TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02725-2009-PA/TC
AREQUIPA
LOURDES ELIANA ZEGARRA
RIQUELME

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de setiembre de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lourdes Eliana Zegarra Riquelme contra la sentencia de la Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 223, su fecha 19 de febrero de 2009, que declara infundada la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra la Gerencia de Red Asistencial de EsSalud de Arequipa, solicitando que se le otorgue pensión de orfandad por ser hija soltera mayor de edad, conforme al artículo 34, inciso c) del Decreto Ley 20530, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

El apoderado judicial del Seguro Social de Salud – EsSalud y el Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo contestan la demanda alegando que mediante las Leyes 27617 y 28449 se establecen nuevas reglas respecto al régimen del Decreto Ley 20530, y no se recoge la figura de la pensión de orfandad de la hija soltera mayor de edad. Asimismo, sostienen que el artículo 103 de la Constitución dispone la aplicación inmediata de las normas, por lo que no corresponde el otorgamiento de la prestación solicitada.

El Noveno Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 31 de julio de 2008, declara infundada la demanda, por considerar que a la fecha de fallecimiento del causante de la demandante se había modificado el artículo 34, inciso c) del Decreto Ley 20530, mediante el artículo 4 de la Ley 27617, el cual eliminó el derecho a la pensión de orfandad de las hijas solteras mayores de edad.

La Sala Superior competente confirma la apelada, por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

§ Procedencia de la demanda

1. En la STC 1417-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no son parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

§ Delimitación del petitorio

2. La demandante pretende que se le otorgue una pensión de orfandad conforme al Decreto Ley 20530, sin la aplicación retroactiva de la Ley 27617, que modifica el inciso c) del artículo 34 del Decreto Ley 20530. Por consiguiente, su pretensión se encuentra comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.d) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

§ Análisis de la controversia

3. En la STC 00853-2005-PA/TC se ha indicado que "(...) el fundamento de la pensión de sobreviviente se sustenta en el estado de necesidad en que quedan aquellas personas que dependían económicamente del fallecido, porque no contarán más con los medios económicos para atender su subsistencia. Cabe agregar que si bien la premisa es que dicho estado de necesidad sea efectivo o real, legislativamente se ha previsto, por un lado, la presunción de dicho estado (p.e. pensión de viudez para la cónyuge mujer o pensión de orfandad para los hijos menores) o la demostración manifiesta del mismo (p.e. pensión de orfandad para el hijo mayor de 18 años que siga estudios de nivel básico o superior, y pensión de viudez del cónyuge varón). Debe añadirse que la situación de necesidad debe ser actual en relación la circunstancia del fallecimiento, dado que sólo en dicho supuesto operará la medida protectora propia de la seguridad social, vale decir, se configurará una protección efectiva a los beneficiarios".

4. Como se ha precisado, el sustento de la pensión de sobrevivencia es el estado de necesidad de las personas que dependían económicamente del titular de la pensión

de cesantía. A esto se suma que la situación de necesidad debe ser real y actual con relación a la muerte de quien era el sustento del núcleo familiar.

5. En el caso de la pensión de orfandad de hija soltera mayor de edad, se busca proteger el estado de desamparo en que pudiera quedar la hija del beneficiario de una pensión de cesantía al no encontrarse en condiciones de atender su subsistencia por sus propios medios. En dicho supuesto el legislador consideró que el estado de necesidad no debería presumirse, como en el caso de los hijos menores de edad o de la viuda, sino que aquel tenía que ser acreditado a través del cumplimiento de las exigencias legales previstas en el artículo 34 inciso c) del Decreto Ley 20530.

6. En el presente caso, el fallecimiento del causante se produjo después de que la Ley 27617 modificase el inciso c) del artículo 34 del Decreto Ley 20530; por tanto en el caso concreto, la solicitud de la accionante se encuentra fuera de los supuestos de la Ley, lo cual está en concordancia directa con la teoría de los hechos cumplidos que ahora rige el artículo 103 de la Constitución, por lo que debe desestimarse la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la pensión.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02725-2009-PA/TC
AREQUIPA
LOURDES ELIANA ZEGARRA
RIQUELME

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

En esta ocasión, considero pertinente efectuar algunas precisiones en torno a la controversia constitucional traída a esta sede y que ha sido declarada **INFUNDADA**, por las consideraciones que expongo seguidamente.

1. En el recurso de apelación (f. 183) y en el recurso de agravio constitucional (f. 234) la demandante alude a la STC 0005-2002-AI argumentando que su pretensión – acceso a la pensión de orfandad, hija soltera mayor de edad– debe evaluarse en torno al mencionado pronunciamiento debido a que su derecho se ha originado desde el momento en que el causante obtuvo la calidad de pensionista, independientemente de la fecha de fallecimiento, y por lo tanto se trata de un derecho adquirido con condición suspensiva.

2. Sobre lo anotado, es pertinente señalar que a partir de la STC 0005-2002-AI este Tribunal ha resuelto controversias en las que se pretendía la protección del derecho a la pensión al haberse alegado la afectación del mínimo vital, producto de la incorrecta determinación del monto de la pensión de sobrevivientes debido a las modificaciones del Decreto Ley 20530. En efecto, en las SSTC 08888-2005-PA, 03526-2006-PA, 03003-2007-PA, 03386-2008-PA se dejó sentado que " [...] *dentro del régimen previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley 20530, el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes, cualquiera que sea su modalidad, se sujeta a la normativa vigente al momento en que se otorga la pensión de cesantía*".

3. En función a la regla precitada, construida bajo la teoría de los derechos adquiridos, se tomó en consideración la fecha de otorgamiento de la pensión de cesantía del causante, para determinar la aplicación de la normativa que regula en el artículo 32 del Decreto Ley 20530 la forma de cálculo de la pensión de viudez. Bajo dicha premisa, como se resolvió en la STC 03003-2007-PA, al percibir el causante su pensión de cesantía en el año 1992 la pensión de sobrevivientes viudez fue restituida en un 100% del monto de la pensión de cesantía, conforme a la redacción original del Decreto Ley 20530, dejándose sin efecto la resolución administrativa que estableció la pensión derivada tan solo en 50%. Con similar razonamiento, en la STC 01824-2008-PA se evaluó el cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a una pensión de orfandad, hija soltera mayor de edad tomando en cuenta la legislación pensionaria vigente al momento en que se produjo el fallecimiento del causante.

4. En el caso de autos, lo pretendido por la demandante es el acceso a una pensión de orfandad, hija soltera mayor de edad conforme a lo establecido en la redacción original del artículo 34 inciso c) del Decreto Ley 20530 y bajo las reglas de la STC 0005-2002-AI, vale decir se pretende el acceso a una pensión y no solo la verificación de la normativa aplicable a una modalidad pensionaria para efectos de la determinación del monto de la pensión de sobrevivientes. Esta situación, sin embargo, en la actualidad debe ser motivo de una evaluación desde otra perspectiva, dado que mediante la STC 0050-2004-AI (acumulados) se declaró la constitucionalidad de la Ley 28389, de Reforma Constitucional, y de la Ley 28449, de nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, que introdujeron cambios sustanciales en el sistema público de pensiones. Tal situación importa que la revisión de este tipo de controversias deben, necesariamente, realizarse bajos los alcances del artículo 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que suponen la aplicación inmediata de la nueva normativa pensionaria.

5. Si bien el causante falleció el 31 de julio de 2004 y a partir de tal hecho podría invocarse la aplicación del criterio de la STC 005-2002-AI – como de hecho lo efectúa la demandante –, el presunto acto lesivo, Resolución Jefatural 031-DRH-GA-RAAR-ESSALUD-2005, fue emitido ya en vigencia de las nuevas reglas pensionarias que no contemplan la modalidad de hija soltera mayor de edad como pensión de orfandad, lo que implica que la denegatoria del acceso al derecho fundamental a la pensión no sea arbitraria.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR