EXP. N.° 01370-2016-PA/TC
LIMA
ELIZABETH ADRIANA
SALAVERRY POLO DE MANGIER

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 de noviembre de 2018, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Elizabeth Adriana Salaverry Polo de Mangier contra la resolución de fojas 278, de fecha 7 de enero de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se declaren nulas la Resolución SBS 18122-2010, de fecha 29 de diciembre de 2010, que deniega su solicitud de libre desafiliación al Sistema Privado de Pensiones (SPP); la Resolución SBS 615-2012, de fecha 26 de enero de 2012, que declara infundado su recurso de reconsideración; y la Resolución SBS 5645-2012, de fecha 9 de agosto de 2012, que declara infundado su recurso de apelación; en consecuencia, se ordene a la SBS proceda al trámite de su desafiliación al SPP y, por ende, su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

La SBS propone las excepciones de prescripción extintiva y de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda solicitando que esta sea declarada improcedente o infundada por considerar que, no hubo arbitrariedad de su parte y procedió de acuerdo a la normatividad vigente, toda vez que denegó la solicitud de desafiliación a la actora dado que las normas de libre desafiliación no resultan aplicables para ella toda vez que cumple con los requisitos para acceder a la pensión mínima; asimismo, arguye que la demandante no está facultada para acudir directamente al proceso de amparo para desafiliarse del SPP; y señala que la SBS carece de competencia para evaluar el cumplimiento de los requisitos que permitan acceder a la libre desafiliación.

La ONP contesta la demanda y manifiesta que se le denegó la solicitud de desafiliación a la recurrente puesto que contaba con los requisitos para acceder a la pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones (SPP).

El Octavo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 8 de julio de 2013, declara infundadas las excepciones interpuestas por la SBS; y, con fecha 20 de diciembre de 2013, declara fundada la demanda por estimar que el actor cumple con todos los requisitos contemplados en el artículo 1 de la Ley 28991, y ordena a la SBS dé inicio al trámite de desafiliación del demandante.

La Sala superior competente revoca la apelada y, reformándola, la declara improcedente, aduciendo que la SBS no le ha denegado arbitrariamente la solicitud de desafiliación, pues ha llevado a cabo el procedimiento legalmente establecido.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La pretensión del actor se encuentra dirigida a obtener su desafiliación del SPP y, como consecuencia, su retorno al Sistema Nacional de Pensiones.

   Al respecto, toda vez que en autos obran documentos que evidencian una posible vulneración del derecho al debido procedimiento establecido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, se procede a efectuar un juicio de mérito.

Análisis de la controversia

2. De la Resolución SBS 18122-2010, de fecha 29 de diciembre de 2010 (folio 100), se advierte que la SBS denegó a la demandante la desafiliación solicitada, debido a que se concluye que doña Elizabeth Adriana Salaverry Polo de Mangier, con expediente de desafiliación S10000122592, no se encuentra incursa dentro de los alcances de la Libre Desafiliación Informada, en razón que cumple con los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 27617 para percibir pensión mínima.

3. Asimismo, mediante la Resolución SBS 615-2012, de fecha 26 de enero de 2012 (f. 3), se declara infundado el recurso de reconsideración formulado por la demandante contra la Resolución SBS 18122-2010, por estimar que aun cuando cumpliese con los años de aportes exigibles en el artículo 1 del Decreto Supremo

063-2007-EF, no está comprendido en el proceso de Libre Desafiliación al cumplir con los requisitos exigidos por la Sétima Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, teniendo derecho a percibir una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones.

4. A través de la Resolución SBS 5645-2012, de fecha 9 de agosto de 2012 (folio 20), se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la Resolución SBS 615-2012 por considerar que, de conformidad con lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley 28991, los supuestos de desafiliación referidos en el Título I no son de aplicación para aquellos afiliados que se encuentran en los supuestos de hecho contemplados por la Ley 27617, es decir, a aquellos afiliados que cumplan con los requisitos y condiciones exigidos por la Sétima Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Seguro Privado de Pensiones.

5. La Ley 28991, "Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada", publicada el 27 de marzo de 2007, en el Título I, artículo 1, sobre desafiliación y retorno al Sistema Nacional de Pensiones, establece:

> Título I
> Artículo 1.- Desafiliación y retorno al Sistema Nacional de Pensiones
> Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad.
>
> [....].

En el artículo 10 del Título II se señala:

> Artículo 10.-
>
> Todos los afiliados al SPP, que al momento de la creación de este pertenecieron al SNP, podrán gozar de una Pensión Mínima de jubilación equivalente en términos anuales a la que reciben los afiliados al SNP. Los afiliados al SPP que accedan a esta Pensión Mínima deberán cumplir los mismos requisitos del SNP y pagar el diferencial de aportes respectivo, según las condiciones del artículo 7 de la presente Ley.

La parte de Pensión Mínima no cubierta por el SPP con recursos de la CIC y de la redención del Bono de Reconocimiento será financiada a través del Bono Complementario a que se refiere el artículo 8 de la Ley N.° 27617 (énfasis agregado).

Mientras que en la Segunda Disposición Transitoria y Final se dispone lo siguiente:

Segunda Disposición Transitoria y Final
Lo referido en el Título I de la presente Ley, no es de aplicación a aquellos afiliados que se encuentran en los supuestos de hecho contemplados por la Ley N° 27617.

6. A su vez, el Decreto Supremo 063-2007-EF, publicado el 20 de mayo de 2007, que aprueba el Reglamento de la Ley 28991, en el artículo 1 señala:

Artículo 1°.-
Podrán solicitar la **desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP)** aquellos afiliados a una AFP que se encuentren en uno de los supuestos siguientes:

a) Los que hubieran pertenecido al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, siempre que a la fecha de solicitud de desafiliación ante la AFP, cumplan con los correspondientes años de aportación entre el SNP y SSP, para tener derecho a pensión de jubilación en el SNP.
La Resolución que autorice la desafiliación bajo este supuesto, no genera pensión de jubilación automática en el SNP; para ello se requiere acreditar los requisitos que exige el SNP
[…]. (énfasis agregado).

Asimismo, en el artículo 7 dispone:

Artículo 7.-
Podrán solicitar la Garantía de Pensión Mínima 28991 (PM28991), bajo los alcances del artículo 10 de la Ley N° 28991, los afiliados al SPP que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que, al momento de creación del SPP pertenecieron al SNP.
b) Que, al momento de solicitar el beneficio hayan alcanzado, al menos, los sesenta y cinco (65) años de edad.
c) Que, al momento de solicitar el beneficio hayan alcanzado un mínimo de veinte (20) años de aportación entre el SPP y el SNP.
d) Que, los aportes a que hace referencia el literal anterior se hayan efectuado teniendo como base mínima de cálculo el monto de la Remuneración Mínima Vital, en cada oportunidad;

e) Que, la pensión que otorgue en el SPP con base a lo acumulado en la cuenta individual y el Bono de Reconocimiento, sea menor a la Pensión Mínima anualizada que otorga el SNP.
f) Que, no hayan dispuesto de los recursos de la CIC, en las condiciones que establezca la SBS.
Para efectos de la correcta aplicación de los beneficios otorgados en el SPP, la PM28991 será susceptible de ser solicitada por aquellos afiliados nacidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1945.
[...]

Mientras que en la Sétima Disposición Complementaria Final establece lo siguiente:

Sétima.- Garantía estatal de Pensión Mínima y Jubilación Adelantada 19990 en el SPP.
De conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28991, en el caso de la garantía estatal otorgada bajo el Régimen de Pensión Mínima en el SPP de la Ley N° 27617, los afiliados que cumplan y reúnan los requisitos establecidos por el artículo 143 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-EF sólo podrán solicitar la mencionada garantía, **no pudiendo optar por solicitar la desafiliación del SPP**. La misma disposición resultará de aplicación para el Régimen de Jubilación Adelantada 19990 establecido por la Ley N° 27617. (énfasis agregado).

7. Por su parte, el Decreto Supremo 054-97-EF, publicado el 14 de mayo de 1997, que aprueba el "Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones", en su Sétima Disposición Final y Transitoria —sustituida por el artículo 8 de la Ley 27617, publicada el 1 de enero de 2002—, sobre la pensión mínima señala:

Sétima Disposición Final y Transitoria
Los afiliados al Sistema Privado de Pensiones podrán acceder a una **pensión mínima** en caso de jubilación, siempre que cumplan con todos los requisitos y condiciones siguientes:
a) Haber nacido a más tardar el 31 de diciembre de 1945 y haber cumplido por lo menos sesenta y cinco (65) años de edad;
b) Registrar un mínimo de veinte (20) años de aportaciones efectivas en total, entre el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones; y,
c) Haber efectuado las aportaciones a que se refiere el inciso anterior considerando como base mínima de cálculo el monto de la Remuneración Mínima Vital, en cada oportunidad.

La **parte de la pensión mínima no cubierta** por el Sistema Privado de Pensiones con recursos de la cuenta individual de capitalización del afiliado y con el producto de la redención del Bono de Reconocimiento **será financiada a través de un "Bono Complementario" que será emitido por la ONP con la garantía del Estado Peruano [...]** (énfasis agregado).

8. Asimismo, el Decreto Supremo 004-98-EF que aprueba el "Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones", publicado el 21 de enero de 1998, en sus artículos 142, 143 y 145 prescribe:

Artículo 142.- Del acceso a la pensión mínima en el SPP
Tendrán derecho a gozar de una pensión mínima de jubilación en el Sistema Privado de Pensiones (SPP) aquellos afiliados cuyo cálculo de pensión estimado sobre la base de los aportes a su cuenta individual de capitalización (CIC) y Bono de Reconocimiento (BdR), de ser el caso, resulte 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 (énfasis agregado).

Artículo 143.- De los requisitos
Los afiliados al SPP comprendidos en el artículo anterior, podrán acceder a una pensión mínima siempre y cuando cumplan con los requisitos siguientes:
a) Haber nacido a más tardar el 31 de diciembre de 1945, contar con un mínimo de sesenta y cinco años de edad y no se encuentren percibiendo una pensión de jubilación al momento de presentar la solicitud ante la AFP
b) Registrar un mínimo de veinte (20) años de aportaciones efectivas en total, entre el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones (SNP); y,
c) Haber efectuado las aportaciones a que se refiere el inciso anterior considerando como base mínima de cálculo el monto de la remuneración mínima vital, en cada oportunidad.

[...]

Artículo 145.- Del financiamiento de la pensión mínima
La **pensión mínima** de jubilación en el SPP estará financiada del modo siguiente:
a) Con los recursos de la cuenta individual de capitalización del afiliado que, para estos efectos, incluye los aportes previsionales que se encuentren en cobranza;
b) Con el valor de redención del Bono de Reconocimiento del afiliado, si lo hubiera; y,
c) **Con los recursos que garantiza el Estado a través del Bono Complementario de Pensión Mínima, por el saldo no cubierto con los recursos de los literales a) y b) precedentes** (énfasis agregado).

9. En consecuencia, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 28991, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones: (i) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que hubiesen ingresado el SNP hasta el 31 de diciembre de 1995; y (ii) que al momento de hacer efectiva su desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley 28991, en concordancia con la Sétima Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 063-2007-EF, aquellos afiliados que cumpliendo los siguientes requisitos: a) haber nacido a más tardar el 31 de diciembre de 1945 y haber cumplido por lo menos 65 años de edad; b) registrar como mínimo 20 años de aportaciones efectivas en total, entre el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones; y c) haber efectuado las aportaciones considerando como base mínima de cálculo el monto de la remuneración mínima vital en cada oportunidad, tuvieran derecho a acceder una pensión mínima del Sistema Privado de Pensiones (artículo 8 de la Ley 27617), NO podrán optar por solicitar la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones, en el marco de lo dispuesto en el Título I de la Ley 28991, cuando la pensión mínima de jubilación que les asegura el Sistema Privado de Pensiones no es cubierta con los recursos de su cuenta individual de capitalización (CIC) y con el producto de la redención del Bono de Reconocimiento (BdR), sino que se requiere —para el saldo no cubierto— de los recursos que garantiza el Estado a través del bono complementario, que es emitido por la ONP. En este caso, dichos afiliados podrán solicitar únicamente la mencionada garantía estatal para acceder a la pensión mínima del Sistema Privado de Pensiones.

10. Respecto al procedimiento a seguir para la desafiliación informada a que se refiere la Ley 28991, este debe ajustarse a lo estipulado en el artículo 4, el cual señala que "el procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse. El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos, el monto de la pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros" (subrayado agregado). Asimismo, debe ajustarse a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2 de su reglamento, aprobado por del Decreto Supremo 063-2007-EF, el cual establece que "Las estimaciones y/o cálculos de pensión que se realicen en el SPP y en el SNP, se sujetarán a las condiciones que la Superintendencia de Banca, Seguros

y AFP (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) determinen, sobre la base de pensiones anualizadas y respecto del afiliado así como sus beneficiarios o derechohabientes, respectivamente".

11. Asimismo, el Reglamento Operativo para la Libre Desafiliación Informada y Régimen Especial de Jubilación Anticipada del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por la Resolución SBS 1041-2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio de 2007, que establece las disposiciones de carácter operativo que permiten el ejercicio de los derechos y beneficios vinculados al trámite de libre desafiliación informada, dispone en su artículo 5, numerales 1.4, 1.5, 2.1, 2.3, 2.4, 25, y 2.6 —modificados por la Resolución SBS 1597-2007, publicada el 9 de noviembre de 2007—, lo siguiente:

> Artículo 5
> Numeral 1.- Solicitud de desafiliación del SPP y cumplimiento de los requisitos.
>
> [...]
>
> 1.4. La AFP, en un plazo no mayor de veinte (20) días de recibida la Sección II de la solicitud, deberá realizar las actividades siguientes:
>
> i) Remite a la ONP –en un plazo máximo de cinco (5) días de suscrita la precitada Sección II, un expediente debidamente foliado, que comprenda los documentos entregados por el afiliado, conforme a lo contemplado en el numeral 1.3. [...]
>
> ii) Emite el Reporte de Situación del SPP (RESIT-SPP), el cual contendrá la siguiente información
>
> ii.1. Años de aportación (contabilizados en meses) realizados al SPP, así como el Número de solicitud de Bono de Reconocimiento que el afiliado ha tramitado.
>
> ii.2. Condición laboral (en actividad como trabajador dependiente, o realizando aportes como trabajador independiente), informando la última remuneración asegurable registrada del afiliado en caso desempeñe labores como dependiente;
>
> ii.3. **El monto de la pensión estimada o calculada, dependiendo de la causal invocada, que percibiría en la AFP, sobre la base del saldo de su CIC y el último valor reconocido del BdR o Título del BdR, en caso tuviera derecho al citado beneficio.** En la eventualidad que el BdR no estuviera en las situaciones antes señaladas, el valor de la pensión se determinará considerando el valor estimado, en las condiciones que establezca la ONP [...]).
>
> ii.4. Información de aportes devengados al interior del SPP, [...]

La AFP, deberá alcanzar al afiliado un reporte escrito del RESIT-SPP, dentro del plazo previsto en el presente numeral. En ese sentido, en caso el afiliado no estuviera de acuerdo con el RESIT-SPP, podrá solicitar su revisión adjuntado para dicho fin las evidencias que respalden su pedido, en un plazo no mayor de quince (15) días contados a partir de la recepción de la citada información. En tal circunstancia, la AFP, deberá comunicar a la ONP el tercer día útil al de la semana subsiguiente al de presentación del reclamo, sobre el referido hecho y contará con un plazo máximo de diez (10) días de recibido el pedido de revisión a efectos de poner a disposición del afiliado un nuevo RESIT-SPP, considerando el resultado de la revisión solicitada [...].

1.5. La AFP remitirá a la ONP el RESIT-SPP, dentro de los cinco (5) días de recibida la conformidad a dicho reporte por parte del afiliado –en las condiciones que establezca la Superintendencia- o de vencido el plazo para formular un reclamo respecto del referido documento a efectos que culmine el proceso de evaluación de la solicitud del afiliado **y pueda determinar si el afiliado cumple los requisitos que le permitirán desafiliarse, así como para la determinación del diferencial de aportes , el valor estimado de pensión en el SNP**.

Numeral 2.- Calificación del derecho a la desafiliación del SPP

2.1. La ONP, una vez recibido el expediente a que se refiere el literal i) del numeral 1.4., procederá a efectuar las labores de verificación vinculadas a los aportes efectuados por el afiliado al interior del SNP. Asimismo, dicha entidad tendrá un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la recepción del RESIT-SPP, entregadas por la AFP, a efectos de evaluar y pronunciarse con relación a la solicitud. Dicho plazo será de veinte (20) días contados a partir de la recepción del RESIT-SPP, en aquellos casos en los que el afiliado haya sustentado sus aportes en base a la obtención del Bono de Reconocimiento.

[...]

2.3. Una vez realizada la evaluación, la ONP se sujetará al siguiente procedimiento:

2.3.1. Acciones a tomar por la ONP

a) Remite comunicación a la AFP, adjuntando el RESIT-SNP, que contendrá, según sea el caso, la información siguiente:

- Certificación del cumplimiento de los requisitos que le permitirán obtener una pensión de jubilación en el SNP, así como al régimen de jubilación al que tendría derecho o **del cumplimiento de los años de aportación entre SNP y el SPP necesarios para acceder a la desafiliación, así como la pensión estimada, teniendo en consideración el análisis de los regímenes especiales así como lo establecidos por la**

> **Segunda Disposición Final Transitoria de la Ley —Ley 28991—**
> - Años de aportación al SNP
> - Años de aportación al SNP durante el periodo en que el trabajador cotizaba a dicho sistema estando afiliado al SPP y que serían considerados para efectos de la compensación respectiva [...].
>
> 2.4. La AFP, en un plazo no mayor de cinco (05) días de recibida la comunicación a que se refiere el inciso a) del numeral 2.3.1., entregará o enviará al afiliado, según sea el caos, bajo cargo, el RESIT-SNP.
> 2.5. En caso que de dicho documento se determine que el afiliado no cumple con las condiciones para desafiliarse, la AFP deberá informar a la SBS en el plazo antes señalado la relación de afiliados que estarían en dicha condición a efectos que se emita la resolución denegatorioa.
> 2.6. Los únicos recursos administrativos que se admitirán son aquellos que se presentan contra las resoluciones expedidas por la SBS, como consecuencia de la solicitud de desafiliación (énfasis agregado).

12. En el caso de autos, del RESIT-SNP 0000158968, de fecha 16 de diciembre de 2011, emitido por la Sub Dirección de Calificaciones de la ONP (folio 8), se verifica que la actora nació el 3 de marzo de 1937, se incorporó a la AFP el 20 de enero de 1996, y a la fecha de su solicitud de desafiliación del SPP —13 de agosto de 2010—, acreditaba 6 años y 10 meses de aportaciones en el SNP, y 14 años y 2 meses de aportaciones al SPP, haciendo un total de 21 años de aportaciones entre el SNP y el SPP.

13. Sin embargo, no obra en autos el Reporte de Situación del Sistema Privado de Pensiones (RESIT-SPP) y del RESIT-SNP 0000158968 se advierte que en este no figura el monto de la pensión anual estimada o calculada que le correspondería al actor, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 28991, el Decreto Supremo 063-2007-EF, y el Reglamento Operativo aprobado por la Resolución SBS 1041-2007. Dicho monto pensionario, en caso de determinarse que se encuentra cubierto con los recursos de su cuenta individual de capitalización (CIC) y con el producto de la redención del Bono de Reconocimiento (BdR) —sin requerir del "Bono Complementario" que es emitido por la ONP, con la garantía del Estado—, el demandante afiliado tendría derecho a optar por desafiliarse del Sistema Privado de Pensiones (SPP); por lo que la presente demanda debe ser estimada.

14. En consecuencia, resulta evidente que en el trámite de desafiliación del accionante se ha generado una actuación arbitraria por parte de las entidades demandadas que afecta el debido procedimiento administrativo.

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** la Resolución SBS 18122-2010, de fecha 29 de diciembre de 2010; la Resolución SBS 615-2012, de fecha 26 de enero de 2012; y la Resolución SBS 5645-2012, de fecha 9 de agosto de 2012.

2. Ordena que se tramite la desafiliación del actor en estricta observancia de la Resolución SBS 1041-2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio de 2007, y conforme a los fundamentos de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL