) y respecto a la interpretación de la publicidad que las campañas publicitarias deben ser evaluadas integralmente (artículo 17º).

La inducción al error puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones planteadas sean verdaderas dependiendo de la forma en que dichas afirmaciones son presentadas (por ejemplo, señalar alarmantemente que el SNP va a desaparecer) y qué imágenes las acompañan. Por lo tanto, afecta el derecho a la información de los usuarios, y, en consecuencia, los proveedores deben actuar de buena fe y no aprovecharse de la ignorancia del usuario para mentir u ocultar información que pueda inducirlo a error y encaminarlo a que tome una decisión de consumo inadecuada. Sobre el particular, y

aún cuando se acepte la relatividad de los precedentes emitidos por el Indecopi, pues ellos aún están sujetos a control jurisdiccional, conviene recordar que dentro de la Resolución N.º 0901-2004/TDC-INDECOPI, se han precisado algunas reglas sobre la forma en que se debe presentar una información adecuada para los usuarios. Por tal motivo, el proveedor debe informar al usuario sobre la idoneidad y cualidades del producto o servicio, y, de haberlas, de las restricciones o limitaciones del mismo. Esto ha sido muy complicado de vislumbrar en el caso de la promoción de la afiliación por parte del Estado.

Así, pese a que se ha establecido el deber de los proveedores de garantizar la identidad entre el bien o servicio ofrecido al usuario con aquel bien o servicio efectivamente entregado o brindado, es muy complicado que ello se haya respetado en el caso de la prestación pensionaria. Por lo tanto, información e idoneidad del servicio se encuentran relacionadas, pues, la idoneidad es la coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que recibe; y, a su vez, lo que el usuario espera depende de la información que recibe.

43. Este Colegiado considera que en caso de alegarse la vulneración a la norma prevista en el artículo 65º de la Constitución, a través de la inducción al error, sí podrá permitirse el retorno del SPP al SNP, por lo que la demanda será declarada fundada. Es más, dentro del procedimiento de desafiliación al cual se someta la persona, deberá aplicarse la prueba dinámica, tal como se observará *infra*, pues en una relación de mercado asimétrica, son el Estado y las AFP los que estarán en mejores condiciones para determinar si informaron bien o no a los que se afiliaron.

Consideramos pertinente requerir el mejoramiento del nivel informativo de quienes acceden y están en el SPP, y para tal fin, pueden utilizarse los criterios vertidos para el caso bancario y financiero. La Ley N.º 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Bancarios y Financieros, ha procedido a regular los deberes de estas empresas sujetas a la regulación específica de la SBS en la prestación de sus servicios. En el artículo 2º las referidas empresas están obligadas a brindar a los usuarios toda la información que éstos demanden de manera previa a la celebración de cualquier contrato propio de los servicios que brindan, y, que dicha obligación se satisface con la puesta a disposición de los usuarios de los formularios contractuales en sus locales, así como en la página web que tengan habilitada al efecto, debiendo designar personal especializado para brindar asesoría a sus clientes sobre los alcances de los mismos.

Es más, para las nuevas afiliaciones no sólo bastaría que exista una mejor información sobre el SPP, sino que además se necesita un asesoramiento experimentado, como el que podrían brindar especialistas en la materia. Quizás esta guía técnica pudiese considerarse como una condición previa y vinculante para que una persona pueda elegir la mejor opción pensionaria.

§3. El caso de los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o salud

44. A fin de proteger su derecho a la pensión, el recurrente considera que existe la necesidad de que, a partir de una interpretación del principio de la unidad de la Norma Fundamental, en especial del artículo 11º, se reconozca el derecho de las personas cuya labor pone en riesgo su salud y su vida para que puedan trasladarse al SNP^[22]. De otro lado, tal como lo señala la demandada, AFP Unión Vida se ha limitado a dar estricto cumplimiento a las normas que regulan el SPP, y no ha afectado derecho alguno^[23].

Frente a tales argumentos, cabe señalar que tal como la Constitución lo señala en el artículo 2°, inciso 1), no se puede permitir la indefensión de los trabajadores que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud, cuando se trate de proteger su derecho a la pensión. Así, debe permitirse que se declare fundado el pedido realizado, toda vez que sólo así la aplicación de tal derecho a la pensión posibilitará el cumplimiento del principio pensionario de la dignidad humana.

45. Según el artículo 7° de la Constitución, todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. A partir de una norma de este tipo, y debido a la constante afectación a su derecho a la salud, es pertinente exigir que algunos pensionistas puedan recibir la pensión con anterioridad al resto. También de esta forma se estaría tutelando el derecho a la vida (artículo 2°, inciso 1) de la Norma Fundamental).

Sobre esta base, también se ha reconocido, a través del mismo artículo 7° que la persona incapacitada para velar por sí misma (por causa de una deficiencia física o mental) tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal especial de protección, atención, readaptación y seguridad. El tipo de labores que realiza, por ejemplo un trabajador minero, posibilita que en pos de una tutela efectiva de su persona, el Estado deba defenderla con un especial cuidado y atención, aún más si se hace una reclamación en sede constitucional. Esta situación se vuelve más distintiva si se conoce que terminado su vínculo laboral, es muy probable que la persona sufra una deficiencia física, lógicamente de carácter sobrevenido.

En este esquema, parece lógico que se deba reconocer el supuesto de personas cuyas labores impliquen riesgo para su salud o vida como motivo de retorno al SNP, más aún si en el pasado también se reconoció esta posibilidad. Inicialmente, a través de la Resolución N.° 185-99-EF, se previó que los trabajadores mineros que hubieren adquirido el derecho a percibir pensión en el SNP al momento de su afiliación, podían solicitar la nulidad de su adscripción hasta el 31 de diciembre de 1999 o dentro del plazo de dos años contados a partir de la afiliación, siempre que resulte mayor. Con posterioridad, mediante Resolución SBS N.° 264-2004 se ha dispuesto la aplicación del procedimiento de nulidad de afiliación para el caso en el que se cuenta con derecho a percibir pensión de jubilación en el SNP, para aquellos trabajadores mineros que hubieren adquirido su derecho a julio de 1999 y que hayan presentado su solicitud de nulidad hasta enero de 2000. Este conjunto de normas buscó la protección exclusiva de trabajadores mineros en sede administrativa, pero en la actualidad los caminos para el retorno al SNP ya no están disponibles.

Por ello, ha de reconducirse la petición a través del proceso de amparo. Sin perjuicio de la protección que poseen los trabajadores por accidentes de trabajo y enfermedades provisionales, a través de la Ley N.° 26790 y el Decreto Supremo N.° 003-98-SA, es claro que no puede desconocerse ni despojarse de pensión a una persona en situación especial, pese a que existe supuestos de pensión anticipada y de renta vitalicia.

46. Un trabajador minero podrá iniciar el trámite de desafiliación si es que tiene una enfermedad como es la neumoconiosis (silicosis). Al respecto, el TC, en la sentencia del Expediente N.° 1008-2004-AA/TC, declara fundada la demanda interpuesta por un trabajador minero que solicita el reconocimiento y la percepción de una renta vitalicia por padecer de la enfermedad profesional de neumoconiosis o silicosis. Ésta produce incapacidad permanente, por ser irreversible y degenerativa, y que, al momento de su manifestación y diagnóstico, la incapacidad puede ser parcial o total, dependiendo del grado de evolución diagnosticado en la evaluación médica ocupacional.

En el presente caso, con el certificado de trabajo expedido por la Empresa Shougan Hierro Perú S.A.A., se acredita que el demandante trabajó en calidad de trabajador

minero a tajo abierto en el cargo de Perforista Especial en la sección Operaciones Mina, desde el 28 de agosto de 1963. Asimismo, con la Historia Clínica N.º 010193, elaborada en el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud del Instituto Nacional de Salud, de fecha 7 de noviembre de 2002^[24], se prueba que adolece de neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución, en concordancia con la escala de profusión de imágenes radiográficas establecida en la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), edición 1980. En la referida Historia Clínica N.º 010193, se establece que el demandante padece de neumoconiosis en primer estadio de evolución. Este Colegiado interpreta que, en defecto de un pronunciamiento médico expreso, la neumoconiosis en primer estadio de evolución produce, por lo menos, invalidez parcial permanente, y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66,66%, generando una Invalidez Total Permanente, ambas definidas de esta manera por los artículos 18.2.1 y 18.2.2. del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo.

De lo señalado, se debe declarar fundada la demanda presentada en este extremo, por haberse violado el acceso pensionario del recurrente y su capacidad de retorno al SNP.

F. CONSECUENCIAS DEL RETORNO PARCIAL

47. El TC considera que sólo en los tres supuestos explicados se habrá de permitir el retorno de las AFP al SNP. Sólo en tales casos, este Colegiado será competente para resolver los procesos de amparo que se interpongan, y cuyo efecto será la declaratoria de fundada de la demanda que sea interpuesta, como es la presente.

Por ende, es necesario que en los siguientes puntos se explique con detenimiento qué efectos produce la sentencia que estamos emitiendo, pues sólo así se marcarán los criterios adecuados para la protección de la pensión, en concordancia con otros derechos fundamentales.

§1. La solicitud de desafiliación

48. En los supuestos que sea declarada fundada la demanda de amparo presentada por los afiliados, es pertinente solicitar el retorno al SNP, el mismo no podrá ser negado para tales personas. La sentencia no tendrá el efecto de ordenar la reincorporación inmediata de la persona al SNP, sino que dará inicio al procedimiento correspondiente. Pero, ¿por qué no es posible que sea este Tribunal el que prescriba directamente el retorno al SNP? Consideramos que el retorno ha de realizarse de manera ordenada y sin perjuicio para ninguna de las partes, tomando en cuenta además lo prescrito por el artículo 9º del CPCo. En primer lugar, tras el procedimiento, la persona sabrá exactamente cuánto debe abonar al SNP, tomando en cuenta el adeudo de los años que aportó al SPP. Además, se tendrá que realizar un estudio administrativo del expediente de la persona para ver si efectivamente se encuentra inmerso en alguna de las tres causales que se posibilita el retorno. Por último, la AFP irá preparando el traslado debido, y con conocimiento de causa, de los aportes que realizara el afiliado.

Sobre el ámbito de aplicación personal de la sentencia, asumimos que cuando la demanda es declarada fundada, se permite que el recurrente pueda solicitar su retorno al SNP, pero también habilita esta vía para aquellos afiliados que, sin haber iniciado un proceso de amparo, cumplen los requisitos exigidos para la desafiliación. Sobre el ámbito temporal, se debe señalar que se impondrá plazo alguno para realizar el

requerimiento a la Administración: al ser derecho alimentario el de la pensión, en cualquier momento podrá solicitarse la desafiliación.

Lo que interesa a este Colegiado es que a partir de los tres supuestos analizados, la persona que busque el retorno al SNP se vea lo más protegida en su ámbito de ejercicio del artículo 11° de la Constitución. Es así como surge la necesidad de que el afectado utilice los mecanismos que han venido existiendo para la nulidad y reversibilidad de afiliación, pero reconduciéndolos a los parámetros emitidos a lo largo de la presente sentencia, siendo necesario además que las entidades responsables dicten las normas correspondientes para viabilizarlo. Cabe recordar que en el mismo artículo 5° del Decreto Ley N.° 25897, es donde se reconoce la reversibilidad de la afiliación y se presenta un procedimiento bastante explícito. En el artículo 3° de la Resolución SBS N.° 795-2002, se muestra, por su parte, el procedimiento de nulidad de afiliación. Gracias al artículo primero de la Resolución N.° 264-2004, y al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 184-2004-EF-10, se ampliaron los alcances de la anterior resolución. La nulidad de afiliación también es explicada por el artículo 52° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, sustituido por la Resolución SBS N.° 751-2001.

49. Es menester que se realicen las coordinaciones necesarias entre las entidades públicas y privadas para que el retorno sea ordenado y adecuado, con lealtad constitucional, e inclusive es necesario emitir las normas que sean necesarias para una mejor operativización.

De esta forma, el procedimiento deberá ser lo más expeditivo posible, en el que los órganos participantes actúen con la diligencia debida y con la celeridad que amerita una protección superlativa por parte de la Administración, más aún tomando en consideración lo señalado por el artículo 44° (en lo referido a los deberes del Estado) y por el artículo 118°, inciso 1) de la Constitución (el Presidente de la República debe cumplir y hacer cumplir la Norma Fundamental).

50. Pese a lo claro que puede resultar el procedimiento regular que debe realizarse con posterioridad a que una demanda sea declarada fundada, este Colegiado considera propicio este punto a fin de explicar algunas cuestiones que pueden resultar controversiales.

a) Los montos a cancelar

Otro tema importante es el relativo a los montos a cancelar. No es posible permitir un trámite adecuado de retorno del SPP al SNP si es que conjuntamente a ello no se establecen las condiciones en que las entidades deberán actuar y acatar la eficacia directa de las normas constitucionales. Considera el TC que es imprescindible que tanto el recurrente como las instituciones involucradas en la desafiliación, tengan claramente asumido qué consecuencias va a tener la decisión.

Ni bien solicitada la desafiliación, la AFP debe iniciar sus funciones de cálculo. Pero no lo hará exactamente en el sentido expuesto en el artículo 3° numeral 2.c) y 2.d) de la Resolución SBS N.° 795-2002, según el cual el cálculo está en función de los recargos e intereses que correspondan y el diferencial de aportes existente por pagar a la ONP por efecto de los pagos de los aportes previsionales entre el SPP y el SNP. En virtud de los criterios fijados por la presente sentencia, al SPP le corresponde proporcionar al afiliado una determinación exacta del monto que la AFP va a tener que devolver al SNP por conceptos de los pagos realizados. No puede permitirse que se realice pago con interés alguno. La base de la devolución se encuentra en lo que señala la carpeta individual del afiliado, es decir, la suma de sus aportaciones y de los

intereses ganados, tal como lo señala el artículo 21° de la Ley del SPP y el artículo 22° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP.

Si bien corresponderá al desafiliado el pago de lo que no aportó en el SPP, este monto podría verse disminuido, toda vez que se debe determinar con claridad quién debe asumir la obligación de pago correspondiente a la regularización de los aportes del pensionista, aunque siempre tomando en cuenta lo desarrollado por la Ley N.° 28192, actualmente vigente. Es un principio jurídico esencial aquél que pretende que quien ha sido perjudicado sin culpa con un acto ilícito no tiene que asumir las consecuencias negativas de dicho acto. Este postulado se desprende del principio de responsabilidad civil que establece que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, previsto en los artículos 210°, 212° y 1985° del CC.

A entender del TC, inclusive se deberán devolver los montos y/o porcentaje que cada AFP haya cobrado a los pensionistas, siempre y cuando la SBS determine la responsabilidad que tuvo al momento de afiliar a la persona. Ésta sólo cabría cuando la AFP no brindó la información necesaria para determinar la afiliación. En caso de que se deniegue esta devolución cuando sí ha existido responsabilidad de la AFP, cabría interponer una demanda contencioso-administrativa. Pero, ¿por qué se habría de aceptar tal restitución dineraria? Este Colegiado es consciente, a partir de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que el rol que juegan las AFP en tanto destinatarios del derecho fundamental a la pensión, también incluye la necesidad de asumir obligaciones, razón por la cual en este caso deberá asumir los costos de una afiliación reñida con la Constitución, pero sólo en el supuesto de que se le encuentre responsabilidad.

La propensión estatal de derivar a los trabajadores del SNP al SPP a lo largo del proceso explicado *supra* respecto al nuevo sistema pensionario, no es óbice para que las AFP no asuman la responsabilidad que les corresponde a partir de un retorno contrario a los principios básicos de la seguridad social, establecidos en los artículos 10° y 11° de la Constitución. El fundamento de esta afirmación es que la AFP no puede cobrar por aquello que no debió ser percibido, por cuanto resulta contraria la justicia, pretender consolidar o ejercer un derecho que se adquirió en contravención a los derechos fundamentales.

b) La forma de pago

Ahora es necesario insistir en cómo va a comprometerse el afiliado a reembolsar lo que dejó de hacer en el SNP a fin de que pueda acceder a una pensión en dicho sistema. Según los artículos 54° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP y 3° numeral 6.3 de la Resolución SBS N° 795-2002, la persona que desee el retorno debe completar el pago que dejó de realizar al SNP. Como bien se sabe, los aportes al SNP son mayores a los realizados en el SPP. Por tal razón, el monto diferencial entre ambos, debe ser asumido por quien desea ingresar al SNP.

De otro lado, tomando en consideración los casos excepcionales y difíciles de las personas a las cuales se les está permitiendo el retorno al SNP es improbable que puedan realizar el pago en una sola armada. Por eso, se ha de aceptar el desembolso en partes. Buena cantidad de personas que se encuentran afiliadas no sobrepasan los mil soles de sueldo^[25], por lo que no es razonable que se le exija una alta cuota de devolución. De esta manera, se proscribe cualquier tipo de devolución desproporcionada.

Precisamente por ello es que se determina la posibilidad de retorno pero no con un pago directo (completo o fraccionado), sino que este Tribunal advierte que se deben dar todas las facilidades posibles para la persona a quien le corresponde el acceso a un

sistema pensionario, lo cual amerita una salida sutil, siempre en beneficio de quien va a ser pensionista, y de acuerdo a los márgenes que la Norma Fundamental permite. Esto se realiza en aplicación del principio *pro homine* del artículo 1° del CPCo.

Entonces, para facilitar el retorno, este Colegiado considera necesario que se establezca la posibilidad de que durante una cierta cantidad de años (quizás, diez), se pueda descontar, del propio sueldo del trabajador, un porcentaje exiguo (por ejemplo, 10%), que sin afectar su capacidad de vivir dignamente, también honre un compromiso de pago y que no termine afectando las finanzas públicas del Estado.

c) La utilización de la prueba dinámica

Se ha señalado *prima facie* que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

En el caso de la falta de información para una afiliación, este precepto no puede ser adecuado, pues reparándose en la naturaleza de los hechos a probar, se puede llegar a pensar en la remisión a un subjetivismo de la SBS, tal como lo reconocía casi explícitamente la nulidad de afiliaciones. Conviene ahora desvirtuar la validez de la ‘prueba diabólica’ que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente.

Un medio probatorio produce certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos con el fin de fundamentar sus decisiones. Y sobre ello hay que insistir en el caso del retorno al SNP por falta de información correcta sobre el SPP y sobre el futuro del SNP, máxime si tal figura se justifica precisamente con la asimetría informativa y con la firma de un contrato de adhesión.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI).

En el caso concreto del retorno, serán el Estado y la AFP los que deberán probar que informaron correctamente a cada grupo de afiliados que se adscribieron al SPP. En el procedimiento será la AFP la que establecerá, en primer lugar, si informó bien o mal,

aunque es muy difícil que ella misma acepte tal responsabilidad. Por su parte, la SBS, con mayor grado de independencia, por no participar del sistema pensionario directamente, sino únicamente a través de la supervisión, sí estará en capacidad de determinar la falta de quien corresponda. Pero por la naturaleza de sus funciones no estará en capacidad de fijar el grado de información existente en el ámbito pensionario, toda vez que la existencia de una información asimétrica requiere ser probada y analizada por un organismo especializado sobre la materia.

Por tal razón, es necesario que Indecopi intervenga en el procedimiento, a través de un informe que emita sobre este grado de información, y que deberá ser explicado por el Estado y la AFP. Partiendo del artículo 39° (todos los funcionarios públicos están al servicio de la nación) y del artículo 139°, inciso 18) de la Constitución (obligación estatal de prestar colaboración en todo proceso en que sea requerido), esta capacidad de oficiosidad requerida será aceptada como medio probatorio esencial por parte de la SBS. Además, el artículo 76.1 de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo referente a la colaboración entre entidades, permite que Indecopi y SBS tengan un grado tal de cooperación institucional que permita al primero brindar al segundo el informe que requiere a fin de permitir o no el retorno de un afiliado al SNP. Cabe anotar que según el artículo 2°, inciso a) del Decreto Ley N.° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, este organismo debe ser el veedor de la prestación de servicios y analizar las prácticas de los agentes del mercado que afecten a los usuarios. Ahora bien que sea obligatoria su participación no significa que sea vinculante. El informe realizado por Indecopi se considera prácticamente como un peritaje, y su valor será el que la entidad decisoría le otorgue. Por ende, sólo de esta manera, consideramos que se podrá realizar un estudio concienzudo sobre el grado de información vertida sobre la práctica de afiliación masiva que existió en el país, y que tiene por fin proteger a las personas convenientemente.

51. Si la Administración o las AFP no cumplen con los plazos u obligaciones impuestos en las líneas anteriores, el recurrente tiene expedita nuevamente la vía constitucional. Y si bien es cierto que en sede constitucional la libertad probatoria es restringida, según se observa del artículo 9° del CPCo, tampoco se podrá negar la aptitud del proceso de amparo para comprobar si arbitrariamente los destinatarios del derecho fundamental a la pensión negaron el acceso a la misma a los afiliados. Es más, en caso de que la Administración o las AFP demoren en exceso o no otorguen sin explicación válida el retorno al SNP, el TC podrá imponer una multa, equivalente a un determinado número de Unidades de Referencia Procesal, según el perjuicio que ocasione con su inacción o acción impropia a la persona, tomando como precedente lo establecido en el fallo de la sentencia del Expediente N.° 0054-2004-PI/TC.

§2. La necesidad de una decisión correcta

52. El accionante, al fundamentar su petitorio, consideró pertinente evaluar críticamente la actuación de la Administración:

“De no accederse el derecho de petición constitucional admitir a trámite mi solicitud, la Superintendencia de Banca y Seguros estaría infringiendo una prohibición constitucional del abuso de derecho por un exagerado ritualismo jurídico, que en este caso concreto debe considerarse la equidad para proteger los derechos constitucionales que es la finalidad por la que fue creado el Reglamento de Resolución SBS N.° 795-2002 inciso b) numeral 2, I del art. 3°^[26].

Por ende, a partir de los criterios vertidos por este Colegiado en la presente sentencia, es imprescindible que se fijen algunas reglas de conducta que debe seguir la

Administración, a fin de posibilitar que la reversibilidad parcial pueda ser efectiva, ágil e incuestionable y sea el afiliado el que elija correctamente qué le conviene más, o al cual desea retornar.

53. A juicio del TC, desde un punto de vista constitucional, es legítimo que el Estado no interfiera en la libre decisión que pueda tomar la persona para elegir por un sistema de pensiones u otro, por más que se haya decidido a promover un sistema determinado. Una cosa es encontrarse facultado para introducir técnicas de desalentar o desanimar determinadas conductas; y otra que, so pretexto de ello, se aniquile la libertad de decidir libremente en un asunto tal vital para la existencia digna del ser humano (artículo 1° de la Constitución). Al fin y al cabo, se trata de una elección que sólo corresponde tomar a la persona, aún cuando la decisión asumida contenga condiciones que cumplir.

Por ello, a través de la actividad decisoria del afiliado, este Colegiado debe reforzar lo señalado en el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución, mediante la cual, la capacidad del ser humano, a su libre desarrollo y bienestar, debe quedar reflejado en una elección consciente acerca de a cuál sistema pensionario desea pertenecer.

54. Pero para realizar su elección, la persona tiene que conocer qué significa cada sistema pensionario. Desgraciadamente no se puede negar que se han dado diversas disposiciones que muchas veces son desconocidas por las personas y no le permiten tomar una decisión correcta al momento de elegir un sistema pensionario.

Lo que sí es cierto es que se observa la intención del legislador de posibilitar, a través del SPP, que se reconozcan similares derechos pensionarios que los existentes en el SNP. En ambos sistemas el trato para la persona menos favorecida debe ser superlativa: en las AFP se debe procurar la misma pensión que la otorgada en el SNP. Además, tal como lo prevé la Octava Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, el Estado asegura el pago de las pensiones otorgadas conforme al Decreto Ley N° 19990 a fin de que el pensionista continúe recibiendo el íntegro de su pensión, y para dicho efecto, deben efectuarse anualmente las respectivas previsiones presupuestarias. En una disposición como ésta, se nota la rotunda intención del Estado de igualar las condiciones de ejercicio del derecho a la pensión en ambos sistemas.

Asimismo, el TC ha considerado pertinente, a fin de que la determinación que tome el afiliado sea la correcta, presentar algunas de las cuestiones más relevantes en sede infraconstitucional en que se ha buscado asimilar al SPP con el SNP, pero siempre recordando que el primero se basa en un modelo de capitalización individual y el segundo sí es uno de redistribución.

a) Tipo de renta

Una de las principales críticas que se realiza al SPP es que sólo va a otorgar una pensión a la persona hasta cuando sus aportaciones alcancen. La premisa no es del todo cierta.

En el SPP no sólo se prevé la forma clásica de pago (como en el SNP), sino que posibilita opciones que podrían favorecer a las personas afiliadas a una AFP. Las modalidades recogidas por los artículos 45°, 46°, 47° y 49° de la Ley del SPP, y 106° y 107° del Reglamento de la misma, son las siguientes: retiro programado (retiro mensual hasta que fondos se extingan), renta vitalicia personal (pensión hasta que fallezca la persona), renta vitalicia familiar (pensión hasta que fallezca la persona o sus familiares) y Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida (recibe pagos desde una fecha determinada).

Estas formas de pago diferenciado aceptan la contingencia de ser beneficiario de una pensión durante toda una vida (renta vitalicia), si es que la persona acepta preferir tal

modalidad de pago, lo cual no es una excepción o sistema pensionario más agravado en su titularidad, sino que es la regla común de todo pensionista del SNP.

b) Bonos

Como una forma de compensar lo aportado en el SNP con respecto a lo que va a ser aceptado en el SPP, la legislación ha previsto diversos tipos de bonos. A través de estos bonos se ha buscado conseguir es la equiparación de ingresos entre los que se encontraban en una mejor situación en el SNP con relación al SPP. Esta 'complementariedad' de los aportes se puede presentar como una forma responsable en que el Estado ha buscado corregir los errores iniciales que realizó cuando se creó el SPP.

Los que merecen analizar en primer lugar, son los bonos de reconocimiento, es decir, aquellos referidos a reconocer lo aportado en el SNP antes de pasar al SPP. El Estado acepta que a través de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (artículo 1° de Ley N.° 28485) se van a redimir los distintos bonos de reconocimiento. Entre ellos se encuentran los Bonos 1992 (Decreto Ley N.° 25897), Bonos 1996 (Decreto Legislativo N.° 874), Bonos 20530 (Decreto Legislativo N.° 817) y los Bonos 2001 (Decreto Supremo N.° 054-97-EF). Con ellos, se trata de que los aportes realizados en el SNP no sean desconocidos al ingresar al SPP, lo cual está en plena correspondencia con el acceso pensionario.

Aparte de los de reconocimiento, están los bonos complementarios. Estos tienen la finalidad de igualar las condiciones de los que menos habían llegado a contribuir antes de pasarse al SPP. Dentro de ellos se encuentran, los creados mediante Ley N.° 27252 y los mediante Ley N.° 27617. El bono complementario de pensión mínima surge como forma de financiamiento de la pensión mínima, tal como lo establece la Séptima Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, modificada por Ley N.° 27617 y el artículo 147° del Reglamento de dicha ley. En el caso específico de quienes realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud, se creó el Bono de Reconocimiento Complementario, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2° de la Ley N.° 27252. De conformidad con lo expresado en la Décimo Quinta Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, para lograr una situación análoga en las jubilaciones adelantadas en el SPP y el SNP se requiere un bono complementario de jubilación adelantada, el mismo que cuenta con la garantía del Estado, y cuyo fin es asegurar que el afiliado sujeto a este beneficio alcance una pensión que no sea menor al monto que hubiese percibido en el SNP.

c) Jubilación por desempleo

En el SPP, se ha previsto una forma de jubilación singular cuando la persona se encuentre en estado de desempleo. Aceptando la difícil situación laboral en que vive nuestro país este avance dentro del SPP sirve de mucho para las personas que no pueden contar o no llegan a acceder a un trabajo.

A partir del artículo 3° de la Resolución SBS N° 561-2002, Reglamento Operativo del Régimen Especial de Jubilación en el SPP, se ha precisado cuál es el procedimiento operativo para acceder al Régimen Especial de Jubilación para trabajadores en situación de desempleo en el ámbito del SPP.

d) Jubilación especial

En el SNP, se presentan dos opciones. A partir del artículo 1° del Decreto Ley N.° 21952, Régimen Transitorio para Jubilación de los Trabajadores Marítimos, Fluviales y Lacustres, modificado por la Ley N.° 23370, estos tipos de trabajadores podrán

jubilarse a los cincuenticinco años de edad, pero recibirán el íntegro de la pensión a los sesenta años. De otro lado, la Ley N.º 25009, Ley de Jubilación de Trabajadores Mineros, establece las condiciones requeridas para ejercer tal derecho.

Frente a lo existente en el SNP, se ha presentado un régimen especial en el SPP para los trabajadores que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud. Al respecto, según lo anuncia el artículo 1.1 de la Ley N.º 27252, los que realicen labores en tales condiciones y cuenten con los requisitos mínimos, podrán acceder a los beneficios de jubilación anticipada en el ámbito del SPP. Por su parte, en el artículo 2º del Reglamento de dicha ley, se precisa quiénes tienen el derecho al acceso a la jubilación anticipada.

De lo desarrollado, se puede colegir que existen dos sistemas pensionarios con protección preeminente para cuando haya un riesgo para la vida o la salud. Por tanto, no es totalmente cierto que se haya eliminado la tutela preeminente de los mineros, como es el caso de autos.

e) Pensión anticipada

Otro de los grandes puntos de coincidencia entre los sistemas pensionarios es que en ambos se ha reconocido la existencia de una pensión anticipada, es decir, que por condiciones especiales de protección, el Estado asume un alto nivel de salvaguardia superlativo, aceptando situaciones adelantadas de pago de pensión.

Según el artículo 42º de la Ley del SPP, procede la jubilación anticipada cuando el afiliado así lo disponga, siempre que obtenga una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos ciento veinte meses, debidamente actualizadas. Para la determinación si el trabajador tiene derecho a pensión anticipada, se establece un procedimiento previsto en el artículo 155º del Reglamento.

Asimismo, existe un sistema especial para trabajadores afiliados al SPP que realizan labores de riesgo para la vida o la salud, previsto por el artículo 3º del Decreto Supremo N.º 164-2001-EF. Los requisitos están previstos en la Décimo Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP. Otra forma de pensión adelantada en el SPP se encuentra en lo desarrollado por la Décimo Quinta Disposición Final y Transitoria, en la que reconoce este derecho a los trabajadores afiliados al SPP que a la fecha de entrada en vigencia de esta norma y que al momento de su incorporación a dicho sistema cumplan con los requisitos exigidos en el SNP.

f) Pensión mínima

Para concluir, un aspecto que se reconoce en ambos sistemas pensionarios es el referido a la pensión mínima. No es que se estaría desprotegiendo a la persona en el SNP sino que se mantendría la garantía en el SPP.

En la Séptima Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, modificada por Ley N.º 27617 se prevé esta posibilidad previo cumplimiento de tres requisitos (relacionadas con el año de nacimiento, tiempo de aportaciones y tipo de aportaciones). Con respecto al financiamiento de la pensión mínima, es muy claro el Reglamento de la Ley del SPP, incorporado por el Decreto Supremo N.º 100-2002-EF en su artículo 145º, cuando señala que ello será logrado con los recursos de la cuenta individual de capitalización del afiliado, pero si el cálculo de pensión estimado del afiliado resulta menor al valor de la pensión de jubilación que, bajo garantía del Estado, asegura el SPP y que satisfagan los requisitos señalados en el artículo siguiente, ellos igual tendrán derecho a gozar de pensión mínima (artículo 142º del Reglamento).

55. Según se ha podido reparar, en muchos aspectos la situación entre los dos sistemas de pensiones es similar. Por ello, debe reforzarse la capacidad de los afiliados para decidir correctamente por algunos de los dos, siempre y cuando estén comprendidos en los supuestos en que se permite el retorno del SPP al SNP, tal como es el caso de autos. Para lograr este cometido, se debe insistir en la necesidad de los afiliados de contar con información. Al respecto, fluye, aparte de otros elementos configuradores de la información, la obligación de poner a disposición de los usuarios toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un usuario razonable usando su diligencia ordinaria.

Asimismo, en una encuesta ya mencionada, se observa que la población se entera sobre los trámites en el sector público básicamente a través de la televisión (44,7%), seguido por la radio (13,5%), internet (12,9%), la misma entidad (10,5%) y las llamadas telefónicas (8,1%)^[27]. Sin embargo, no se ha notado ninguna estrategia comunicativa del Estado de defensa respecto a las prestaciones de pensión que presenta -y ha presentado-, pudiéndose observar en la actualidad alguna orientación sobre la materia dentro de la página web de la SBS. No obstante, tal como lo señala el artículo 40° de la Ley del SPP, modificado por la Resolución Ministerial N.° 182-2003-EF, se desarrolla una obligación de informar al SPP. Es decir, las AFP deben proporcionar a los trabajadores, en el momento que soliciten su afiliación, el formato de contrato de afiliación, así como los documentos que contengan una debida explicación del SPP que incluya los principales derechos y obligaciones de las partes, y las características esenciales respecto de cada uno de los fondos que ella administre. Adicionalmente, es importante reconocer claramente cuál es la información que presenta la página web de la SBS, por ejemplo, respecto a la posibilidad de desafiliación. En la Sección de Temas de Interés se plantea la pregunta sobre si ¿Es posible anular mi afiliación al SPP y retornar al SNP? La respuesta que brinda es insuficiente para tomar una decisión razonable^[28].

Sólo a partir de un real reconocimiento de la predisposición de la Administración y de las AFP de hacer conocer las virtudes y defectos de cada sistema, la persona podrá verse perfectamente protegida por el artículo 65° de la Constitución, que en el pasado parece no haber sido materia de atención prioritaria, todo con el fin de propiciar la afiliación.

V. FALLO

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

RESUELVE

1. Declarar FUNDADA la demanda constitucional de amparo por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias. Por ende, ordenar a la SBS y a la AFP el inicio, a partir de la notificación de la presente sentencia, del trámite de desafiliación conforme a los argumentos desarrollados *supra*.
2. Declarar IMPROCEDENTE el pedido de dejar sin efecto de manera inmediata la afiliación realizada.
3. Exhortar a la SBS y a la AFP que dispongan las medidas pertinentes a efecto de que las sentencias de amparo que sean declaradas fundadas puedan ser cumplidas.

4. Exhortar a las entidades correspondientes para que emitan, en el más breve plazo, las normas que viabilicen los criterios y el procedimiento establecidos.
5. Requerir a la SBS para que inicie una verdadera e intensa labor informativa con relación a las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 1776-2004-PA/TC
LIMA
VÍCTOR AUGUSTO MORALES MEDINA

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS
GARCÍA TOMA Y MESÍA RAMÍREZ**

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas disentimos de la posición de la ponencia, adoptada por la mayoría de este Colegiado en el presente caso, por las siguientes consideraciones:

1. La jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (TC) en materia de procesos de amparo referidos a las desafiliaciones (o nulidad de contratos de afiliación) del sistema privado de pensiones ha establecido que el amparo no es la vía idónea para resolver tales controversias por carecer de estación probatoria. En efecto, las cuestiones a dilucidar en este tipo de casos -se refieren por lo general a establecer si hubo o no engaño, deficiente información de la AFP, falta de conocimiento del afiliado, entre otras- requieren de la actuación de medios probatorios a fin de tener la certeza necesaria para declarar la nulidad de la afiliación.
2. Esa línea jurisprudencial fue confirmada por la sentencia de pleno jurisdiccional recaída en el Exp. N.º 2156-2003-AA/TC, publicada el 13 de junio de 2006 en la página web del TC, donde cinco votos declararon improcedente la demanda y un voto singular la declaró infundada.
3. Hoy, a escasos siete meses de publicada dicha sentencia, la ponencia plantea que para el caso de autos - sustancialmente parecido al del Exp. N.º 2156-2003-AA/TC- la demanda sea declarada fundada a partir de dos premisas: a) La necesidad de un cambio de jurisprudencia, y b) La tesis del “retorno parcial” del Sistema Privado de Pensiones (SPP) al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).
4. Con relación a la primera premisa se afirma:
Y si bien en el pasado este Colegiado no llegó a ingresar a definir el asunto de las AFPs, considera que ahora es el momento propicio para que se desarrolle una jurisprudencia acorde con la Constitución. La constatación de que el conflicto no ha sido pacificado –antes bien, se ha acrecentado–, es que el Tribunal Constitucional (TC) se haya visto obligado a replantearse el problema formulado en la demanda, esto es, sobre la validez constitucional del retorno del SPP al SNP. (Fundamento 3)
5. Consideramos que el hecho de que el problema formulado en la demanda se mantenga o que se haya “acrecentado” no es razón suficiente para el cambio de jurisprudencia. Estimamos que, desde la función que compete al TC, la razón que justifica un cambio de jurisprudencia radica en que las situaciones de hecho cambian; que los criterios interpretativos anteriores no eran los más acordes con la Constitución; que debe “actualizarse” la interpretación de la Constitución, o porque el TC opta por una de las interpretaciones posibles dentro del marco Constitucional. De lo contrario, el análisis de constitucionalidad que nos corresponde hacer como colegiado, no se distinguiría del juicio de oportunidad política reservada al Congreso de la República.
6. En el presente caso, la situación de hecho sigue siendo la misma, la estructura normativa del proceso de amparo no ha variado y nuestro fallo del Exp. N.º 2156-2003-AA/TC se inscribe dentro del ordenamiento jurídico (en dicho fallo la casi totalidad del pleno jurisdiccional declaró improcedente la demanda). Sin desconocer la posibilidad de que una futura recomposición del TC –o incluso la composición actual– pueda variar de criterio, en tanto se den los supuestos para variar de jurisprudencia a

que hemos hecho referencia, estimamos que el TC debe preservar la coherencia de su jurisprudencia. Un cambio de jurisprudencia tan repentino, a solo siete meses del criterio anterior, afecta el principio de seguridad jurídica (Exp. N. ° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento 3) que el TC también debe ponderar y tener presente en la difícil tarea de consolidar las instituciones democráticas y afirmar el Estado Constitucional.

7. De otro lado, con relación al tema del retorno de un sector de afiliados del SPP al SNP, en la actualidad, en el seno del Congreso de la República, hay dos posiciones con sus respectivas propuestas legislativas: a) Una favorable al libre retorno, que mereciera una aprobación de la representación parlamentaria que culminó su mandato en julio de 2006, y b) Una propuesta alternativa del anterior Gobierno. La nueva representación parlamentaria, expresión de las fuerzas políticas que participaron en las últimas elecciones generales (abril del 2006), debatirá en profundidad este tema que plantea complejos problemas económicos para el Estado y para el SPP. Por tanto, a fin de evitar posibles contradicciones entre lo que estableciera el TC y lo que pudiera aprobar el Congreso de la República, que derivarían en tratamientos diferenciados para los interesados, debe preservarse nuestra jurisprudencia para mantener un trato igualitario.
8. Finalmente, la segunda premisa plantea el denominado “retorno parcial”, que cabría en tres situaciones: a) La titularidad no ejercida del derecho a la pensión; b) El caso de la falta de información, y c) El caso de los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o la salud. Al respecto, la propuesta del “retorno parcial”, en su conjunto, es interesante y novedosa, pero consideramos que el legislador, previamente, debe tener la opción de conocer y debatir tal tesis, ya que, como señalamos anteriormente, en la actualidad hay varias propuestas sobre el tema en el Congreso.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque, siguiendo nuestra línea jurisprudencial adoptada hace tan sólo siete meses, la demanda sea declarada IMPROCEDENTE.

SS.

GARCÍA TOMA
MESÍA RAMÍREZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emitimos el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los siguientes fundamentos:

1. En el contrato de afiliación, como en todos los contratos, una parte, precisamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se autolimita en sus facultades y derechos para, a su vez, obtener beneficios que cede la otra “siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (artículo 1354 del Código Civil).
2. El artículo 140 del mismo cuerpo de leyes define la obligación y señala la necesidad de concurrencia de elementos indispensables de validez. Y, por el dirigismo contractual, el Estado asume el control de la contratación no obstante el carácter privado de ésta, cuando, en la versión del artículo 1355 del acotado, prescribe: “*La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos*”. Es decir, que celebrado el contrato y estando éste en etapa de ejecución –por varios años en el presente caso–, la preexistente o sobreviniente causal de rescisión, resolución o invalidación, incluido, desde luego, el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, permitido por los artículos 1440 y siguientes del cuerpo legal citado, ha de exigir probanza suficiente a través de la amplitud de medios aceptados por el Derecho Procesal, lo que significa la necesidad de instauración del correspondiente proceso de conocimiento.
3. El demandante pretende que en el presente proceso constitucional de amparo se sancione la nulidad del contrato por el que, en determinación de su libertad, se afilió a la emplazada Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), constituida de acuerdo a la ley para operar en el sistema, y que de este modo se declare sin efecto legal el contrato aludido, su retorno al Sistema Nacional de Pensiones a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a la que se le debe hacer transferencia de todas sus aportaciones y del título de su correspondiente “Bono”. Su demanda, desde luego, se sustentó en hechos que considera afectados de vicios nulificantes, la que enmarca dentro de un cuadro de violación de derechos que califica de fundamentales, a fin de apoyarse en la Constitución Política del Estado, verbigracia los artículos 2º, inciso 14, y 11.º, que tratan de la libre contratación y del *acceso* a la pensión a través de entidades públicas, privadas o mixtas, respectivamente.
4. La demandada contradice la fundamentación jurídica que expone el recurrente, alegando básicamente que la pretensa vulneración de derechos no constituye temática constitucional, desde que los vicios que presuntamente afectan a un contrato celebrado y regido dentro de los márgenes del derecho privado, requieren, para la pretensión de sanción de nulidad, la instauración de un proceso ordinario que permita la probanza plena de los hechos que fundamentan la pretensión.
5. La resolución de la Sala Civil Superior, elevada para su revisión a través del denominado recurso de agravio constitucional, desestima la demanda, la cual considera improcedente tomando en consideración la fundamentación de rechazo expuesta por la demandada.
6. En el fundamento 37 de la sentencia recaída en el expediente 1417-2005-PA/TC, publicada el 12 de julio del 2005, en el diario oficial “El Peruano”, de carácter vinculante, este colegiado procedió “[...] a delimitar los lineamientos jurídicos que

permitirán ubicar las pretensiones –de pensiones– que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo: a)[...] serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social; b)[...] los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia; c)[...] aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, [...] “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00.; d) las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido; e) las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes[...] son susceptibles de protección a través del amparo en los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; f) [...] para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada [...] ; g) [...] reajuste pensionario o la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [...]; dichos asuntos deben ser ventilados en la vía ordinaria [...].”

Por consiguiente, estando a los parámetros de la cuestión controvertida y, necesariamente, a la fundamentación de la resolución inhibitoria recurrida, es menester analizar, antes que la viabilidad de la pretensión en cuanto al tema de fondo, el cambio del precedente estatuido por este Tribunal, pues uniformemente, en las sentencias recaídas en los expedientes N.ºs 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC, 2861-2003-AA/TC, se han declarado improcedentes las demandas de nulidad de contrato de afiliación a una AFP y su consecuente traslado al SNP en vía constitucional, señalándose que:

[...] dilucidar esta pretensión requiere de una etapa donde se actúen las pruebas idóneas a fin de demostrar la validez de dicho contrato, ejercitándose el derecho de contradicción [...].

[...] deberá plantear ésta en la vía correspondiente y no en la del amparo que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria [...].

[...] si el demandante considera que se han configurado las causales referidas a la información defectuosa o insuficiente al momento de afiliarse y al cumplimiento de requisitos para la percepción de una pensión de jubilación dentro del SNP, antes de la suscripción de su contrato de afiliación y, por tal motivo, resultan suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, deberá plantear su reclamo en la vía correspondiente, y no en el amparo que, por su naturaleza sumaria, carece de etapa probatoria [...].”

En las sentencias recaídas en los expedientes N.ºs 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-2003-AA/TC, 2896-2003-AA/TC, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC, 2046-2004-AA/TC, este Tribunal, uniformemente, se pronunció sobre el fondo del asunto controvertido y declaró infundadas la demandas afirmando:

[...] este Tribunal considera que en el presente caso no se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional invocado, por lo que la demanda debe desestimarse, aunque dejando a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la vía ordinaria [...].

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, si el demandante considera que, respecto a su contrato de afiliación al Sistema Privado de Pensiones, existen causas suficientes para demandar su nulidad, deberá hacer valer su derecho en la vía correspondiente y no en la presente que, por ser excepcional y sumaria, carece de estación probatoria [...].

[...] En reiterada jurisprudencia, se ha manifestado que si el demandante considera que existen causales suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, dicha solicitud deberá plantearse en la vía correspondiente, y no en el amparo, que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria [...].

[...] De los actuados fluye que, en el fondo, lo que el demandante pretende es lograr la nulidad de su contrato de afiliación... debe hacer valer su derecho en la vía ordinaria, tanto más si no ha demostrado de qué manera se afectan sus derechos [...].”

Y es que en el presente caso, en esencia, hay la necesidad de comprobar, a través de medios amplios de prueba dentro del correspondiente proceso ordinario (conocimiento), la realidad de los hechos que sustentan la pretensión nulificante de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, que no acusa vulneración evidente al derecho del recurrente de *acceder* al sistema de pensiones admitido por la ley, pues precisamente por libre determinación celebró el contrato del que, al cabo de varios años, hoy se arrepiente, sino vicios en la versión de una demanda que persigue, en base a la comprobación de los hechos en los que se apoya, la sanción de nulidad del aludido acto jurídico.

7. Por las precedentes consideraciones y estando además al proyecto de ley, observado parcialmente por el Poder Ejecutivo, actualmente a disposición del Congreso Nacional de la República para su correspondiente determinación, en el que se busca normativamente la decisión modificatoria, o sustitutoria, en general, de la legislación en materia pensionaria a cargo de entidades privadas, no encuentro sustento suficiente para la aplicación del *overruling*, lo que significa que me alinee al precedente que sanciona la improcedencia a efecto de que el demandante lleve su pretensión a la vía civil ordinaria.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare IMPROCEDENTE la demanda de amparo, dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en sede ordinaria competente.

SS.

VERGARA GOTELLI

NOTAS AL PIÉ DE PÁGINA

- [1] Escrito de Apelación de la Resolución de primera instancia (fs. 30, 31 del Expediente).
- [2] Escrito N.º 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 93, ss. del Expediente).
- [3] Sentencia del Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil (fs. 21 del Expediente).
- [4] Sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fs. 118, 119 del Expediente).
- [5] Escrito N.º 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 95 del Expediente).
- [6] Sentencia del Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil (fs. 21 del Expediente).
- [7] Demanda de amparo (fs. 17 del Expediente).
- [8] Oficio N.º 25751-2002-SBS, de fecha 26 de diciembre de 2002 (fs. 9 del Expediente).
- [9] Contrato de Afiliación, Cláusulas Generales de Contratación, Cláusula Décimo Séptima, (fs. 25 del Expediente).
- [10] Dictamen Fiscal N.º 1268-03 (fs. 105 del Expediente).
- [11] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N.º 085. La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N.º 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Lima, 2004. p. 8.
- [12] Es importante señalar que en la actualidad existen en el SPP, 3 672 582 afiliados activos y 34 706 689 miles de soles de valor total de la cartera administrada (SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES. Principales Variables del Sistema Privado de Pensiones. Al 28 de febrero de 2006).
- [13] Demanda de amparo (fs. 16 del Expediente).
- [14] Demanda de amparo (fs. 16 del Expediente).
- [15] Escrito N.º 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 90 del Expediente).
- [16] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Censo de 1993. IX de Población (Proyección hasta 1995). www.inei.gob.pe.
- Estas tendencias se han visto reproducidas en el X Censo de Población del 2005.
- [17] Escrito N.º 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 92 del Expediente).
- [18] SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Libre reversibilidad entre sistema de pensiones para el personal docente del Sector Educación (Oficio N.º 1421-2003-SBS).
- [19] Escrito de demanda de fecha 30 de enero de 2003. (fs. 16 del Expediente)
- [20] Escrito de Apersonamiento y Expresión de agravios de fecha 11 de junio de 2003. (fs. 91 del Expediente).
- [21] GRUPO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA. Estudio 267 – Barómetro Social: Atención de las Entidades Públicas en Lima Metropolitana y Callao. Lima, mayo del 2005. Muestra: 538 personas. Pregunta 1: ¿Qué tipo de información de las entidades públicas le interesa más? (respuesta asistida).
- [22] Demanda de amparo (fs. 15 del Expediente).
- [23] Escrito N.º 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 93 del Expediente).
- [24] El examen médico-ocupacional que practica el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud del Instituto Nacional de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional que padece el recurrente, conforme a la Resolución Suprema N.º 014-93-TR.

- [25] SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Boletín Estadístico de las AFP. <http://www.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2005/Diciembre/FP-1212-di2005.XLS>
- [26] Demanda de amparo (fs. 17 del Expediente).
- [27] GRUPO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA. Estudio 267 – Barómetro Social: Atención de las Entidades Públicas en Lima Metropolitana y Callao. Lima, mayo del 2005. Muestra: 538 personas. Pregunta 5: ¿Cuál es el principal medio por el que se informa sobre los trámites en el sector público?
- [28] http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/spp/Temas_interes/temasinteres.htm.

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- Expediente N° 04762-2007-PA/TC
- Expediente N° 00198-2003-AC/TC
- Expediente N° 01294-2004-AA/TC

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- Expediente N° 04762-2007-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04762-2007-PA/TC
SANTA
ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alejandro Tarazona Valverde contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 126, su fecha 12 de julio de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Chimbote, con fecha 5 de marzo de 2007, declara fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante ha cumplido con acreditar que cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el demandante pretende acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

FUNDAMENTOS

I. § Procedencia de la demanda y delimitación del petitorio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento de mérito.
2. El demandante alega que la resolución cuestionada vulnera su derecho fundamental a la pensión, por cuanto no le reconoce sus aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, por lo que solicita que se le reconozca dicho periodo de aportaciones y que se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.
3. Por su parte la ONP aduce que existe la imposibilidad material de acreditar la totalidad de aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, debido a que de la revisión de sus planillas sólo se ha podido constatar y reconocer las aportaciones de 1971 a 1974, una semana de 1979, y varias semanas entre 1985 y 1992.
4. Delimitados de este modo los términos del debate, este Tribunal Constitucional, dada la recurrencia creciente de este tema, considera conveniente revisar su jurisprudencia respecto a los medios probatorios que permiten acreditar periodos de aportaciones que son considerados por la ONP como años de aportaciones no acreditados, bajo el argumento de que no han sido probados fehacientemente o de que existe la imposibilidad material de acreditarlos.

Ello porque en un gran número de procesos de amparo que tienen por finalidad la tutela del derecho fundamental a la pensión, la controversia se centra en determinar si el demandante cuenta con el periodo de aportaciones que establece la ley para acceder a la pensión solicitada, lo que comporta siempre la necesidad de evaluar la idoneidad, la probidad y la eficacia de los medios probatorios aportados por las partes para poder determinar si efectivamente el demandante cumple o no con los años de aportaciones, ya que el derecho fundamental a la pensión es de configuración legal.
5. Además, debe tenerse presente que el derecho fundamental a la pensión tiene naturaleza de derecho social, que como tal impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas con la finalidad de subvenir las necesidades mínimas y vitales de los pensionistas para permitirles alcanzar y satisfacer adecuadamente el ejercicio del derecho a una vida digna.

Para este efecto, se abordarán los siguientes temas:

- a. La prueba en los procesos constitucionales y la ausencia de etapa probatoria



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- b. ¿Quién es responsable en la retención y pago de la aportación?
- c. ¿Cómo se prueban los periodos de aportación?
- d. Reglas para probar periodos de aportaciones

2. § La prueba en los procesos constitucionales

6. La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión.

7. Así, en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable.

Ello con la finalidad de que el Juez en la sentencia, cuando sea estimativa, pueda ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, o disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y cuando sea desestimativa, pueda condenar al demandante al pago de costas y costos en caso de que su actuación haya sido manifiestamente temeraria.

8. En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice.

2.1 § La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales

9. Conforme al artículo 9.º del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

10. La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa.

11. De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto *vía de tutela urgente*, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta.

12. Por ello es que, en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo.

3.§ La responsabilidad en la retención y pago de las aportaciones

13. En cuanto a la responsabilidad de la retención y pago de aportación, debe destacarse que el Decreto Ley N.º 19990 parte de la premisa de que el empleador actúa como *agente de retención*, es decir, como el que procede a retener el aporte que efectúa el trabajador y a entregarlo a la entidad competente. Por ello, el artículo 11.º del Decreto Ley N.º 19990 establece que:

Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el montepío del pago de sus remuneraciones y a entregarlas a Seguro Social del Perú, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deberán abonar, por el término que fije el Reglamento, dentro del mes siguiente a aquél en que se preste el trabajo. Si las personas obligadas no retuvieron en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago, sin derecho a descontárselas a estos.

14. Asimismo, debe destacarse que el Decreto Ley N.º 19990 consideraba como periodos de aportación los días, meses y semanas en que presten o hayan prestado servicios los trabajadores, aun cuando el empleador no hubiese pagado las aportaciones a la entidad gestora, por tener éste la condición de agente retención. Así, en la redacción original del primer párrafo del artículo 70.º se establecía que:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13, aún cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones (subrayado agregado).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin embargo, esta redacción original del primer párrafo del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 fue modificada por la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 28991, eliminándose la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, quedando redactado de la siguiente manera:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13.

15. Pues bien, teniendo en cuenta la nueva redacción del primer párrafo del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 se impone determinar si la modificación referida ha suprimido la presunción *iuris et de iure* de que se considere aportaciones efectivas a la retención del aporte efectuado por el empleador a la remuneración del trabajador que no es pagada a la entidad gestora. Para resolver esta cuestión debe tenerse presente la posición que ocupa el trabajador, el empleador y la entidad gestora en la relación laboral-previsional de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
16. Sobre el particular, este Tribunal considera que la modificación del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 en nada afecta la responsabilidad de los empleadores por la retención y pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, pues si bien en la nueva redacción se ha eliminado la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, ello no implica que las aportaciones retenidas y no pagadas sean consideradas como aportaciones no efectuadas; por el contrario, las aportaciones retenidas y no pagadas por los empleadores deben ser consideradas como aportaciones efectivas, pues la modificación referida no enerva la calidad de los empleadores como agentes de retención de las aportaciones de los trabajadores.
17. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la relación de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, el trabajador ocupa una posición de desventaja, pues si bien él efectúa la aportación, es el empleador quien la retiene y la paga efectivamente ante la entidad gestora, es decir, es el responsable exclusivo de que las aportaciones ingresen al fondo de pensiones. Por su parte el empleador, al actuar como *agente de retención*, asume una posición de ventaja frente al trabajador por recaer en su accionar la posibilidad de que las aportaciones se realicen de manera efectiva, ya que puede retenerla de la remuneración del trabajador pero no pagarla ante la entidad gestora, pues el trabajador, en calidad de asegurado obligatorio, ocupa un rol de inacción y, por ello, está liberado de toda responsabilidad por el depósito de las aportaciones ante la entidad gestora. Ello implica también que la entidad gestora frente al empleador mantiene una posición de ventaja, ya que le puede imponer una multa por incumplimiento de pago de aportaciones retenidas o exigirle mediante los procedimientos legales el cobro de las aportaciones retenidas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18. Por lo tanto, los asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones nunca se encuentran en la posibilidad efectiva de realizar directamente el pago de sus aportaciones a la entidad gestora, razón por la cual las aportaciones retenidas pero no pagadas al Sistema Nacional de Pensiones serán consideradas para determinar el total de años de aportaciones, pues su pago es responsabilidad exclusiva del empleador.
19. Ello quiere decir que el incumplimiento de la obligación de abonar las aportaciones por el empleador no puede perjudicar al trabajador, ya que si existe incumplimiento en este aspecto, la ONP o la entidad gestora competente debe hacer uso de los procedimientos de cobranza y de las sanciones previstas por la ley para cobrarle al empleador las aportaciones retenidas y no pagadas. En consecuencia, en todos los casos en que se hubiera probado adecuadamente la relación de trabajo, deberá equipararse el periodo de labores como periodo de aportaciones efectivas al Sistema Nacional de Pensiones.
20. Además, debe considerarse que a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N.º 27334 y del Decreto Supremo N.º 039-2001-EF el incumplimiento del pago de las aportaciones constituye un problema de carácter tributario-laboral entre el ente recaudador de la ONP –ahora, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria– y el mismo empleador.

Y es que, como lo señala la Defensoría del Pueblo, la no verificación del aporte efectivo es un problema tributario entre el empleador y la SUNAT, ajeno al trabajador, teniendo la entidad recaudadora sus propias herramientas para exigir su cobro¹.

4.§ La prueba de periodos de aportaciones en la jurisprudencia constitucional

21. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar a los certificados de trabajo presentados en original, en copia legalizada o en copia simple, como medios probatorios idóneos y suficientes para demostrar periodos de aportaciones que han sido considerados por la ONP como aportaciones no acreditadas.

Ello debido a que, luego de una interpretación conjunta de los artículos 11.º y 70.º del Decreto Ley N.º 19990 el Tribunal llegó a la conclusión de que, en el caso de los asegurados obligatorios, los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones, son considerados como periodos de aportaciones efectivas, aunque el empleador no hubiese efectuado el pago de las aportaciones, debido a que está obligado a retenerlas de los trabajadores. Es más, dicha argumentación se ha visto reforzada con la cita del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 19990, que dispone que la ONP se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas.

¹ Informe Defensorial N.º 135. “Por un acceso justo y oportuno a las pensiones: Aportes para una mejor gestión de la ONP”. Lima: 2008, p. 66.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal y es la que se reafirma, luego de la modificación del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990, tal como se ha sustentado en los fundamentos precedentes.

22. Sin embargo debe destacarse que a partir de este criterio jurisprudencial, durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal ha podido detectar, entre otros casos, algunos en los cuales se han presentado documentos falsos para acreditar años de aportaciones no reconocidos por la ONP.

Así, en la STC 09560-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por don Róger Aguinaldo Cabeza Vera contra la ONP y ordenó remitir copia de la sentencia y de los actuados pertinentes al Ministerio Público, porque los datos consignados en uno de los certificados presentados por el demandante no eran ciertos. En este sentido se señaló que:

En cuanto al primer certificado de trabajo, debe señalarse que los datos consignados en el no pueden ser ciertos, puesto que el notario referido fue destituido mediante la Resolución del Consejo del Notariado N.º 005-93-JUS/CN, de fecha 20 de julio de 1993. Por tanto, el demandante no pudo trabajar en la notaría referida hasta el 30 de julio de 1995, porque don Daniel Alejandro Céspedes Marín fue destituido del cargo de notario en el año de 1993.

23. De otro lado, también debe tenerse presente que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria, el Tribunal ha podido detectar otros casos en los cuales el demandante, para acreditar periodos de aportación, ha presentado certificados de trabajo que han sido expedidos por terceros o certificados de trabajo que son contradictorios en su contenido.

En la STC 4332-2005-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Heraclio Barranzuela Cienfuegos contra la ONP, debido a que los certificados de trabajo que presentó para acreditar que contaba con 20 años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación, habían sido expedidos por terceras personas y eran contradictorios. En tal sentido, para desestimar la demanda se precisó que:

(...) se advierte a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, un certificado de trabajo firmado por Manuel Rangel Castro, sosteniendo ser ex empleado de la oficina de la ex hacienda Yapatera, la misma que fue de propiedad de la señora Josefina Checa viuda de Mc Donald; certificado donde se afirma que el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1950 hasta 1971; pero también obra en el expediente, a fojas 6, otro certificado de trabajo firmado por Miguel Torres Carrasco - adjuntado por el recurrente junto con la presente demanda -, que tiene por fecha el mes de mayo de 2004, quien también afirma ser ex empleado (apuntador general) de la ex hacienda Compañía Agrícola Yapatera S.A. y que ésta fue de propiedad de la señora Josefa Checa de Mc Donald. Según este certificado, el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1953 hasta el 30 de diciembre de 1957. Con estos documentos el recurrente pretende acreditar que reúne los 20 años de aportaciones necesarios para obtener su pensión de jubilación; sin embargo, al estar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

firmados por terceros y no por su ex empleador, no podrían ser tomados como medios de prueba para acreditar su relación laboral. Más aún, se advierte contradicción entre ellos: mientras el documento que obra a fojas 6 sostiene que el recurrente laboró desde el año 1953 hasta diciembre del año 1957 en la referida hacienda, el documento que obra a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, sostiene que lo hizo desde el año 1950 hasta el año 1971. Es decir, no sólo su validez está en cuestión, sino también su veracidad, lo que hace imposible acreditar con ellos ni la relación laboral ni el tiempo efectivamente laborado que determine los años de aportaciones que se le habrían desconocido al recurrente (...).

24. Finalmente, debe destacarse que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal también ha podido detectar casos en los cuales el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones sin que presente algún medio probatorio que los acredite.

Así, en la STC 10465-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Edilberto Dueñas Coronado contra la ONP. En dicha causa, el demandante solicitaba que se le reconociera un total de 33 años aportaciones, en vez de los 27 años de aportaciones que le había reconocido la ONP. Al analizar la controversia, el Tribunal desestimó la demanda porque:

(...) para acreditar dichos años de aportaciones, el demandante no ha[bía] adjuntado ningún medio probatorio (certificados de trabajo, boletas de pago, liquidación de tiempo de servicios, resumen de aportaciones, entre otros).

En igual sentido, en la STC 00273-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Bernardo Isaac Leud Ku contra la ONP. En dicha causa, la controversia se centraba en determinar si el demandante cumplía con los 20 años de aportaciones exigidos por el artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25967 para acceder a una pensión de jubilación. Al analizar la controversia, se desestimó la demanda porque de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en el expediente, se llegó a la conclusión de que:

(...) no se puede verificar si efectivamente el recurrente tiene acreditado su derecho respecto a dichos años de aportación por cuanto no ha presentado documentos con los que al menos pruebe la relación laboral con sus distintos empleadores durante el referido tiempo.

25. Por lo tanto, teniendo presente que el criterio reseñado ha sido aprovechado abusivamente por los demandantes, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedentes de observancia obligatoria respecto de las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo para la acreditación de periodos de aportaciones considerados como no acreditados por la ONP.

Cabe destacar que estas reglas particulares que han de seguir los jueces que conozcan procesos de amparo, para determinar cuándo un demandante ha acreditado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fehacientemente periodos de aportaciones, tiene su razón de ser no solo por la inexistencia de estación probatoria en el proceso de amparo, sino también porque el criterio referido ha sido utilizado maliciosamente por los demandantes.

5. § Reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo

26. De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.
- b. La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.
- c. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.
- d. En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.
- e. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.

- f. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

6.8 Análisis de la controversia

27. Los artículos 47.º y 48.º del Decreto Ley N.º 19990, vigentes antes de la promulgación del Decreto Ley N.º 25967, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que tienen derecho a pensión del régimen especial de jubilación los hombres que: a) cuenten 60 años siempre que hayan nacido antes del 1 de julio de 1931; b) hayan estado inscritos en las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social o del Seguro Social del Empleado; y, c) acrediten, por lo menos, cinco años de aportaciones, siempre que sean asegurados obligatorios o que, habiéndolo sido, opten por la continuación facultativa.
28. En el caso de autos, según el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, el actor nació el 25 de noviembre de 1949, es decir, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990 para tener derecho a adquirir una pensión de jubilación conforme al régimen especial, por lo que dicho régimen de jubilación no le resulta aplicable.
29. No obstante, este Colegiado considera que en atención al contenido de la resolución cuestionada, procede la aplicación del principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, en el presente caso la configuración legal del derecho a la pensión del demandante se analizará según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen de jubilación adelantada establecido en el Decreto Ley N.º 19990, así como por sus modificatorias.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30. Conforme al artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990, para tener derecho a una pensión de jubilación adelantada se requiere tener, en el caso de los hombres, como mínimo, 55 años de edad y 30 años completos de aportaciones.
31. De la Resolución N.º 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990 y del Cuadro Resumen de aportaciones, obrantes a fojas 2 y 7, se advierte que la ONP le denegó al demandante la pensión de jubilación adelantada porque consideró que: a) sólo había acreditado 17 años y 5 meses de aportaciones; y b) existía la imposibilidad material de acreditar los 22 años y 10 meses de aportaciones efectuados de 1965 a 1970, de 1975 a 1978 y de 1980 a 1984, así como los periodos faltantes de 1964, 1971, 1973, 1974, 1979, de 1985 a 1992 y de 1994 a 1996.
32. Para demostrar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran, el demandante ha adjuntado a su demanda dos certificados de trabajo obrantes a fojas 9 y 14, y dos liquidaciones de beneficios sociales obrantes a fojas 10 y 11, que acreditan que ha trabajado para Electro Cerámica Chimbote S.A. desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 11.º y 70.º del Decreto Ley N.º 19990, dicho periodo deberá ser tomado en cuenta como periodo de aportaciones para efectos de otorgarle pensión de jubilación, aun cuando el empleador no hubiese hecho el pago de las aportaciones correspondientes, toda vez que la demandada debe efectuar la cobranza de las aportaciones indicadas de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, haciendo uso de los apremios que resulten necesarios para dicho fin.
33. Por tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el actor acredita 21 años y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales, sumados a los 17 años y 5 meses de aportaciones reconocidos por la demandada, hacen un total de 38 años y 9 meses de aportaciones. Asimismo, con el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, se acredita que el demandante nació el 25 de noviembre de 1949, y que cumplió los 55 años el 25 de noviembre de 2004.
34. Siendo así, el demandante reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada; y, consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe abonarle las pensiones devengadas de conformidad con el artículo 81.º del Decreto Ley 19990, para lo cual deberá tener en cuenta la fecha de apertura del Expediente N.º 00900037205, en el que consta la solicitud de la pensión denegada.
35. Adicionalmente se debe ordenar a la emplazada que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246.º del Código Civil, y que proceda a su pago en la forma establecida por la Ley N.º 28798.
36. Habiéndose acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional a la pensión, corresponde, de conformidad con el artículo 56.º del Código Procesal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

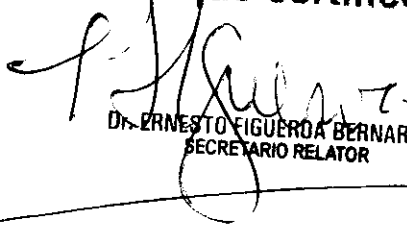
1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones N.^{os} 0000040058-2005-ONP/DC/DL 1990 y 0000053395-2006-ONP/DC/DL 1990.
2. Ordenar que la emplazada cumpla con otorgarle al recurrente una pensión de jubilación adelantada con arreglo al artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990, y que le abone las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes, así como los costos procesales en la etapa de ejecución de la sentencia.
3. Declarar que los criterios previstos en el fundamento 26, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:


Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- Expediente N° 00198-2003-AC/TC

EXP. N.º 0198-2003-AC/TC
SANTA
CARLOS BRIONES VIGO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartitigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Briones Vigo contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 59, su fecha 4 de noviembre del 2002, que declara improcedente la acción de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de mayo de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 3888- PJ-DIV.PENS-IPSS-92, del 17 de febrero de 1992; se nivele su pensión de jubilación en aplicación de lo dispuesto por la Ley N.º 23908, y se disponga el pago de las pensiones dejadas de percibir desde el 16 de enero de 1992. Considera que su reclamo deriva de una derecho adquirido que la emplazada se niega a reconocer, y que le corresponde percibir una pensión mínima no menor al equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales.

La ONP no contesta la demanda.

El Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 9 de julio de 2002, declara infundada la demanda, por considerar que se verifica el cumplimiento de la Ley N.º 23908 al evidenciarse que la pensión de jubilación otorgada al demandante supera el monto mínimo establecido en ella, y que a la fecha, la norma no resulta exigible, pues fue aplicable solo hasta el 18 de diciembre de 1992.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, estimando que la pretensión principal está dirigida a que se declare la inaplicabilidad de la resolución que otorga la pensión al demandante, asunto que debe ventilarse en una acción contencioso-administrativa o de amparo.

FUNDAMENTOS

1. El Decreto Ley N.º 19990, vigente desde el 1 de mayo de 1973, crea el Sistema Nacional de Pensiones, con el propósito de unificar los diversos regímenes de seguridad social existentes y eliminar injustas desigualdades, entre otras consideraciones. La pensión resultante del sistema de cálculo establecido en cada modalidad de jubilación, se denominó *pensión inicial*, monto sobre el cual se aplicaban los aumentos dispuestos conforme a dicha norma.

Pensión Mínima del Sistema Nacional de Pensiones

2. Mediante la Ley N.º 23908 – publicada el 07-09-1984 – se dispuso: “Fíjase en una cantidad igual a tres sueldos mínimos vitales, establecidos por la actividad industrial en la Provincia de Lima, el monto mínimo de las pensiones de invalidez y jubilación a cargo del Sistema Nacional de Pensiones”.

$$\text{Pensión Mínima} = 3 \text{ SMV}$$

3. Al respecto, es preciso señalar que al dictarse la Ley N.º 23908 se encontraba vigente el Decreto Supremo N.º 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984, que estableció la *remuneración mínima* de los trabajadores, uno de cuyos tres conceptos *remunerativos* era el sueldo mínimo vital.
4. El Decreto Supremo N.º 023-85-TR – publicado el 02 de agosto de 1985 – ordena que, a partir de 1 de agosto de 1985, el Ingreso Mínimo Legal estará constituido por:

$$\text{IML} = \text{SMV} + \text{BONIFICACIÓN SUPLEMENTARIA}$$

5. El Decreto Supremo N.º 054-90-TR (publicado el 20-08-1990) subraya la necesidad de proteger la capacidad adquisitiva de los trabajadores de menores ingresos, mediante el otorgamiento de una *Remuneración Mínima Vital*, la misma que, según su artículo 3º, estará integrada, entre otros conceptos, por el Ingreso Mínimo Legal, el cual incorporó y sustituyó al Sueldo Mínimo Vital, convirtiéndose este concepto sustitutorio en el referente para los efectos legales y convencionales en lo que resultara aplicable.

El monto del Ingreso Mínimo Legal, como referente para el cálculo de la pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones, fue regulado por última vez por el Decreto Supremo N.º 002-91-TR.

6. Posteriormente, el Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos exigidos para la percepción de las pensiones de jubilación, incrementando el mínimo de años de aportaciones (artículo 1º) y estableciendo un nuevo sistema de cálculo para determinar la pensión inicial (artículo 2º). Asimismo, modificó el monto máximo de pensión mensual del Sistema Nacional de Pensiones y señaló el mecanismo para su modificación.

En consecuencia, con la promulgación del referido Decreto Ley, quedó derogada tácitamente la Ley N.º 23908, que regulaba el monto de la pensión mínima estableciendo un referente común y determinado para todos los pensionistas – sueldo mínimo vital y luego el Ingreso Mínimo Legal–, para regresar al sistema determinable de la pensión, en función de los años de aportaciones y remuneración de referencia de cada asegurado.

7. Luego, el Decreto Legislativo N.º 817 (publicado el 23-04-1996), en su Cuarta Disposición Complementaria ordenó: “Establézcase, para los regímenes a cargo de la ONP, los niveles *depensión mínima* mensual que se señalan a continuación:

Para pensionistas por derecho propio

. Con 20 o más años de aportación	S/. 200.00
. Entre 10 y 19 años de aportación	S/. 160.00
. Entre 5 y 9 años de aportación	S/. 120.00
. Con menos de 5 años de aportación	S/. 100.00

Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el régimen legal que corresponda, considerando como pensión del causante los montos mínimos señalados en el inciso anterior. Por excepción, se considerará como pensión mínima del causante un monto de S/. 200.00

Para pensionistas por invalidez S/. 200.00”.

8. El Decreto de Urgencia N.º 105-2001 (publicado el 31-08-2001), en su artículo 5.2, incrementó “los niveles de *pensión mínima mensual* de las pensiones comprendidas en el referido régimen pensionario (entiéndase el Sistema nacional de Pensiones), fijándolos en los montos que se indican a continuación:

Para pensionistas por derecho propio

. Con 20 años o más años de aportación.....	S/. 300.00
. Con 10 años y menos de 20 años de aportación.....	S/. 250.00
. Con 6 años y menos de 10 años de aportación.....	S/. 223.00
. Con 5 años o menos de 5 años de aportación.....	S/. 195.00

Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley N.º 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante genere por dicho concepto inferior a S/. 195.00

Para pensionistas por invalidez..... S/. 300.00”.

9. Luego, la Ley N.º 27617 (publicada el 01-01-2002), en su Disposición Transitoria Única, estableció que la *pensión mínima* en el Sistema Nacional de Pensiones era de S/. 415.00, y mediante la Ley N.º 27655 se precisó que dicha pensión mínima recaía sobre las pensiones percibidas con un mínimo de 20 años de aportación a dicho sistema pensionario.

En concordancia con la citada ley, mediante la Resolución Jefatural N.º 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002) se dispuso “Incrementar los niveles de pensión mínima mensual de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N.º 19990, de conformidad con los montos que se detallan a continuación:

Para pensionistas por derecho propio:

. Con 20 años o más de aportación	:	S/. 415.00
. Con 10 años y menos de 20 años de aportación	:	S/. 346.00
. Con 6 años y menos de 10 años de aportación	:	S/. 308.00
. Con 5 años o menos de 5 años de aportación	:	S/. 270.00

Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley N° 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante genere por dicho concepto inferior a S/. 270.00

Para pensionistas por invalidez : S/. 415.00.

10. Del recuento de las disposiciones que regularon la pensión mínima, se concluye lo siguiente:

- a) La Ley N.º 23908 modificó el Decreto Ley N.º 19990, que en su diseño estableció la pensión inicial como la resultante de la aplicación del sistema de cálculo previsto para las distintas modalidades de jubilación, creando el concepto de *pensión mínima*, la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, se convirtió en el monto mínimo que correspondía a todo pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, salvo las excepciones previstas en la propia norma.
- b) La pensión mínima originalmente se estableció en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales, pero, posteriormente, las modificaciones legales que regularon los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores, la transformaron en el ingreso mínimo legal, el mismo que, solo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.
- c) La pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad; más bien, el referente de cálculo de la misma se determinó utilizando uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.
- d) El Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N.º 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituyó el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia – 19 de diciembre de 1992 – inaplicable la Ley N.º 23908.
- e) Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la vigencia del Decreto Ley N.º 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967.
- f) Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N.º 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión, en el equivalente a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el ingreso mínimo legal, en cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo de tiempo.

- g) A partir del 19 de diciembre de 1992, resultan de aplicación las disposiciones del Decreto Ley N.º 25967, que establecen el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, hasta que el Decreto Legislativo N.º 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.
 - h) Cabe precisar que en todos los casos, independientemente de la fecha en la cual se haya producido la contingencia y de las normas aplicables en función de ello, corresponde a los pensionistas percibir los aumentos otorgados desde el 19 de diciembre de 1992, mediante cualquier tipo de dispositivo legal (entiéndase Decreto de Urgencia, Decreto Supremo, Resolución Jefatural de la ONP o cualquier otra norma), siempre y cuando el nuevo monto resultante de la pensión no supere la suma establecida como pensión máxima por la normativa correspondiente, en cada oportunidad de pago, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 78º y 79º del Decreto Ley N.º 19990 y el artículo 3º del Decreto Ley N.º 25967.
11. El Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 956-2001-AA/TC y 574-2003-AA/TC, ha manifestado que en los casos de restitución de derechos y en los que el pago de la prestación resultara insignificante, por equidad, debe aplicarse el criterio expuesto en el artículo 1236º del Código Civil. Dichas ejecutorias también señalan que debe tenerse en cuenta el artículo 13º de la Constitución Política de 1979, que declaraba que “La seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley”, lo cual concuerda con lo que establece el artículo 10º de la vigente Carta Política de 1993.
 12. De la Resolución N.º 3888-PJ-DIVPENS-IPSS-92 se advierte que el demandante percibe pensión de jubilación desde el 16 de enero de 1992, correspondiéndole el beneficio de la pensión mínima dispuesto por la Ley N.º 23908, hasta el 18 de diciembre de 1992.

Del reajuste de las pensiones

13. El artículo 4º de la Ley N.º 23908 señala que “el reajuste de las pensiones a que se contrae el artículo 79º del Decreto Ley N.º 19990 y artículos 60º a 64º de su Reglamento se efectuará con *prioridad* trimestral, teniéndose en cuenta las variaciones en el costo de vida de vida que registra el índice de precios al consumidor correspondientes a la zona urbana de Lima”.
14. El artículo 79º del Decreto Ley N.º 19990 establece que los reajustes de las pensiones otorgadas serán fijados, previo estudio actuarial, considerando las variaciones en el costo de vida y que, en ningún caso, podrá sobrepasarse el límite señalado en el artículo 78º, por efecto de uno o más reajustes, salvo que dicho límite sea a su vez reajustado. Igualmente, debe tenerse en cuenta que los artículos 60º a 64º de su Reglamento también se refieren a que dicho reajuste se efectuará en función de las variables de la economía nacional.

15. Por tanto, este Tribunal considera necesario precisar que el referido reajuste de las pensiones está condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Lo señalado fue previsto desde la creación del sistema y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado, se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la acción de cumplimiento.
2. Ordena que la demandada cumpla con reajustar la pensión de jubilación del demandante de acuerdo con los criterios de la presente sentencia, abonando los devengados que correspondan, siempre que, en ejecución de sentencia, no se verifique el cumplimiento de pago de la pensión mínima de la Ley N.º 23908, durante el periodo de su vigencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- Expediente N° 01294-2004-AA/TC

EXP. N.º 1294-2004-AA/TC
LAMBAYEQUE
ANDRÉS JUSTINIANO LLAMOGTANTA CHÁVEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Andrés Justiniano Llamogtanta Chávez contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 152, su fecha 29 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de setiembre de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare inaplicable la Resolución N.º 054058-98-ONP/DC, de fecha 22 de diciembre de 1998, que aplica a su caso, retroactiva e ilegalmente, el Decreto Ley N.º 25967, y se ordene que se calcule su pensión de jubilación de acuerdo al Decreto ley N.º 19990, y se le abonen los reintegros e intereses legales correspondientes.

Aduce que ya había adquirido su derecho pensionario al amparo del Decreto Ley N.º 19990, antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25967, y que al aplicársele éste se le ha otorgado una pensión diminuta y con un tope que no le corresponde, dado que en la fecha que alcanzó la contingencia el tope aplicable se encontraba establecido en S/. 2,760.00. Agrega que conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.º 007-96-I/TC, las disposiciones del Decreto Ley N.º 19990 resultan ultractivamente aplicables para el cálculo de su pensión.

La ONP contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, aduciendo que la pensión de jubilación del recurrente ha sido liquidada conforme el Decreto Ley N.º 19990, y que no ha acreditado vulneración alguna de sus derechos constitucionales.

El Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 18 de julio de 2003, declaró infundada la demanda, argumentando que de la resolución cuestionada se advierte que la pensión del demandante se ha calculado y otorgado conforme a lo normado en el Decreto Ley N.º 19990.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos, precisando que la resolución administrativa impugnada únicamente hace referencia al artículo 7º del Decreto Ley N.º 25967, que trata de la creación de la ONP y no de normas de cálculo.

FUNDAMENTOS

1. El demandante pretende que se le otorgue pensión de jubilación sin considerar la pensión máxima establecida por el Decreto Ley N.º 25967, en razón de que, a tenor del Decreto Ley N.º 19990, el tope aplicable a su caso es equivalente al 80% de la suma de las 10 remuneraciones legales, vigentes a la fecha de contingencia.
2. Teniendo en cuenta lo señalado por el demandante, resulta conveniente realizar una reseña de cómo se ha regulado el monto de la pensión máxima establecida por el Decreto Ley N.º

1990, especialmente de las disposiciones pertinentes contenidas en sus artículos 10° y 78°, a efectos de determinar la legislación aplicable en la fecha de contingencia.

Pensión Máxima del Sistema Nacional de Pensiones

3. El Decreto Ley N.° 19990, vigente desde el 1 de mayo de 1973, crea el Sistema Nacional de Pensiones, con el propósito de unificar los diversos regímenes de seguridad social existentes y eliminar injustas desigualdades, entre otras consideraciones.
4. Con el artículo 78° se reguló el monto máximo de la pensión como un instituto de orden financiero establecido para atender la naturaleza solidaria del Sistema, basado en el reparto del fondo común, para el que se contribuye con la finalidad de pagar las pensiones sobre la base de los aportes de los asegurados activos (trabajadores).
El texto original del Artículo 78° señalaba que *“El Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales, previo estudio actuarial, propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones, el que será fijado por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”*.
5. De otro lado, en el artículo 10° se indicó que *“La remuneración máxima asegurable sobre la que se pagará aportaciones, por cada empleo, será fijada por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales y previo estudio actuarial.”*
6. Para una mejor lectura de los artículos transcritos, es preciso señalar que el artículo 8° define la remuneración asegurable como el total de las cantidades percibidas por el asegurado por los servicios que presta a su empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se les dé, con las excepciones señaladas por la propia norma; y que el artículo 79°, –que no ha sido objeto de modificación alguna hasta la fecha–, señala que no podrá sobrepasarse el límite señalado en el artículo 78° por efecto de uno o más reajustes, salvo que dicho límite sea a su vez reajustado.
7. En aplicación de la normatividad vigente en aquella época, se reguló mediante Decretos Supremos, de acuerdo a las posibilidades financieras del Sistema, el monto máximo de las pensiones, en cifra determinada, hasta la publicación del Decreto ley N.° 22847.
8. En efecto, el 31 de diciembre de 1979 se dictó el Decreto Ley N.° 22847, mediante el cual se sustituyó el texto de los artículos 10° y 78° del Decreto Ley N° 19990, con el objeto de reajustar el monto de la remuneración máxima asegurable y el de las pensiones máximas, quedando redactados de la siguiente manera:
Artículo 10°.- “La remuneración máxima asegurable sobre la que se pagará aportaciones por cada empleo, a partir del 1 de enero de 1980, será una suma igual a cinco remuneraciones mínimas vitales señaladas para la Provincia de Lima, reajustadas, en su caso al millar superior siguiente”.
Artículo 78°.- “La pensión máxima mensual que abonará el Seguro Social del Perú a partir del 1 de enero de 1980, será una suma equivalente al 80% de la cantidad fijada en el artículo 10°”.
9. Luego, el Decreto Supremo N.° 078-83-PCM dispuso un aumento a partir del 1 de octubre de 1983, incrementando la remuneración asegurable en una suma igual a siete y medio remuneraciones mínimas vitales, y la pensión máxima en el equivalente al 80% de dicha suma.
10. Posteriormente, el Decreto Supremo N.° 077-84-PCM, publicado el 30 de noviembre de 1984, señaló que la remuneración máxima asegurable, será igual a diez veces el monto de la remuneración mínima mensual que perciba un trabajador no calificado de la provincia de Lima.
Asimismo, que la pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social, sea el equivalente al 80% de la suma de 10 remuneraciones mínimas mensuales asegurables, con arreglo a las normas contenidas en el Decreto Ley N.° 19990.

11. Finalmente, el Decreto Ley N.º 25967, modificatorio del Decreto Ley N.º 19990, estableció nuevas condiciones para el goce de las pensiones, un nuevo sistema de cálculo, y reguló expresamente en su artículo 3º el monto máximo de las pensiones que otorga el Instituto Peruano de Seguridad Social, fijándolo en S/.600.00.
12. El recuento de las disposiciones que han regulado la remuneración máxima asegurable y la pensión máxima, nos permiten concluir lo siguiente:
 - a) Conforme al diseño original del Decreto Ley N.º 19990, el monto de la pensión otorgada por el Sistema Nacional de Pensiones era el resultante del sistema de cálculo establecido en cada modalidad de jubilación, el mismo que en ningún caso podía superar el monto máximo fijado por Decreto Supremo, conforme a la propia norma rectora del sistema.
 - b) El Decreto Ley N.º 22847 modificó al 19990 para cambiar el referente de la pensión máxima de un monto fijo y determinado a otra variable y determinable en función a dispositivos legales que regulaban la remuneración de los trabajadores, quedando establecida desde el 1 de enero de 1980 hasta el 30 de setiembre de 1983 en el 80% de 5 remuneraciones mínimas vitales (5 RM), incrementándose el monto de la pensión máxima durante ese período de tiempo, en la medida que la remuneración mínima vital fuera reajustada.
 - c) Adicionalmente, para un mayor aumento del monto máximo de las pensiones, mediante decreto supremo, se modificó el número de remuneraciones mínimas referentes para establecer el monto máximo de la pensión, incrementándose inicialmente al 80% de 7 ½ RM, mediante el Decreto Supremo N.º 078-83-PCM vigente entre el 1 de octubre de 1983 y el 30 de noviembre de 1984; y, finalmente, en el 80% 10 RM, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 077-84-PCM.
 - d) El referente de cálculo del monto de la pensión máxima –80% de 10 RM– no ha sido modificado desde el 1 de diciembre de 1984, fecha de vigencia del Decreto Supremo N.º 077-84-PCM; no obstante, la pensión máxima se ha incrementado indirectamente, en la medida que la remuneración mínima de los trabajadores fue aumentando progresivamente.
 - e) El Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, reguló el monto máximo de las pensiones, retornando al método establecido por el Decreto Ley N.º 19990, es decir, fijando un monto determinado que será reajustado periódicamente mediante decreto supremo, en atención a las previsiones presupuestarias del Sistema.
 - f) A la fecha de vigencia del Decreto Ley N.º 25967, conforme al Decreto Supremo N.º 03-92-TR, la remuneración mínima de un trabajador era S/.72.00; por tanto, la pensión máxima vigente a la fecha de dictarse esta norma sustitutoria era de S/. 576.00, equivalentes al 80% de 10 remuneraciones mínimas (S/. 72 x 10RM x 80%).
 - g) Por tanto, la pensión máxima establecida en el 80% de 10 RM, debe aplicarse a aquellos asegurados que hubieren alcanzado la fecha de contingencia entre el 1 de diciembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1992, día anterior a la vigencia del Decreto Ley N.º 25967. A partir del 19 de diciembre de 1992, resulta de aplicación el artículo 3º del Decreto Ley N.º 25967 y los reajustes del monto de las pensiones establecidos por decreto supremo, conforme a este dispositivo legal, según la fecha de contingencia.
 - h) Cabe precisar que, en todos los casos, independientemente de la fecha en la cual se haya producido la contingencia y de las normas aplicables en función de ello, corresponde a los pensionistas percibir los aumentos otorgados desde el 19 de diciembre de 1992 mediante cualquier tipo de dispositivo legal (entiéndase Decreto de Urgencia Decreto Supremo, Resolución Jefatural de la ONP u cualquier otra norma); siempre y cuando el nuevo monto resultante de la pensión no supere la suma

establecida como pensión máxima por la normativa correspondiente, en cada oportunidad de pago, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 78° y 79° del Decreto Ley N.° 19990 y el artículo 3° del Decreto Ley N.° 25967.

13. A la luz de las conclusiones precedentes, es pertinente recordar que, antes de la modificación constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la obligación de respetar los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N.° 19990.
14. De igual forma ha precisado que, para la obtención del derecho a percibir pensión, se debe aplicar la legislación vigente a la fecha en que el asegurado reúna los requisitos para acceder a dicha pensión, independientemente del momento en que se solicite u otorgue, y que las normas conexas y complementarias que regulan instituciones vinculadas, tales como la pensión mínima, pensión máxima, etc., deben aplicarse durante su período de vigencia.
15. En ese sentido, habiéndose evidenciado que existen asegurados que deciden seguir trabajando aun cuando tienen expedito su derecho para solicitar la pensión de jubilación, es pertinente precisar que, en el momento de hacerse efectiva, se respetarán los requisitos y el sistema de cálculo vigentes en la fecha en que adquirieron el derecho a la pensión. No obstante, corresponderá aplicar para el cálculo de la pensión correspondiente las normas complementarias que regulan instituciones como la pensión mínima, pensión máxima, etc., vigentes a la fecha de la solicitud, y las que resulten aplicables durante el período en que deberán reconocerse las pensiones devengadas conforme al artículo 81° del Decreto Ley N.° 19990.
16. En el presente caso, de la Resolución N.° 54058-98-ONP/DC se advierte que el demandante percibe pensión de jubilación adelantada, según el Decreto Ley N.° 19990, desde el 5 de setiembre de 1997. Asimismo, que a la fecha de contingencia, establecida el 4 de setiembre de 1997, la pensión máxima vigente se encontraba regulada por el artículo 3° del Decreto Ley N.° 25967, y que el Decreto Ley N.° 25967 ha sido invocado sólo para establecer la competencia de la ONP.
17. En consecuencia, no se evidencia vulneración alguna de sus derechos constitucionales.

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

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la acción de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO

**UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO
COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**

- Expediente N° 02214-2014-PA/TC
- Expediente N° 02513-2007-PA/TC

**UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO
COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**

- Expediente N° 02214-2014-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de mayo de 2015

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Inocente Puluche Cárdenas contra la resolución de fojas 130, de fecha 8 de enero de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró la nulidad de la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, y ordenó que el juez de la causa expida nueva resolución; y,

ATENDIENDO A

Antecedentes

1. En el proceso de amparo seguido por el recurrente contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia contenida en la Resolución 10, de fecha 26 de mayo de 2005 (f. 1), revocando la apelada y, reformándola, declaró

FUNDADA la indicada demanda, en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución número 1800-A-058-CH-79, y, se ordena que la demandada emita nueva resolución reajustando la pensión de jubilación del demandante de acuerdo con los criterios de la presente sentencia, siempre que, en ejecución de la misma no se verifique el cumplimiento de la Ley número 23908, durante el periodo de su vigencia, debiendo pagarse los devengados que corresponda e intereses correspondientes.

2. En el marco de la etapa de ejecución de sentencia, y en cumplimiento del mandato judicial contenido en la sentencia antes citada, la ONP emitió la Resolución N° 69717-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de agosto de 2005 (f. 9), mediante la cual otorgó a favor del actor pensión de jubilación del Decreto Ley 19990, por la suma de S/. 8,868.96 (ocho mil ochocientos sesenta y ocho con noventa y seis céntimos soles oro), a partir del 10 de octubre de 1978, la cual, reajustada de acuerdo a lo establecido por la Ley 23908, asciende a la suma de S/. 5.71 (cinco nuevos soles con setenta y un céntimos), al 1 de mayo de 1990, y, actualizada a la fecha de la expedición de la resolución, asciende a la suma de S/. 686.09 (seiscientos ochenta y seis nuevos soles con nueve céntimos).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

3. Asimismo, la ONP, en el informe de fecha 4 de agosto de 2009 (f. 37), refiere que, en cumplimiento del mandato judicial expedido en etapa de ejecución de sentencia por el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lambayeque, con fecha 30 de abril de 2008, que ordena efectuar el pago de los intereses legales, se está procediendo a efectuar el cálculo de dichos intereses a partir del 1 de junio de 1990 (mes siguiente a la regularización de los devengados) hasta el 9 de agosto de 2005 (día anterior a la emisión de la Resolución 69717-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de agosto de 2005), por la suma de S/. 20, 533.95 (veinte mil quinientos treinta y tres nuevos soles con noventaicinco céntimos), monto al que se deduce la suma de S/. 1,124.42 pagado por el mismo concepto, generándose el interés legal neto por la suma de S/. 19,409.53 (diecinueve mil cuatrocientos nueve nuevos soles con cincuentatré céntimos).
4. Ante la observación formulada por el demandante a la liquidación de intereses legales, el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lambayeque, mediante Resolución 25, de fecha 8 de enero de 2010 (f. 58), declaró fundada en parte la observación y ordenó se remitan los actuados al Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial, a fin de que proceda a practicar una nueva liquidación de intereses legales.
5. La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 2, de fecha 23 de junio de 2010 (f. 63), confirmó la resolución de fecha 8 de enero de 2010 y remitió los actuados al Departamento de Liquidaciones de la Corte Superior.
6. Mediante Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013 (f. 113), el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque declaró infundadas las observaciones formuladas por la ONP contra la liquidación practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe Pericial 1026-2011-DRLL-PJ y contra el Informe Pericial 278-2012-DRLL-PJ, en consecuencia, aprobó las liquidaciones por la suma de S/. 93,486.60 (noventa y tres mil cuatrocientos ochenta y seis nuevos soles con sesenta céntimos), monto que es el saldo a reintegrar por intereses legales.
7. Interpuesto el recurso de apelación por la ONP, la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 2, de fecha 8 de enero de 2014 (f. 130), declaró nula la citada Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, y dispuso que el Juzgado emita un nuevo pronunciamiento.

§. Fundamentos

Delimitación del petitorio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

8. En el caso de autos, el recurso de agravio constitucional (RAC) tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución 2, de fecha 8 de enero de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró nula la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, expedida por el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, a través de la cual se declaró, a su vez, infundadas las observaciones formuladas por la ONP contra la liquidación de intereses legales efectuada al recurrente, por considerar que la decisión de la Corte Superior viola su derecho constitucional procesal a la ejecución de sentencias en sus propios términos.
9. En tal sentido, la controversia en el presente caso tiene que ver con la forma de calcular los intereses legales en materia de pensiones, específicamente si estos deben capitalizarse o no. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de pensiones, que se ha pronunciado en determinadas oportunidades sobre la aplicación o interpretación de leyes siempre y cuando haya existido relevancia constitucional en dicha aplicación o interpretación, e incluso sobre reglas de procedencia para el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses, es pertinente dicho pronunciamiento sobre el aludido cálculo de intereses.

Los intereses y su regulación en el Código Civil

10. Los intereses pueden definirse como la contraprestación que corresponde por el uso del dinero en el tiempo. En ese sentido, constituyen el precio fundamental de la economía, puesto que permiten estructurar el proceso de producción, al coordinar la valoración presente versus la valoración futura de los bienes y servicios.

Los intereses pueden ser clasificados atendiendo a diferentes criterios. Entre éstos, cabe aquí destacar los dos siguientes: por un lado, si se toma en consideración quién define su tasa, pueden ser *convencionales* o *legales*; por otro lado, si se toma en cuenta el tipo de contraprestación que representan, pueden ser *compensatorios* o *moratorios*. Tales criterios permiten precisar, a su vez, las siguientes conjugaciones:

- (i) *Interés convencional compensatorio*: es aquel pactado por las partes y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
- (ii) *Interés convencional moratorio*: es fijado por las partes con el objeto de indemnizar la mora en el pago.
- (iii) *Interés legal compensatorio*: lo determina la ley y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
- (iv) *Interés legal moratorio*: también fijado por mandato de la ley con la intención de indemnizar la mora en el pago.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

11. Nuestro Código Civil, por su parte, ha señalado en su artículo 1242 que los intereses pueden ser de tipo compensatorio y moratorio. Así, respecto de los primeros, ha precisado que constituyen “la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien” en tanto que a los intereses moratorios, los ha definido como aquellos que tienen por objeto “indemnizar la mora en el pago”.
12. A efectos del análisis del presente caso, importa detener la atención en el supuesto de pago de interés por mora. Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante la concurrencia de los requisitos para devengar intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de ley, dicho deudor estará obligado a su pago (Cfr. Osterling Parodi, Felipe y otro. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima, Palestra, 2008, p. 533). En esa línea, el artículo 1246 del código precisa que si las partes no han pactado el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según el caso, será compensatorio o legal. Por ello, en el caso de intereses generados por incumplimiento de deuda de naturaleza previsional, el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo señalado en dicho artículo 1246, ha referido que son de tipo legal (Cfr. Exp. 05430-2006-PA).
13. Ahora bien, resulta oportuno precisar que existe una diferencia entre los conceptos de “interés legal” y “tasa de interés legal”. Ambos conceptos no son equivalentes. Los intereses legales son simplemente los que se deben por mandato de la ley. En cambio, la expresión “tasa de interés legal” se refiere a la que hay que pagar cuando las partes han pactado intereses, pero sin haber fijado la tasa (Osterling Parodi, Felipe y otro. *Op. Cit.*, p. 528).
14. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1244 del código sustantivo, la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva (BCR), por cuanto, en el marco del diseño constitucional, el BCR es el órgano regulador de la moneda y del crédito del sistema financiero.

La tasa de interés legal aplicable a los intereses generados en deudas de naturaleza previsional

15. A este respecto, resulta oportuno recordar que el Tribunal, en el Exp. 05430-2006-PA, publicado el 4 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, estableció, en calidad de precedente, las reglas sustanciales y procesales para el reconocimiento de las pretensiones referidas al pago de devengados, reintegros e intereses legales, cuando en segunda instancia se estimara una pretensión comprendida en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Así, en la referida sentencia determinó que los intereses legales deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

16. Posteriormente, la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada el 4 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, estableció en su nonagésima séptima disposición complementaria que

(...) el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales, en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición (subrayado nuestro).

17. En el caso de autos, como ya se expresó, la controversia se suscita porque la Sala cuestionada valida indirectamente la observación formulada por la ONP a la liquidación de intereses legales derivados de la deuda previsional que el Estado mantiene con el recurrente. Dicha observación pone en entredicho la forma de calcular los intereses legales en materia de pensiones, específicamente si estos deben capitalizarse o no al momento de elaborar la respectiva liquidación.
18. Sobre el particular, a efectos de resolver dicha controversia deben tenerse en consideración los siguientes elementos de juicio: atendiendo a: i) que el modo de calcular el pago de los intereses legales derivados de deudas de naturaleza previsional es una labor a ser determinada por el legislador, y éste no ha regulado de forma permanente tal modo de cálculo, salvo la citada estipulación temporal prevista en la ley de presupuesto para el año 2013; ii) que el Tribunal Constitucional ha establecido en su aludido precedente del Exp. 05430-2006-PA que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, no pronunciándose en dicho expediente sobre el modo de cálculo del pago de intereses legales; iii) que en algunos casos, el Tribunal Constitucional ha asumido que los mencionados intereses legales deben ser liquidados aplicando la tasa de "interés legal efectiva"; iv) que en procesos de amparo en materia previsional se han presentado controversias como la de autos, en cuanto a la forma de calcular los intereses legales, específicamente si estos deben capitalizarse o no; y, v) que la protección y optimización de la "efectiva" tutela jurisdiccional en procesos de amparo previsionales exige que el Tribunal Constitucional establezca de modo vinculante dicha forma de cálculo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

19. En tal sentido, tomando en cuenta que el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación al anatocismo, en la medida en que “no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”, el Tribunal Constitucional considera razonable que si ya determinó antes que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del Código Civil..

20. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil.

21. En el mismo sentido, lo ha entendido la Corte Suprema, cuando, tomando en consideración lo prescrito por el Código Civil (artículo 1249), y sin desconocer las competencias del BCR, ha dispuesto que la tasa sea de tipo nominal. Ello, por cuanto un ejercicio económico contrario autorizaría a la ONP, a pesar de estar facultada para administrar los fondos del Sistema Nacional de Pensiones, a poner en riesgo la intangibilidad de dichos fondos previsionales por realizar indebidas disposiciones de éste y, por tanto, a contravenir lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución.

En efecto, en la judicatura ordinaria se hicieron diferentes lecturas de la jurisprudencia constitucional y de la citada ley de presupuesto, disponiéndose, en algunos casos, que la tasa del interés legal aplicable a los intereses generados en deudas de naturaleza previsional sea de tipo *efectiva* (capitalizable), y que en otros sea de tipo *nominal*.

Teniendo en cuenta tal situación, así como la necesidad de que en un Estado democrático exista predictibilidad jurídica (seguridad jurídica), la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República publicó el 25 de junio de 2014, en el diario oficial *El Peruano*, la Casación 5128-2013-Lima, a través de la cual señaló en su fundamento décimo, con carácter de precedente judicial, que

siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Sección Segunda del Libro de las Obligaciones, referidas al pago de intereses, estos son los artículos 1242º y siguientes del Código Civil, para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249º del mismo texto normativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

y precisó también en el fundamento décimo tercero que

el interés deber ser calculado no como un interés efectivo (capitalizable), sino como un tipo de interés simple, que no se agrega al principal para producir nuevos intereses, como precisa el Banco Central de Reserva del Perú.

Análisis del caso concreto

22. En la RTC 0201-2007-Q, de fecha 14 de octubre de 2008, el Tribunal ha señalado, sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q, que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando haya que proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido un pronunciamiento favorable de parte del Tribunal como para quienes lo obtuvieron del Poder Judicial.
23. Cabe anotar que la procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional y que le compete al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia respectiva dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el RAC, teniendo habilitada su competencia este Tribunal, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.
24. Tal como se advierte, la Sala superior competente no ha emitido pronunciamiento respecto a si la sentencia de autos se ha ejecutado o no en sus propios términos, puesto que se ha limitado a declarar la nulidad de la resolución de fojas 113 y a ordenar que el juez de primera instancia emita un nuevo pronunciamiento. Por tanto, en el presente caso, no se configurarían los supuestos habilitantes para que este Tribunal pueda pronunciarse respecto al grado de incumplimiento de la sentencia materia de ejecución, pues, para que el RAC proceda, es necesario que haya un pronunciamiento previo en sede judicial.
25. Sin embargo, dada la muy avanzada edad del actor (99 años), teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo y que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, los cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, este Tribunal, en forma *excepcionalísima*, decide emitir pronunciamiento sobre el asunto materia del RAC.
26. Si, como se ha referido, la Sala superior no se ha manifestado sobre si la sentencia principal se ha ejecutado en sus propios términos, ello no enerva el hecho de que las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC

LAMBAYEQUE

INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

razones que llevaron a que dicha Sala anule la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, expedida por el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, y disponga que éste emita otra resolución ordenando la elaboración de una nueva liquidación de intereses, se fundan en que la decisión del Juzgado contraviene las normas del Código Civil al validar el cálculo del interés legal efectivo (capitalizable).

27. En suma, una elaboración de liquidación de intereses legales correcta es aquella que se ajusta a los argumentos vertidos en la presente sentencia del Tribunal Constitucional, lo cual es coincidente con lo señalado por la Corte Suprema en la Casación 5128-2013-Lima. Por tanto, la resolución de vista recurrida, que ordena al Juez la emisión de otro pronunciamiento basado, ahora, en una nueva liquidación de intereses donde se aplique una tasa de interés nominal, no desvirtúa la correcta ejecución de la sentencia constitucional en sus propios términos.
28. Finalmente, considerando la aludida avanzada edad del actor (**99 años**), el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo (**12 años, de los cuales 10 corresponden a la fase de ejecución**) y que en el presente caso ya obran específicas liquidaciones de intereses legales, el Tribunal Constitucional estima necesario ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los respectivos intereses), en un plazo de 30 días hábiles (lo que incluye la realización de la nueva liquidación de intereses legales), tiempo que se computará desde el día de notificación de la presente decisión y que, una vez vencido dicho plazo originará las respectivas responsabilidades, debiendo remitir a este Tribunal las resoluciones que se hayan adoptado sobre el particular.
29. Es necesario destacar que cuando la Constitución ha establecido en el artículo 1 que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, ha consagrado precisamente un principio exigible a la sociedad y principalmente al Estado para que, en lo que se refiere a toda actuación jurisdiccional, se efectivicen obligaciones concretas que tengan como finalidad primordial el resguardo de derechos como el de la “efectiva” tutela jurisdiccional en procesos de amparo previsionales, tomando como base el respeto a la dignidad de la persona anciana y que, en el caso de éstas, la propia Norma Fundamental exige un trato especial dada su condición especial (artículo 4).
30. Por tanto, resulta inadmisibles desde todo punto de vista que una persona anciana de 99 años tenga que transitar por los despachos judiciales, durante más de 10 años, en la etapa de ejecución de sentencia, para cobrar una deuda que el Estado tiene con ella. En tal sentido, el Tribunal Constitucional debe establecer con criterio vinculante la siguiente exigencia: *todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

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

RESUELVE, con el voto singular del magistrado Blume Fortini, que se agrega,

1. Desestimar el recurso de agravio constitucional presentado por el recurrente; en consecuencia, **FUNDADAS** las observaciones formuladas por la ONP, y dispone que el juez del Sexto Juzgado Civil de Lambayeque ejecute la sentencia constitucional de conformidad con lo señalado en la presente resolución.
2. Declarar que, a partir de la fecha, los fundamentos 20 y 30 de la presente resolución constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria.
3. Ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los intereses), en un plazo de 30 días hábiles, bajo responsabilidad, conforme a lo expuesto en el fundamento 28 de la presente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULQUE CÁRDENAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo del auto de mayoría, en cuanto:

- a) Declara fundadas las observaciones formuladas por la ONP y dispone que el juez del Sexto Juzgado Civil de Lambayeque ejecute la sentencia constitucional aplicando el interés legal no capitalizable.
- b) Declara que, a partir del 7 de mayo de 2015, fecha del auto de mayoría, constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el fundamento 20 de dicho auto, que, literalmente, *"estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable"*, invocando para tal efecto el artículo 1249 del Código Civil, y extiende sus efectos inclusive a los procesos en trámite o en etapa de ejecución en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria.

Considero que lo que corresponde es revocar la Resolución N.º. 2, dictada por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 8 de enero de 2014, que declaró nula la Resolución N.º. 36 dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, que a su vez declaró infundadas las observaciones al Informe Pericial N.º. 278-2012 DRL/PJ formuladas por la ONP, aprobó la liquidación de los intereses adeudados al pensionista demandante, practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe N.º. 1026-2011-DRLL-PJ, ratificado por el Informe Pericial N.º. 278-2012 DRL/PJ, y ordenó el pago de lo adeudado, bajo apercibimiento de multa.

Considero, además, que la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el auto de mayoría, que estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, es errada, lesiona el derecho fundamental a la pensión como concreción del derecho a la vida en su sentido material; así como el principio a la dignidad y el derecho a la propiedad del pensionista; apartándose del modelo cualitativo de Estado que encuentra en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo que está invívito en la Constitución; y es ajena a los principios y pautas hermenéuticas que ha establecido el Tribunal Constitucional, tales como:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULICHE CÁRDENAS

- a) El principio pro homine, denominado también “*regla de la preferencia*”, que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez Constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio.
- b) La interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo a los tratados internacionales, como lo manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, en un marco de relación e interacción interjurisdiccional pro homine.
- d) El principio de proporcionalidad, que es sustancial al Estado Constitucional y proscriptor de toda arbitrariedad en su seno.

Desarrollo la fundamentación del presente voto singular en los términos siguientes:

- 1. El Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución y de toda otra norma legal conformante del sistema jurídico nacional, ha establecido con meridiana claridad en el fundamento 76 de su STC 0050-2004-AI y acumulados, respecto del derecho fundamental a la pensión los siguientes conceptos:
 - 1.1. Que el derecho fundamental a la pensión “*es una concreción del derecho a la vida, en su sentida material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política*”.
 - 1.2. Que, por consiguiente, la promoción de una digna calidad de vida entre los ciudadanos “*es un auténtico deber jurídico*”, que comporta una definida “*opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo*”.
 - 1.3. Que, en tal sentido, “*el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULQUE CÁRDENAS

aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad”.

- 1.4 Que, por ello, *“En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria”.*
- 1.5 Sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Cinco pensionistas vs. Perú, ha establecido lo siguiente:

“los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por las motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante ‘Protocolo de San Salvador’) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, ‘mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos’. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana” (fundamento 116).

2. A partir de estos conceptos se ha ido consolidando la tutela constitucional del derecho a la pensión, a través de numerosas resoluciones emitidas por este Tribunal Constitucional, dictadas en procesos constitucionales promovidos contra arbitrarias decisiones denegatorias de la ONP relacionadas con el ingreso al sistema pensionario, el acceso a la prestación pensionaria¹, el goce de una pensión acorde al mínimo vital²

¹ STC 5034-2005-PA/TC, STC 2854-2008-PA/TC, STC 4810-2011-PA/TC, STC 225-2012-PA/TC, STC 3907-2012-PA/TC, STC 2793-2012-PA/TC, entre otros

² STC 5016-2011-PA/TC, STC 1200-2011-PA/TC, STC 228-2012-PA/TC, STC 4500-2012-PA/TC, STC 828-2014-PA/TC, entre otros.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUQUE CÁRDENAS

y, en general, con diversos supuestos en los que se han visto lesionados el derecho a la pensión y el derecho a la igualdad, entre otros³.

3. En armonía con tal consolidación de la tutela constitucional del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional, al disponer el pago de las prestaciones pensionarias, también ha venido otorgando el pago de devengados, reintegros, intereses legales y costos procesales, a modo de restituir las cosas al estado anterior al momento de la afectación de dicho derecho, cuando se ha acreditado en sede judicial la lesión denunciada, situación que responde principalmente al hecho de haber negado ilegítimamente el goce de la pensión a favor del aportante que ya cumplió los requisitos legales para acceder a dicha prestación.
4. En tal sentido, la obtención en sede judicial de una sentencia favorable por quien tiene derecho al goce de una pensión, evidencia no solo la lesión de un derecho fundamental sino también la falencia de la Administración con relación a la correcta evaluación de las peticiones pensionarias; razón por la cual el pago de los intereses legales que se dispone a su favor, no solo constituye una compensación por el pago tardío, sino también una sanción contra la ONP por haberlo privado ilegítimamente de una pensión, que es su único sustento.
5. Al respecto, tal falencia tiene varias aristas, que deben ser solucionadas por el propio Estado sin perjudicar al administrado y obligarlo a promover acciones judiciales para lograr gozar de una pensión que por ley le corresponde, como lo ha dejado sentado la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 135, denominado "Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP", en el que efectúa un balance sobre la administración de los sistemas pensionarios que tiene a su cargo la ONP y da a conocer el conjunto de falencias en la que ésta incurre; básicamente por no tener implementado un sistema eficiente de sistematización de información laboral que permita asegurar un correcto y oportuno procedimiento de calificación de pensiones basado en datos ciertos.
6. Esta falencia genera la demora en la calificación y acceso a la pensión, cuya consecuencia directa es el no pago de la prestación pensionaria a favor del aportante, quien a su vez queda sin ingresos económicos por un tiempo indefinido, situación que pone en riesgo su subsistencia básica y lesiona su dignidad, al afectar su solvencia económica e impedirle atender los gastos que generan sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda, servicios de agua y luz, gastos de salud, etc.

³ STC 6572-2006-PA/TC y STC 2363-2008-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULU CHE CÁRDENAS

7. Ello es más grave si se tiene en cuenta que la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad humana de la persona de la tercera edad, en su forma más básica como lo es la manutención propia.
8. Más aún si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad de la persona de la tercera edad o adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.
9. En tal sentido, la deuda de naturaleza previsional o pensionaria, producida por la falta de pago oportuno de la pensión, genera en el deudor (la ONP en el caso de autos) la obligación de pagar al acreedor (el pensionista) un interés moratorio, que es el interés legal previsto en el artículo 1246 del Código Civil, aplicando para su cálculo la tasa de "*interés legal efectiva*", a partir de una interpretación desde los valores, principios y derechos que consagra la Constitución, acorde con la "*regla de la preferencia*", que impone una interpretación pro homine, frente a la duda que podría presentarse de aplicar una "*tasa de interés legal simple*" (sin capitalización de intereses) o una "*una tasa de interés legal efectiva*" (con capitalización de intereses).
10. Al respecto, considero que la prohibición de capitalización de intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil no alcanza a la deuda pensionaria o previsional, desde que ésta no nace de un pacto entre el deudor y el acreedor en un sentido clásico civil (de un acuerdo de voluntades entre privados), sino de un sistema previsional mandado por la propia Constitución e inspirado en la solidaridad y compromiso social general, que debe garantizar una pensión adecuada y oportuna para lograr una vida digna del titular del derecho pensionario.
11. Entonces, acorde con la "*regla de la preferencia*", en rescate de los derechos fundamentales afectados por un pago tardío con un interés legal simple que diluye la pensión por el paso del tiempo y, en ejercicio del control difuso o disperso de constitucionalidad que debe ejercer el Juez Constitucional por mandato del artículo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULACHE CÁRDENAS

138 de la Constitución, lo que corresponde es preferir la Norma Suprema e inaplicar al caso de autos la nonagésima séptima disposición complementaria de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, en la parte que extendiendo indebidamente la aplicación del artículo 1249 del Código Civil a los adeudos de carácter previsional, establece que el interés legal aplicable no es capitalizable.

12. Asimismo, también discrepo de la aplicación de las reglas jurisprudenciales que la resolución de mayoría efectúa al caso de autos, pues ellas resultan restrictivas a los derechos a la pensión y a la propiedad del demandante e implica, en los hechos, cambiar el procedimiento predeterminado que corresponde a don Inocente Pulache Cárdenas, desconociendo jurisprudencia obligatoria que le favorecía y desnaturalizando principios como la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

En atención a las razones expuestas, voto porque, revocando la Resolución N.º 2, dictada por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 8 de enero de 2014, se confirme la Resolución N.º 36, dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, que declaró infundadas las observaciones al Informe Pericial N.º 278-2012 DRL/PJ formuladas por la ONP, aprobó la liquidación de los intereses adeudados al pensionista demandante, practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe N.º 1026-2011-DRLL-PJ, ratificado por el Informe Pericial N.º 278-2012 DRL/PJ, y ordenó el pago de lo adeudado, bajo apercibimiento de multa. Así mismo, voto porque no se establezca como doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país el fundamento 20 del auto de mayoría, que, al señalar que se *"estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable"*, lesiona los valores, principios y derechos constitucionales antes invocados.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO
COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**

- Expediente N° 02513-2007-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02513-2007-PA/TC

ICA

ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ
HERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ernesto Casimiro Hernández Hernández contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 109, su fecha 31 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 18 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad.

2. Contestación de la demanda

La emplazada propone las excepciones de arbitraje, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda alegando que para el otorgamiento de una pensión de invalidez, el demandante debió someterse a los exámenes médicos que establece el Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

3. Resolución de primer grado

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 11 de setiembre de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Resolución de segundo grado

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que con la sentencia emitida en el Exp. N.º 2004-1846, se demuestra que el demandante ya se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por la enfermedad profesional que padece.

III. FUNDAMENTOS

1.º Procedencia de la demanda y delimitación de las materias controvertidas

1. En el fundamento 37.b) de la STC 1417-2005-PA, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.
2. El demandante pretende que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, por lo que se analizará el fondo de la cuestión controvertida.

Alega que con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790.

3. Por su parte Rímac aduce que la pretensión planteada en el presente proceso ya ha sido solicitada por el demandante en un anterior proceso de amparo, en el que se le ordenó a la Oficina de Normalización Previsional que le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790. Por lo tanto, el demandante no tiene derecho a una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790, ya que la Oficina de Normalización Previsional se la viene abonando.
4. Delimitados de este modo los términos del debate, corresponde a este Tribunal determinar si resulta legítimo que un asegurado pueda percibir por la misma enfermedad profesional dos pensiones vitalicias conforme al Decreto Ley N.º 18846 o dos pensiones de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 o una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 y una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790. Ello debido a que la pensión vitalicia fue sustituida por la pensión de invalidez para cubrir las mismas contingencias (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, es necesario recordar que en las SSTC 10063-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC se han establecido los criterios vinculantes para la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley N.º 18846 y el Decreto Supremo N.º 002-72-TR y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley N.º 26790 y el Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

Por lo tanto, teniendo en consideración que existen tres sentencias que establecen precedentes vinculantes respecto del SATEP y del SCTR y una que les sirve de fundamento o *ratio decidendi*, así como una prolija jurisprudencia que desarrolla temas no tratados por los precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional, en virtud de su función de ordenación, considera necesario que dichos criterios interpretativos queden unificados y establecidos en una sola sentencia, a fin de garantizar la unidad, predictibilidad y seguridad jurídica, y facilitar el uso por parte de los justiciables y los jueces.

2.§ Criterios vinculantes respecto del SATEP y del SCTR

6. Este Tribunal al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley N.º 18846 o de la Ley N.º 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:
- Prescripción de la pensión vitalicia.
 - Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR.
 - La acreditación de la enfermedad profesional.
 - Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
 - La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790.
 - La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba.
 - La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.
 - El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez.
 - La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
 - El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
 - La fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez.
 - Responsabilidad del Estado en el SCTR.
7. Ahora bien, conviene señalar que para la motivación de los criterios vinculantes que se van a establecer en la presente sentencia, en algunos temas nos remitiremos a los fundamentos establecidos en la STC 10063-2006-PA/TC, y en otros se desarrollará la fundamentación correspondiente. De este modo, en algunos temas vamos a reiterar los precedentes vinculantes establecidos y en otros vamos a establecer nuevos precedentes vinculantes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimismo, antes de proceder a unificar los criterios vinculantes y establecer nuevos criterios vinculantes, debe señalarse que la regla procesal que permite a este Tribunal Constitucional establecer precedentes vinculantes se encuentra reconocida en el artículo 201° de la Constitución y en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En este sentido, debe establecerse como:

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

2.1.§ Prescripción de la pensión vitalicia

8. En este punto, se ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 89 y 90, en el sentido de que el plazo de prescripción de tres años del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia por incapacidad, al ser una restricción irrazonable, no se condice con el contenido esencial a la pensión que este Tribunal ha delimitado en las STCs 0050-2004-AI y 1417-2005-PA, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.
9. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

2.2.§ Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR

10. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 66 y 67 de la STC 10063-2006-PA/TC.
11. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

2.3. § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

13. Para la motivación de este punto nos remitimos al fundamento 96 de la STC 10063-2006-PA/TC, en cuanto se establece que el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990 resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 y a la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790.
14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

2.4. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

15. Para determinar en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración o pensión vitalicia y pensión de invalidez, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 100 a 102, 104 a 105 y 109 de la STC 10063-2006-PA/TC.
16. En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17. Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.
18. Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.5.§ La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790

19. A diferencia del SATEP, que no estableció el cumplimiento previo de algún período de calificación para que los asegurados y ex-asegurados puedan acceder a una pensión vitalicia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el SCTR sí lo prevé. Así, en los artículos 19.º de la Ley N.º 26790 y del Decreto Supremo N.º 003-98-SA se establece que el derecho a la pensión de invalidez se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud (EsSalud).

En igual sentido, el artículo 25.6, literal c), del Decreto Supremo N.º 003-98-SA señala que el asegurado para obtener la pensión de invalidez deberá presentar, en el procedimiento de otorgamiento, el certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud. Del mismo modo, el artículo 26.2 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA dispone que las pensiones de invalidez se devengarán desde el día siguiente de finalizado el período de 11 meses y 10 días consecutivos, correspondiente al subsidio por incapacidad temporal que otorga EsSalud.

20. Pues bien, teniendo presente que la normativa que regula el SCTR prevé un período de calificación previa (subsidio de incapacidad temporal por 11 meses y 10 días consecutivos) para acceder a una pensión de invalidez, corresponde determinar en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

qué casos resulta razonable que el destinatario del derecho fundamental a la pensión pueda exigir el cumplimiento de dicho requisito.

Al respecto, este Tribunal considera que el goce previo del subsidio de incapacidad temporal como condición para acceder a una pensión de invalidez constituye un requisito razonable que sólo puede ser exigido a los asegurados del SCTR que mantengan una relación laboral vigente, mas no a quienes han terminado su relación laboral, debido a que médicamente es posible que los efectos del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional se manifiesten después del cese laboral.

En este sentido, este Tribunal en la STC 02349-2005-PA/TC ha precisado que “el pago de subsidios solo procede cuando existe vínculo laboral, de modo tal que resulta imposible exigir su percepción como condición previa al otorgamiento de la pensión después del cese laboral del asegurado”, pues su exigencia a quienes han terminado su relación laboral, por ser irrazonable, vulneraría su derecho fundamental a la pensión.

21. Por ello, ha de establecerse como nuevo precedente vinculante que: La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

2.7.§ La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

22. Cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional es declarada durante la vigencia de la relación laboral, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido, pues se tiene la certeza de que ésta se encuentra cubierta por la póliza del contrato del SCTR. En cambio, si la enfermedad profesional es declarada luego que la relación laboral termina, la configuración de la invalidez y la responsabilidad de la parte demandada se convierten en hechos controvertidos, pues se tiene que determinar si ésta se produjo dentro de la vigencia de la póliza.
23. Para ello, debe tenerse en cuenta que la enfermedad profesional puede presentarse durante la relación laboral o al término de ésta, ya que existen enfermedades profesionales que pueden manifestarse de distintas maneras y que no impiden necesariamente seguir realizando la prestación de servicios. Por ello, cuando la enfermedad profesional se presenta al término de la relación laboral, el responsable de la pensión de invalidez es la compañía aseguradora o la entidad encargada que mantenía la póliza vigente cuando se produjo el término de la relación laboral, ya que la invalidez se produjo durante la vigencia de su póliza.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.8. § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

25. En cuanto a la exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad profesional y las labores desempeñadas para acceder a la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o su sustitutoria, la pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 81 y 113 a 114 de la STC 10063-2006-PA/TC.
26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.
27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.9. § El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez

28. Es doctrina reiterada de este Tribunal que en caso se incremente el grado de incapacidad o invalidez provocado por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia o la pensión de invalidez. Ello debido a que la garantía institucional de la seguridad social tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida.

Para fundamentar la procedencia del reajuste, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC, ha señalado que: a) La improcedencia del reajuste desnaturalizaría la esencia misma del seguro, el cual está concebido para cubrir la incapacidad laboral, resultando razonable, por lo tanto, que la pensión se incremente a medida que el grado de incapacidad se incremente; b) El riesgo cubierto –la incapacidad laboral producto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales– no es estático ni se agota, en todos los casos, en el momento en que se produce el siniestro o se manifiesta la enfermedad; y c) Existen accidentes de trabajo y, especialmente, enfermedades profesionales que generan una progresión degenerativa de la incapacidad laboral y que son incurables, por ejemplo la neumoconiosis (silicosis).

29. Por lo tanto, el Tribunal ha de establecer como nuevo precedente vinculante que: procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

2.10. § La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

30. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley N.º 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley N.º 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

31. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

2.11. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

32. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Así, en su artículo 9.º se establece que:

La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N.º 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.

Asimismo, en su artículo 25.º se señala:

(...) artículo 25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.11.1.§. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

33. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional, en el fundamento 120 de la STC 10063-2006-PA/TC, ya se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad, por considerar que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural.
34. En este sentido, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

2.11.2.§. El arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

35. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9.º, el previsto en el artículo 25.º es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
36. Sobre el particular, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional en la STC 00061-2008-PA/TC consideró que el arbitraje voluntario goza de la presunción de constitucionalidad debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.
37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
- a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- b. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- c. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
- d. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje. El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.
38. Asimismo, cabe recordar que contra el laudo arbitral procede la demanda de amparo, siempre que se haya agotado previamente el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje y exista una resolución judicial firme que resuelva dicho recurso.

2.12. § Fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez

39. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho a la pensión vitalicia o pensión de invalidez, este Tribunal en el precedente vinculante dictado en la STC 00061-2008-PA/TC ha precisado que la contingencia debe establecerse desde la fecha de emisión del dictamen o certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que la prestación deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.
40. Por lo tanto, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

2.13. § Responsabilidad del Estado en el SCTR

41. Este Tribunal en los fundamentos 124 a 126 de la STC 10063/2006-PA/TC al analizar el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA advirtió que la cobertura supletoria del SCTR que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones vitalicias o pensiones de invalidez por riesgos profesionales, solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad empleadora se encuentre inscrita, es decir, que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

42. Pues bien, este Tribunal, con la finalidad de integrar el vacío normativo previsto en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ha de reiterar como precedente vinculante que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

2.14. § Reglas procesales

43. Este Tribunal en los fundamentos 140 y 146 de la STC 10063-2006-PA/TC desarrolló algunas reglas procesales que deben tenerse presentes en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que requieren de una complementación para un mejor desarrollo de los procesos constitucionales y la predictibilidad de las sentencias.
44. Como primera regla procesal, tenemos que precisar los efectos que generó establecer en la STC 10063-2006-PA/TC como regla vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley N.º 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar en los procesos de amparo que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA.
45. Pues bien, teniendo en cuenta el criterio vinculante referido en el fundamento precedente, este Tribunal ha de reiterar como precedentes vinculantes que:
- Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.
 - En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

- c. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

46. Asimismo, resulta conveniente establecer qué sucede en aquellos casos en los que el demandante no cumple con presentar el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades dentro del plazo de 60 días hábiles.

En este sentido, la segunda regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente es que: en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

47. En cuanto a las reglas procesales reiteradas en el fundamento 45 *supra*, debe precisarse que éstas sólo resultan aplicables a las demandas de amparo que se hayan interpuesto antes del 19 de enero de 2008, pues en dicha fecha se publicaron en el diario oficial *El Peruano* las SSTC 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, que elevan a precedente vinculante las reglas contenidas en la STC 10063-2006-PA/TC, que fue publicada en la pagina web de este Tribunal el 6 de diciembre de 2007.

48. En orden a lo indicado, debe establecerse la regla procesal que ha de aplicarse a las demandas de amparo que sean interpuestas a partir del 19 de enero de 2008. En este sentido, la tercera regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que:

- a. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

49. Finalmente, debe establecerse como última regla procesal en qué casos resulta válido imponer sanciones a las partes. En este sentido, la cuarta regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que: a la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

3.§ Análisis de la controversia

50. Sobre la posibilidad de percibir una doble pensión por una misma enfermedad profesional, debemos remitirnos al precedente vinculante originalmente establecido en la STC 10063-2006-PA, y reconocido como precedente vinculante mediante las SSTC 6612-2005-PA y 10087-2005-PA, en cuanto señala que “ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790”.
51. Respecto a los elementos de interés para la resolución del presente caso, debe señalarse que con la Resolución N.º 11, de fecha 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2004-1846, obrante en autos como acompañado, se prueba que a la Oficina de Normalización Previsional se le ordenó que le otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, debe destacarse que en el proceso referido la demanda de amparo fue declarada fundada porque con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, que también ha sido presentado en el presente proceso, se probó que el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) con 80% de incapacidad.
52. Por lo tanto, advirtiéndose que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790, no resulta legítimo que pueda percibir una segunda pensión de invalidez por la misma enfermedad profesional que padece, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02513-2007-PA/TC

ICA

ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ
HERNÁNDEZ

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se reitera como **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45, que son las siguientes:
 - a. No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.
 - b. No se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.
 - c. Los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.
 - d. En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

- e. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.

Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.

Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

- f. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.

Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.

Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

- g. Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

- h. En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

- i. En el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- j. Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.
- k. Los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.
- l. Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.
- m. En el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
 2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
 3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
 4. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.
- El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- n. La fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.
- o. La cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.
- p. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se establecen como nuevos **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 21, 29, 46, 48 y 49, que son las siguientes:
- a. La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.
 - b. Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.
 - c. En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.
 - d. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.
 - e. A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02513-2007-PA/TC

ICA

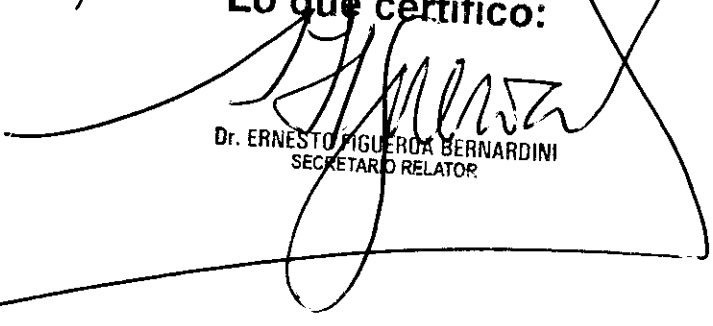
ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ
HERNÁNDEZ

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:


Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR