TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 07948-2013-PA/TC
LIMA
GERMÁN ANICETO PARIONA MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo se agrega el voto singular del magistrado Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Germán Aniceto Pariona Mendoza contra la resolución de fojas 223, de fecha 7 de agosto de 2013, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondo de Pensiones – AFP Prima y la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS), con el objeto de que se declare la nulidad del contrato de afiliación celebrado con AFP Prima, por la causal de mala información, y que en consecuencia, se ordene su desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y se le otorgue una pensión de jubilación dentro del Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

Las emplazadas contestan la demanda expresando que el actor en la actualidad tiene la condición de pensionista del SPP, por lo que de conformidad con la Resolución SBS 11718-2008, corresponde que su pretensión de desafiliación se tramite en la vía judicial ordinaria.

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 30 de octubre de 2012, declaró infundada la demanda, por considerar que el actor no ha acreditado que su afiliación al SPP se haya producido como consecuencia de una conducta fraudulenta o maliciosa de la AFP demandada.

La Sala superior competente confirma la apelada, argumentando que conforme al artículo 9 de la Ley 28991, la ley que regula la desafiliación no se aplica para los afiliados que perciben una pensión del SPP, como es el caso del actor.

FUNDAMENTOS

1. La Ley 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínimas y complementarias y régimen especial de jubilación anticipada, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2007, fue dictada por el Congreso de la República, respondiendo, casi en su totalidad, a los precedentes vinculantes que en materia de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones este Colegiado estableció en la sentencia emitida en el Expediente 1776-2004-AA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007.

2. Atendiendo a que la mencionada ley no incluyó como causal de desafiliación la falta de información mediante la sentencia recaída en el Expediente 7281-2006-PA/TC, publicada en el oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2007, este Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento respecto a las causales de solicitud de desafiliación, incluida la referida a la falta de información y a la insuficiente o errónea información, y estableció dos precedentes vinculantes referido el primero, sobre la información (fundamento 27), y el segundo, sobre las pautas a seguir respecto del procedimiento de desafiliación (fundamento 37).

3. Asimismo, mediante Resolución SBS 1041-2007, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 29 de julio del 2007, aprobó el "Reglamento Operativo para la libre desafiliación informada y el régimen especial de jubilación anticipada del Sistema Privado de Pensiones a que se refieren la Ley 28991 y el Decreto Supremo 063-2007-EF"; y mediante Resolución SBS 11718-2008, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2008, aprobó el "Reglamento Operativo que dispone el procedimiento administrativo de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP) por la causal de la falta de información, dispuesta por el Tribunal Constitucional, según sentencias recaídas en los expedientes 1776-2004-AA/TC y 07281-2006-PA/TC".

4. De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha ampliado la validez del procedimiento a los casos de asimetría informativa (*vid.* fundamento 34 de la sentencia expedida en el Expediente 7281-2006-PA/TC). El respeto de un procedimiento digno y célere a ser seguido en sede administrativa ha sido una constante para el Tribunal Constitucional, siempre con el fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas, en este caso, de los pensionistas.

5. En tal sentido únicamente será viable el proceso de amparo para los casos de impedimento de desafiliación mediante una actuación arbitraria por parte de la Administración, en este caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones o por parte de la AFP a la cual le corresponda iniciar el trámite. La persona no está facultada para acudir directamente a la vía del amparo para lograr la desafiliación, porque la jurisprudencia que este Tribunal ha emitido sólo se ciñe a exigir el inicio del procedimiento, no a ordenar la desafiliación.

6. En el caso de autos, consta en la boleta de pago de fojas 18 que el demandante percibe una renta de jubilación, en la modalidad de renta vitalicia diferida, por la suma de US$ 92.21. Asimismo, mediante el Oficio 20863-2008-SBS (f. 30), la SBS manifestó que el actor es pensionista bajo la modalidad de renta temporal con renta vitalicia diferida, y que se ha transferido el saldo de su cuenta individual a la Compañía de Seguros Rimac.

7. Al respecto, en la Resolución SBS 11718-2008 se estableció, en el Título II, artículo 4, Numeral 1.3, el procedimiento para la desafiliación del SPP por la causal de falta de información de aquellos afiliados que obtengan sentencias del Tribunal Constitucional o resolución judicial firme que ordene el inicio del trámite de desafiliación; precisando en el Título 1, artículo 1, que lo dispuesto en el reglamento no es de aplicación para los afiliados *pensionistas* del SPP, a quienes se les aplicará lo dispuesto en la primera disposición final.

8. La Primera Disposición Final de la Resolución SBS 11718-2008, establece:

> "Sobre la base de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 1417-2005-PA/TC, las pretensiones de desafiliación interpuestas por los afiliados que tengan la condición de pensionistas en el SPP deberán ejercitarse en la vía judicial correspondiente, debiendo ser ello comunicado por las respectivas AFP a los afiliadas, en cada caso que corresponda".

9. En tal sentido, este Tribunal entiende que cuando la disposición citada en el fundamento precedente señala que los pensionistas del SPP deben tramitar su pretensión de desafiliación en la "vía judicial correspondiente", se está aludiendo al proceso judicial ordinario, por cuanto la controversia, en estos casos, requiere de la actuación de medios probatorios para determinar diversos aspectos, como por ejemplo si el actor cuenta con el mínimo de aportaciones para percibir una pensión de jubilación en el SNP.

10. Asimismo, conviene precisar que los fondos del SNP se administran conforme al principio de solidaridad, es decir, todos los asegurados aportan a un fondo común del cual se extraen las pensiones de cada uno de acuerdo al número de años de aportaciones, mientras que en el SPP cada pensionista es dueño de su fondo a través de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC), por lo que para determinar el saldo que posee el demandante en su CIC y el monto que le correspondería al trasladarse de fondo, se requiere de una actividad que no es propia del proceso de amparo.

11. Por consiguiente, en el caso de autos, habiéndose determinado que la controversia no puede ser dilucidada en el proceso de amparo, corresponde que el recurrente acuda al proceso judicial ordinario que corresponda, conforme a lo establecido en la Primera Disposición Final de la Resolución SBS 11718-2008.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 07948-2013-PA/TC
LIMA
GERMAN ANICETO PARIONA MENDOZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA Y ORDENARSE EL INICIO DEL PROCESO DE DESAFILIACIÓN DEL DEMANDANTE

Discrepo respetuosamente del proyecto de mayoría que ha decidido declarar IMPROCEDENTE la demanda, pues a mi consideración, la pretensión demandada merece ser declarada FUNDADA, correspondiendo ordenarse el inicio del trámite de desafiliación respectivo. A continuación expongo las razones que me persuaden para emitir el presente voto, de acuerdo con el siguiente esquema:

1. Delimitación del petitorio.
2. Posición de mayoría.
3. Sobre la vía judicial idónea en materia de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones hacia el Sistema Nacional o Público de Pensiones.
4. Análisis del caso.
5. Sentido de mi voto.

Seguidamente, desarrollo las razones que sustentan mi posición:

1. Delimitación del petitorio

El recurrente solicita la nulidad del contrato de afiliación de fecha 14 de agosto de 1995, celebrado con la Administradora de Fondos de Pensiones Prima por la causal de mala información, y como consecuencia de ello, se autorice su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (f. 32).

2. Posición de mayoría

2.1. La posición de mayoría señala lo siguiente:

> 5. En tal sentido únicamente será viable el proceso de amparo para los casos de impedimento de desafiliación mediante una actuación arbitraria por parte de la Administración, en este caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones o por parte de la AFP a la cual le corresponda iniciar el trámite. La persona no está facultada para acudir directamente a la vía del amparo para lograr la desafiliación, porque la jurisprudencia que este Tribunal ha emitido sólo se ciñe a exigir el inicio del procedimiento, no a ordenar la desafiliación.

6. En el caso de autos, consta en la boleta de pago de fojas 18 que el demandante percibe una renta de jubilación, en la modalidad de renta vitalicia diferida, por la suma de US$ 92.21. Asimismo, mediante el Oficio 20863-2008-SBS (f. 30), la SBS manifestó que el actor es pensionista bajo la modalidad de renta temporal con renta vitalicia diferida, y que se ha transferido el saldo de su cuenta individual a la Compañía de Seguros Rimac.

7. Al respecto, en la Resolución SBS 11718-2008 se estableció, en el Título II, artículo 4, Numeral 1.3, el procedimiento para la desafiliación del SPP por la causal de falta de información de aquellos afiliados que obtengan sentencias del Tribunal Constitucional o resolución judicial firme que ordene el inicio del trámite de desafiliación; precisando en el Título 1, artículo 1, que lo dispuesto en el reglamento no es de aplicación para los afiliados *pensionistas* del SPP, a quienes se les aplicará lo dispuesto en la primera disposición final.

8. La Primera Disposición Final de la Resolución SBS 11718-2008, establece:

> "Sobre la base de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-PA/TC, las pretensiones de desafiliación interpuestas por los afiliados que tengan la condición de pensionistas en el SPP deberán ejercitarse en la vía judicial correspondiente, debiendo ser ello comunicado por las respectivas AFP a los afiliadas, en cada caso que corresponda".

9. En tal sentido, este Tribunal entiende que cuando la disposición citada en el fundamento precedente señala que los pensionistas del SPP deben tramitar su pretensión de desafiliación en la "vía judicial correspondiente", se está aludiendo al proceso judicial ordinario, por cuanto la controversia, en estos casos, requiere de la actuación de medios probatorios para determinar diversos aspectos, como por ejemplo si el actor cuenta con el mínimo de aportaciones para percibir una pensión de jubilación en el SNP.

10. Asimismo, conviene precisar que los fondos del SNP se administran conforme al principio de solidaridad, es decir, todos los asegurados aportan a un fondo común del cual se extraen las pensiones de cada uno de acuerdo al número de años de aportaciones, mientras que en el SPP cada pensionista es dueño de su fondo a través de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC), por lo que para determinar el saldo que posee el demandante en su CIC y el monto que le correspondería al trasladarse de fondo, se requiere de una actividad que no es propia del proceso de amparo.

11. Por consiguiente, en el caso de autos, habiéndose determinado que la controversia no puede ser dilucidada en el proceso de amparo, corresponde que el recurrente acuda al proceso judicial ordinario que corresponda, conforme a lo establecido en la Primera Disposición Final de la Resolución SBS 11718-2008.

2.2. En resumen, la posición de mayoría considera que el proceso de amparo solo es viable para casos donde se demuestre que el impedimento de desafiliación por parte de la Administración es consecuencia de una conducta arbitraria; y, que en el caso de autos, de acuerdo con lo regulado en la Resolución SBS 11718-2008, lo pretendido por el recurrente corresponde ser revisado en sede judicial ordinaria y no en el proceso de amparo, particularmente, porque para determinar aspectos como el número mínimo de aportaciones para percibir una pensión de jubilación en el SNP o conocer el saldo que posee en su cuenta de capitalización se requiere una actividad probatoria que no es propia del proceso de amparo.

2.3. Sin embargo, y conforme desarrollaré más adelante, en autos existen suficientes elementos probatorios que permiten emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pues de la Resolución 00509-2002-DB/ONP, del 18 de marzo de 2002 (f. 16), el documento de demostración de cálculo reconocido -Solicitud IN0360527, del 18 de marzo de 2002 (f 17) y el certificado de antecedente previsionales del 11 de agosto de 2003 (f. 119), se desprenden la fecha de afiliación del actor al Sistema Privado de Pensiones (SPP) y los años de aportación que este efectuó al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) antes de su afiliación al SPP, hechos por los que no comparto la posición de mayoría para desestimar la demanda por improcedente.

2.4. No obstante, antes de analizar la materia de fondo, procedo a justificar la idoneidad del amparo para analizar demandas en materia de desafiliación.

3. Sobre la vía judicial idónea en materia de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones hacia el Sistema Nacional o Público de Pensiones

3.1. A través de la Sentencia 1776-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó el tema de la desafiliación del SPP, llegando a la conclusión de que no era constitucionalmente razonable prohibir el retorno hacia el Sistema Nacional de Pensiones, razón por lo que sí se encontraba permitido dicho retorno, aunque de marera parcial y sujeto al cumplimiento de requisitos legales, los cuales debían ser interpretados de conformidad con lo dispuesto por los artículo 2, inciso 2, y 11 de la Constitución.

3.2. Asimismo, tanto en la Sentencia 01776-2004-AA/TC como en la Sentencia 07281-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció los lineamientos sobre la desafiliación parcial del SPP, circunscribiendo su decisión a la posibilidad de iniciar el procedimiento, mas no ordenó la desafiliación inmediata, dejando sentado que "*La persona no está facultada para acudir directamente a la vía del amparo para lograr la desafiliación (...)*" (v.g. Sentencia 04483-2008-PA/TC, fundamento

4). Sin embargo, en reiterada jurisprudencia se ha manifestado que la referida afirmación no debe entenderse como la negación de la posibilidad de acudir a la vía del amparo para cuestionar el trámite de desafiliación, pues cuando se advierta una actuación arbitraria de la entidad involucrada en la gestión de la desafiliación, el proceso constitucional de amparo será viable, tanto para solicitar tutela procesal efectiva como el respeto a las garantías contenidas en ella (*Cfr*. Auto 02901-2011-PA/TC, considerando 3; Auto 01909-2013-PA/TC, considerando 3; Sentencia 08186-2013-PA/TC, fundamento 9; Sentencia 05194-2015-PA/TC, fundamento 5; Sentencia 04091-2014-PA/TC, fundamento 6, entre otros pronunciamientos).

3.3. Teniendo en cuenta ello, se aprecia que no existe una limitación de la vía procesal constitucional para el trámite de demandas en las que se alegue la afectación de derechos fundamentales a propósito de un trámite arbitrario del procedimiento de desafiliación, más aun cuando, dicha pretensión en sí misma, busca la tutela de uno de los aspectos constitucionalmente protegidos por el derecho a la pensión: el derecho de acceso al sistema previsional.

Claro está que pueden presentarse casos en los que se requiera, eventualmente, una actuación probatoria para determinar la existencia de la relación laboral del afiliado para acreditar aportaciones en el SNP, situación ante la cual, el juez constitucional deberá desestimar la demanda por la complejidad que supone la pretensión y no porque esta no sea la idónea para revisar dicha pretensión.

3.4. Es importante señalar que, pese a que desde la perspectiva del artículo 9 de la Ley 29881, el procedimiento de desafiliación regulado en el título I de dicha ley, no resulta aplicable a los afiliados pensionistas del SPP, también resulta cierto que dicha disposición no establece una prohibición para el retorno parcial en materia de desafiliación en el caso de los pensionistas, únicamente precisa que dicho procedimiento no ha sido diseñado para atender el pedido de dicho sector de afiliados. Por ello, es importante recalcar que no existe una prohibición constitucional ni tampoco legal para el trámite de desafiliación del SPP, razón por la cual, cualquier interpretación en contrario contraviene los lineamientos definidos en las Sentencias 01776-2004-AA/TC y 07281-2006-PA/TC.

3.5. Sin embargo, es claro que a la fecha no existe un procedimiento que regule el trámite a seguir para la desafiliación de los afiliados que tengan la condición de pensionistas del SPP, lo cual no impide que la Administración, con buen criterio, aplique el procedimiento regulado por la Resolución SBS 11718-2008 para evaluar dicho tipo de peticiones.

3.6. Cabe manifestar que en el proyecto de mayoría se hace mención al contenido de la Primera Disposición Final de la Resolución SBS 11718-2008, a fin de interpretar que la vía judicial idónea para tramitar pretensiones de desafiliación de pensionistas del SPP, es el proceso judicial ordinario, postura que no comparto, pues, conforme lo he precisado líneas arriba, a mi consideración, el proceso de amparo es la vía idónea para evaluar demandas sobre materia de desafiliación, a menos, claro está, que se trate de un caso de naturaleza compleja o controvertida que requiera de la actuación de material probatorio.

3.7. Tan cierto es lo que sostengo, que en el expediente 04857-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional dispuso el inicio del trámite la desafiliación de don Luís Humberto Sono Rioja, pese a tener este la calidad de pensionista del SPP, al verificar que en su caso, no se siguió el procedimiento respectivo para que tuviera la oportunidad de optar por uno u otro sistema previsional.

3.8. En tal sentido y a mi consideración, teniendo en cuenta que en autos está acreditado que el actor ha cumplido con agotar los recursos administrativos correspondientes; que existen suficientes elementos de prueba para evaluar la pretensión por el fondo; y, que de fojas 18, se evidencia que percibe una pensión exigua equivalente a 92.21 dólares, inferior al mínimo vital, considero que el caso de autos, sí merece un pronunciamiento sobre el fondo.

4. Análisis del caso

4.1. Independientemente de los 4 supuestos de desafiliación desarrollados por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 01776-2004-AA/TC y 07281-2006-PA/TC (titularidad no ejercida: adquirió el derecho a la pensión antes de afiliarse, falta de información al momento de afiliarse, riesgo a la vida y a la salud por condiciones laborales y asimetría informativa), el artículo 1 de la Ley 28991, estableció el marco general aplicable en sede administrativa para el retorno parcial del SPP hacía el SNP, disponiendo lo siguiente:

> **Artículo 1.** 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.

4.2. Teniendo en cuenta ello, del documento nacional de identidad del actor, que obra a fojas 2, se desprende que nació el 24 de setiembre de 1946. Por lo que para el 31 de diciembre de 1995, contaba con 49 años de edad.

4.3. Asimismo, del certificado de antecedente previsionales del 11 de agosto de 2003 (f. 119, se desprende que el actor se afilió al SPP el 16 de agosto de 1995.

4.4. De la Resolución 00509-2002-DB/ONP, del 18 de marzo de 2002 (f. 16) y el documento de demostración de cálculo reconocido -Solicitud IN0360527, del 18 de marzo de 2002 (f 17), se desprende que el actor para noviembre de 1992, contaba con 249 meses de aportaciones al SNP, equivalente a más de 20 años de aportes.

4.5. En tal sentido, se aprecia que el actor al 16 de agosto de 1995, fecha de su afiliación al SPP, contaba con más de 20 años de aportes, independientemente de su edad.

4.6. De fojas 21, 25 y 30, se aprecia que tanto PRIMA AFP como la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones, han denegado el trámite de desafiliación del actor, en invocación directa del artículo 9 de la Ley 28991, razón por la cual, el actor no ha podido verificar si el actual goce de su pensión de 92.21 dólares en el SPP resulta o no más beneficioso que el goce de una pensión en el SNP.

4.7. Sin embargo, y conforme he precisado en el punto 4.5, el actor contaba con más de 20 años de aportes en el SNP al momento de su afiliación al SPP, razón por la cual, de haberse admitido administrativamente su petición, hubiera podido acceder a la información necesaria para decidir libremente, si se mantenía o no en el SPP, razón por la cual, considero que la demanda debe ser declarada fundada, a fin de que se inicie el trámite de desafiliación respectivo.

5. Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda y; en consecuencia, se ordene a PRIMA AFP y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones inicien el trámite de desafiliación del demandante por la causal de falta de información, con el abono de los costos procesales.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL