



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 3537-2006-PA/TC
LIMA
FLAVIO VERGARA MORENO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Flavio Vergara Moreno contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 111, su fecha 12 de octubre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de octubre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando que, en aplicación de la Ley 23908, se actualice y se nivele su pensión de jubilación, ascendente a S/. 346.18, en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales, más la indexación trimestral automática; y que se disponga el pago de los devengados correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que la Ley 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 12 de enero de 2005, declara improcedente la demanda, por considerar que existe una vía igualmente satisfactoria para impugnar los actos administrativos, por lo que en este caso el amparo no procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida confirma la apelada argumentando que la pretensión del recurrente no se encuentra comprendida en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, conforme se ha establecido en la STC 1417-2005-PA.

FUNDAMENTOS

1. En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5, inciso 1, y 38 del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, aun cuando se cuestiona la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital (S/. 415.00).
2. En el presente caso el recurrente pretende que se reajuste su pensión de jubilación, ascendente a S/. 346.18, en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales, más la indexación trimestral automática, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 23908.

Análisis de la controversia

3. En la STC 5189-2005-PA, del 13 de setiembre de 2006, este Tribunal, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acordó precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley 23908, durante su periodo de vigencia, y dispuso la observancia obligatoria de los fundamentos jurídicos 5 y del 7 al 21.
4. En el presente caso, de la Resolución 0000037363-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 15 de julio de 2002, corriente fojas 2 de autos, se evidencia que: a) se le otorgó al demandante pensión conforme al régimen especial de jubilación del Decreto Ley 19990 a partir del 20 de febrero de 1991; b) acreditó 13 años de aportaciones; y c) el monto inicial de la pensión otorgada S/. 8.00 soles (equivalente a I/m.8.00 intis millón), el mismo que se encontraba actualizado a la fecha de la expedición de la mencionada resolución en la suma de S/. 346.00 nuevos soles.
5. La Ley 23908 (publicada el 07-09-1984) dispuso en su artículo 1: "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".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Para determinar el monto de la pensión mínima vigente a la fecha de la contingencia, se debe recordar que, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984, la *remuneración mínima* de los trabajadores era el resultado de la adición de tres conceptos remunerativos, uno de los cuales era el sueldo mínimo vital.
7. Cabe precisar que para la determinación de la pensión mínima resulta aplicable el Decreto Supremo 002-91-TR del 17 de enero de 1991, que estableció el Sueldo Mínimo Vital en la suma I/m. 12.00 intis millón; quedando establecida una pensión mínima legal de I/m. 36.00 intis millón, la cual fue fijada por la Ley 23908 vigente al 20 de febrero de 1991.
8. El Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Exps. 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 1236 del Código Civil. Dichas ejecutorias también señalan que debe tenerse en cuenta el artículo 13 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 10 de la vigente Carta Política de 1993.
9. En consecuencia se evidencia que en perjuicio del demandante se ha inaplicado lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 23908, por lo que al amparo del principio *pro homine* debe ordenarse que se verifique el cumplimiento de la referida ley durante todo su periodo de vigencia y se le abonen los montos dejados de percibir desde el 20 de febrero de 1991 hasta el 18 de diciembre de 1992, con los intereses legales correspondientes.
10. A mayor abundamiento debe precisarse que el *beneficio* de la pensión mínima legal excluyó expresamente, entre otras, a las pensiones reducidas reguladas en el artículo 42 del Decreto Ley 19990, pero no a las comprendidas en el régimen especial de jubilación que estuvo regulado por los artículos 47 a 49 del Decreto Ley 19990.
11. De otro lado conforme a los criterios de observancia obligatoria establecidos en la STC 198-2003-AC, se precisa y reitera que, a la fecha, conforme a lo dispuesto por las Leyes 27617 y 27655, la pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones está determinada por el número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.
12. En ese sentido y en concordancia con las disposiciones legales, mediante la Resolución Jefatural 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002), se dispuso incrementar los niveles de los montos mínimos mensuales de las pensiones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley 19990, estableciéndose en S/. 346.00 el monto mínimo de las pensiones con más de 10 años y menos de 20 años de aportaciones.

13. Por consiguiente al constatarse de autos que el demandante percibe una suma superior a la pensión mínima vigente se advierte que no se está vulnerando su derecho al mínimo legal.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la aplicación de la Ley 23908 al monto de la pensión del demandante; en consecuencia, ordena que se reajuste la pensión de acuerdo con los criterios de la presente sentencia, con el abono de los devengados e intereses legales correspondientes y los costos procesales.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que aduce afectación a la pensión mínima vital vigente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOVEN
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 3537-2006-PA/TC
LIMA
FLAVIO VERGARA MORENO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Si bien concuerdo con el fallo del presente caso que declara fundada la demanda de amparo de autos, no comparto que el mismo (o los fallos estimatorios, desestimatorios e improcedentes en otros casos referidos a la materia pensionaria) se funde en las razones desarrolladas en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1417-2005-PA/TC (caso Anicama), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, que constituyen precedente vinculante.

En efecto, al cabo ya de buen tiempo de aplicación del mencionado precedente a cientos de casos, relativos al derecho fundamental a la pensión, he considerado conveniente evaluar mi posición sobre los fundamentos de dicha sentencia (por razones varias, pero sobre todo porque siempre necesaria es –luego de una secuencia dilatada que comporta la emisión de un cúmulo de sentencias unificadas bajo un mismo canon interpretativo, y para mejor templar el criterio decisorio y evitar el automatismo–, una estancia meditativa sobre el impacto de la línea jurisprudencial adoptada, pues no podría nunca sentirme ajeno a que se resuelve sobre materia siempre proteica y multiforme, y adherida inalienablemente a la vida misma, como es el derecho fundamental a la pensión). Así, si bien en un principio la suscribí, hoy, por imperativo reflexivo, he decidido apartarme de los fundamentos de tal precedente, principalmente por dos razones: porque no comparto el planteamiento que sostiene la supuesta eficacia diferida de los derechos económicos y sociales y porque ya me parece insustentable la llamada tesis de los “derechos fundamentales de configuración legal”, para otorgarle trama al contenido constitucional de los derechos fundamentales.

1. Sobre la supuesta “distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales” (fundamentos 13 a 19 del caso Anicama), creo que se parte de distinguir los derechos en aquellos que son de preceptividad inmediata o autoaplicativos de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos, confiriéndose a estos últimos la membresía de derechos económicos y sociales.

Considero menester enfatizar que tal postura se encuentra en franca retirada. Así, baste citar el punto 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, en el ámbito de Naciones Unidas, cuyo tenor es: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Siendo tan elocuente esta prescripción supranacional, considero que persistir en una tesis como la esgrimida en el precedente, comportaría un autismo respecto a los cambios sociales operados en el mundo de cara al siglo XXI. Persuadido estoy que los derechos económicos, sociales o culturales son tan eficaces como los derechos individuales. Los derechos humanos son, como se enfatiza la Declaración precitada, indivisibles e interdependientes. El ser humano necesita de todos ellos para poder realizarse como persona.

En la tesis del precedente del caso Anicama, por ejemplo, el derecho al voto sería un típico derecho de preceptividad inmediata. Sin embargo, el ejercicio de tal derecho también requiere de un aparato burocrático, una infraestructura y un amplio financiamiento para poder ejecutarse adecuadamente; y ello no es un problema de eficacia, sino de cobertura y titularidad. Cada cierto tiempo los ciudadanos mayores de 18 años votan y eligen a las autoridades políticas porque el Estado y la sociedad han destinado los recursos necesarios para ello. Entendido así, es incontestable que el derecho es eficaz.

En el caso del derecho a la educación y del derecho a la salud, al Estado (a través de su acción de gobierno) y a la sociedad (a través del pago de sus impuestos) les cabe la responsabilidad de que todos disfruten de tales derechos (cobertura y titularidad). Una vez que se alcanza la titularidad del derecho, este se torna indiscutiblemente eficaz porque, irreversiblemente, se ha incorporado al haz de derechos de la persona, independientemente de que se trate de un derecho económico, social o de libertad (véase para mejor ilustrar esta opinión las sentencias de los casos Azanca Alhelí Meza García, Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, y Pablo Miguel Fabián Martínez, Exp. N.º 2002-2006-PC/TC).

Lo mismo se puede decir del derecho a la pensión. Aunque nominalmente la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos de la materia han reconocido su carácter universal y progresivo (artículo 10º de la Constitución) debido a que la cobertura y titularidad de tal derecho es más compleja (principalmente por los aportes para financiar la pensión), lo que no implica que se desconozca su acaecimiento cuando la cobertura y la titularidad existen (y se ha podido asegurar la financiación para todos o para un determinado número de personas), el derecho es, sin duda, eficaz. Eso es lo que ocurre con la mayoría de los casos que llegan al Tribunal Constitucional en materia de pensiones; las personas son titulares del derecho a la pensión porque han aportado a alguno de los regímenes pensionarios vigentes en el Perú y cumplen con la edad para recibir su pensión o han alcanzado la contingencia, lo que presupone que para todas las personas que han recurrido a la vía del amparo el derecho a la pensión es eficaz.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ahora bien, ¿qué ocurre con las personas que no han aportado nunca? Sin duda que desde una perspectiva jurídica y judicial no serán titulares de tal derecho y, por ello, no tendrán la tutela del amparo, pero no es menoscabo para que el Estado busque fórmulas de cobertura y protección. Una cosa es la cobertura –es decir, la universalización, la posibilidad de que todos sean titulares del derecho– y otra la eficacia. Es por ello que en los casos de amparo en materia de pensiones en los cuales se ha estimado la demanda, el derecho a la pensión ha sido plenamente eficaz, porque el demandante era titular del derecho a la pensión. Por tanto, sostener que el derecho a la pensión, al ser un derecho social, es de eficacia diferida es, cuando menos, discutible.

2. De otro lado, el precedente se adscribe a la tesis “de los derechos fundamentales de configuración legal” (fundamentos 11 y 12). Los derechos fundamentales –o como el fundamento 4 de la misma sentencia los llama, derechos constitucionales–, son los que están reconocidos en la Constitución. Son instituciones jurídicas. Dichas instituciones parten de la conexión entre el ordenamiento jurídico y los hechos sociales. El contexto social, económico y político, imperante en una época determinada, es el que condiciona los elementos configuradores, o las particularidades y características de la institución jurídica o derecho constitucional de que se trate, el cual será objeto de análisis e interpretación.

Al efecto, es útil recordar que el derecho a la seguridad social (pensión y salud) ha tenido una larga evolución que se expresa, después de la segunda guerra mundial, en su reconocimiento en muchas Constituciones del mundo y sobre todo en diversas declaraciones y tratados de derechos humanos ¹.

Conforme al principio de supremacía de la Constitución y a su carácter normativo, los derechos que en ella se reconozcan serán el punto de partida desde el cual se ha de

¹ Para el caso del derecho a la seguridad social algunas declaraciones y tratados de derechos humanos establecen:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Artículo XVI: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Protocolo de San Salvador (1988), Artículo 9: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

realizar su análisis e interpretación. En ese sentido, debido a la característica abierta de las disposiciones constitucionales –lo que incluye a muchos de los derechos que estas consagran– es que la interpretación en función del caso concreto es fundamental.

Este ejercicio hermenéutico habrá de efectuarse sobre la base de las reglas de interpretación constitucional generalmente aceptadas (entre otras las mencionadas en la sentencia recaída en el Exp. N.º 5854-2004-PA/TC, fundamento 12), pero sobre todo conforme a la regla de interpretación constitucional de los derechos y libertades reconocida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que obliga a que tal ejercicio se sujete a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados de derechos humanos que ha suscrito el Perú, así como a la jurisprudencia que hayan dictado los órganos de garantía de tales tratados (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

De ello se concluye que los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución y la jurisprudencia de sus órganos de garantía tienen primacía para configurar el contenido de cualquier derecho constitucional.

La ley sola, como se desprende de la sentencia del caso Anicama, no puede configurar el contenido de un derecho fundamental o constitucional, porque precisamente esa ley es la que será sometida al juicio de constitucionalidad, considerando el carácter objetivo y subjetivo de los derechos constitucionales. Lo que hace la ley es regular el ejercicio de un derecho constitucional, o imponerle límites, pero no “configura su contenido”, pues ello a la postre generaría un sinsentido; en efecto, si así fuese, ¿que diferencia habría entre un derecho constitucional y un derecho de orden legal?

Por ello, discrepo de la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales del que se ocupan los tres últimos párrafos del fundamento 27 de la sentencia del caso Anicama, ya que insiste en la tesis de la configuración legal de los derechos fundamentales. Por ello mismo, considero innecesaria y más bien discutible la cita del fundamento 20; los fundamentos 21 y 22 eran suficientes.

En el mismo sentido, los fundamentos 33 a 35 de la sentencia se refieren “al derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal”. Al respecto, en el fundamento 34 se señala: “Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia” (subrayado agregado).

Las leyes deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución; la Constitución no debe interpretarse de conformidad con la ley. De ello se sigue que ese contenido “directamente protegido” o “constitucionalmente protegido” se determine a partir de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, como se ha señalado líneas arriba.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por ejemplo, en el caso del derecho fundamental a la pensión, el Convenio N.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre seguridad social (norma mínima)², es la norma pertinente para delimitar el contenido constitucionalmente protegido de tal derecho. Así, formarán parte de tal contenido el requisito de la edad (artículo 26º del Convenio) y los años de aportación (artículo 29º del Convenio)³.

En efecto, desde la perspectiva institucional de los derechos fundamentales el tema de su contenido hace referencia al objeto o a los bienes jurídicos subyacentes a tal institución, especialmente para determinar las potestades de acción que el derecho otorgará a sus titulares a fin de que puedan ejercitarlo dentro de los límites constitucionalmente admitidos⁴.

Por consiguiente, la ley no es indispensable o vital para la determinación del contenido de un derecho fundamental, pero los tratados de derechos humanos, entre los cuales se encuentran los de la OIT, sí. La ley será útil únicamente para determinar el cauce y ejercicio del derecho en aras de lograr su mayor efectividad y optimización.

El fundamento 37 de la sentencia Anicama referido a la “determinación del contenido del derecho fundamental a la pensión”, otorga especial relevancia a la ley para configurar el contenido constitucional del derecho a la pensión, método interpretativo con el que discrepo.

Por ello los literales a) y b) del fundamento 37 cometen extravagancia al señalar que el contenido se constituye por las “disposiciones legales” referidas al acceso y a los requisitos para la obtención del derecho a la pensión. Sencillamente, la edad, los años de aportes, así como el acceso, el cumplimiento de las contingencias, la denegación de la pensión cuando se tenga derecho a ella y la privación arbitraria de la pensión, formarán parte del contenido constitucionalmente protegido, y podrán configurarse según los casos.

Respecto del literal c) del fundamento 37, relativo a que el mínimo vital formaría parte del contenido constitucional, si bien me parecen vigorosos los argumentos para comprender tal supuesto, en rigor no existe una razón jurídica que someta la cuantificación de la competencia del amparo y a la postre la restrinja sólo a casos en los que se encuentre comprometido un monto inferior al mínimo; no dejo de

² Convenio celebrado en 1952 y ratificado por el Perú en 1961.

³ Cabe precisar que en el marco de la OIT también existe el Convenio N.º 128, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes celebrado en 1967, pero que no ha sido ratificado por el Perú. Cuando se ratifique sus normas también servirán para perfilar el contenido del derecho a la pensión.

⁴ FREIXES SAN JUAN, Teresa. “La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas”. En: *Administración Pública y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998. p. 156.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

interrogarme, con desazón, por qué aquellos casos cuyo monto pensionario supere en un sol al mínimo deben ir a la vía ordinaria. La protección de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a cuantías.

Con relación al literal g) del fundamento 37, relativo al tema de los reajustes pensionarios, estimo que su inclusión dentro del contenido del derecho a la pensión dependerá de los casos que se presenten, y por ello no me parece lo más adecuado que, cuando así se pretenda, se franquee un rechazo de plano de la demanda.

El contenido de los derechos fundamentales debe definirse bajo el imperativo de los intereses sociales protegidos en el momento en que se proceda a su juridificación, entendiendo, eso sí, que tales intereses pueden evolucionar y originar variaciones en el régimen jurídico de la institución, mientras los cambios no alteren su propia naturaleza.⁵ Es decir, el contenido de un derecho constitucional condiciona el avance y evolución del sistema legal porque su interpretación es más amplia que la legal; no al revés.

El fundamento 37 del precedente en el fondo no hace otra que cosa que encasillar los casos a determinados supuestos, que por lo demás obedecen a un régimen legal pensionario preconstitucional, sujeto a cambios, y obstaculiza la visión justa de las especificidades de cada caso y el particular drama que ellos encierran. En suma, “petrifica” el contenido constitucional del derecho a la pensión en función de la ley, convirtiendo a los justiciables en “prisioneros” de ella.

He considerado necesario, entonces, exponer, no con detalle, como en el futuro habré de hacerlo, pero sí suficientemente, creo yo, las razones que sustentan mi disenso con la sentencia del caso Anicama, en ejercicio consecuente de la convicción que ahora me anima. Por ello, concluyo en que el precedente que tal sentencia consagra debe ser revisado en su totalidad; no obstante, en tanto ello no ocurra, me veo obligado a seguirlo en virtud de su carácter vinculante, y como muestra de mi respeto a las decisiones del supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Perú.

Sr.

GONZALES OJEDA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

⁵ Ibid.