



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2016, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini, y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marcial Fernández Céspedes contra la resolución de fojas 191, de fecha 22 de octubre de 2012, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones Prima (Prima AFP) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) solicitando que se ordene el inicio del trámite de desafiliación y su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). Asimismo, solicita la devolución de los aportes legales que ha efectuado con sus intereses legales y la entrega del bono de reconocimiento a la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el abono de las costas y los costos del proceso.

Prima AFP formula denuncia civil en contra de la ONP y deduce las excepciones de incompetencia y de falta de legitimidad para obrar del demandado respecto a los actos propios de la ONP y SBS, y contestando la demanda manifiesta que el afiliado no reúne los aportes de ley para percibir pensión en el SNP; sin embargo, aun de acreditar los aportes que exige la ley, el afiliado se encuentra comprendido dentro de los alcances de la Segunda Disposición Transitoria Final de la Ley 28991, en el que se establece que la libre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y retorno al SNP, no es de aplicación a aquellos afiliados que se encuentren en los supuestos de hecho contemplados por la Ley 27617 y por ello se le deniega la desafiliación.

La SBS contesta la demanda manifestando que las resoluciones emitidas por esta entidad no vulneran derecho fundamental alguno del demandante, puesto que fueron dictadas de conformidad con la normativa vigente sobre libre desafiliación. Asimismo, cabe precisar que la SBS no realiza la evaluación del cumplimiento de los requisitos para la libre desafiliación, sino únicamente se circunscribe a autorizar o denegar la solicitud de desafiliación de un sistema a otro, sobre la base del Reporte de Situación en el Sistema Nacional de Pensiones (Resit- SNP), reporte que es emitido por la ONP, en su calidad de entidad encargada de evaluar en cada caso concreto el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 del Decreto Supremo 063-2007-EF.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDES

El Séptimo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo, con fecha 9 de setiembre de 2011 (folio 132), declara fundada la denuncia civil y, con fecha 21 de marzo de 2012 (folio 159), declara improcedente la demanda, por estimar que el demandante, si bien solicitó su desafiliación del SPP, lo hizo sin alegar que no había sido informado adecuadamente al momento de afiliarse, pues no obra en autos prueba documental que lo acredite, razón por la cual no se encuentra acreditada la causal de desafiliación invocada.

La Sala Superior competente confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el demandante solicita que se ordene el inicio del trámite de desafiliación del SPP y su retorno al SNP; y que, finalmente, se le otorgue una pensión del régimen del Decreto Ley 19990. Asimismo, solicita la devolución de los aportes legales que ha efectuado con sus intereses legales y la entrega del bono de reconocimiento a la ONP, con el abono de las costas y los costos del proceso.

Alega vulneración del derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias, pues manifiesta, que fue incorporado indebidamente al SPP como consecuencia de no haber recibido una información u orientación adecuada sobre las ventajas y desventajas que implicaría transitar del SNP al SPP. En tal sentido, en la sentencia emitida en el Expediente 1776-2004-PA/TC, este Tribunal tuvo ocasión de establecer que la posibilidad del retorno del SPP al SNP, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libre acceso a los sistemas previsionales, reconocido por el artículo 11 de la Constitución. No obstante, el Tribunal estableció también que, como todo derecho fundamental, dicha posibilidad de retorno no podía ser ejercida de un modo absoluto, siendo susceptible de ser restringida legalmente bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, y en la medida de que sea respetado el contenido esencial del derecho al libre acceso pensionario. Por ello se desarrollaron los tres supuestos que justifican tal retorno parcial, entre ellos el de indebida, insuficiente y/o inoportuna información. Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente 7281-2006-PA/TC, este Tribunal 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; a saber: el primero, sobre la información (*cfr.* fundamento 27); y el segundo, sobre las pautas a seguir respecto del procedimiento de desafiliación (*cfr.* fundamento 37), cuyo sustento constitucional directo es el artículo 65 de la Constitución, el cual señala que el Estado garantiza el derecho de las personas a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. En consecuencia, la pretensión del recurrente está



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDES

comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37 de la citada sentencia emitida en el Expediente 7281-2006-PA/TC, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

2. En la sentencia emitida en el Expediente 1776-2004-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007, este Tribunal estableció jurisprudencia sobre la posibilidad de retorno parcial de los pensionistas del SPP al SNP. Por otro lado, el Congreso de la República expidió 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.
3. A este respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 7281-2006-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional se pronunció con respecto a las causales de solicitud de desafiliación, incluida, desde luego, la referida a la falta de información y a la insuficiente o errónea información. Además, estableció dos precedentes, a saber: el primero sobre la información (*cfr.* fundamento 27); el segundo, sobre las pautas a seguir respecto al procedimiento de desafiliación (*cfr.* fundamento 37). De otro lado, mediante la Resolución SBS 11718-2008, de fecha 1 de diciembre de 2008, se aprobó el Reglamento Operativo que dispone el procedimiento administrativo de desafiliación del SPP por la causal de la falta de información, dispuesta por el Tribunal Constitucional según las sentencias emitidas en los Expedientes 1776-2004-PA/TC y 07281-2006-PA/TC.
4. De otro lado, este Tribunal ha declarado la constitucionalidad del artículo 4 de la ya mencionada Ley 28991 (ver al respecto la sentencia emitida en el Expediente 0014-2007-PI/TC). Cabe recordar que en este se expresa un procedimiento que debe ser seguido para viabilizar el retorno parcial del SPP al SNP.
5. La jurisprudencia constitucional ha ampliado la validez del procedimiento a los casos de asimetría informativa (fundamento 34 de la sentencia emitida en el Expediente 7281-2006-PA/TC).
6. Asimismo, se ha precisado que únicamente será viable el proceso de amparo en los casos de impedimento de desafiliación mediante una actuación arbitraria por parte de la Administración, en este caso de la SBS, 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 solo se ciñe a exigir el inicio del procedimiento no a ordenar la desafiliación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDES

7. En el presente caso, obran las Resoluciones SBS 7806-2009, SBS 8593-2010 y SBS 5785-2011 (folios 105, 112 y 121), por las que se le deniega al demandante la solicitud de desafiliación del SPP y el recurso de apelación respectivamente, en aplicación del Reglamento Operativo para la Libre Desafiliación Informada y Régimen Especial de Jubilación Anticipada del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Resolución SBS 1041-2007. En dichas resoluciones se determinó que aun cuando el demandante cumpliera con los aportes exigibles en el Decreto Supremo 063-2007-EF, no se encuentra incurso dentro de los alcances de la libre desafiliación informada, en razón a que reúne los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 27617, para percibir pensión mínima conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria y Final de la precitada Ley 28991. Dicha disposición señala que 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 referida Ley 27617.
8. Sin embargo, se advierte del recurso de apelación presentado ante el Superintendente Adjunto de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (folio 166 del expediente administrativo) de fecha 14 de octubre de 2010, que el actor solicitó a la SBS su desafiliación por indebida, insuficiente e inoportuna información recibida de la AFP para incorporarse al SPP; y, que pese a ello, tanto la citada AFP, como la SBS, resuelven sus respectivas solicitudes aplicando la Ley 28991, el Decreto Supremo 063-2007-EF y el Reglamento Operativo para la Libre Desafiliación Informada de la Ley 28991 aprobado por la Resolución SBS 1041-2007, pese a que se encontraba vigente el Reglamento Operativo que dispone el procedimiento administrativo de desafiliación del SPP por la causal de la falta de información aprobado por Resolución SBS 11718-2008. Dicha causal fue establecida por el Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los expedientes 1776-2004-PA/TC y 07281-2006-PA/TC, como supuesto jurídico legítimo para dar inicio al trámite de desafiliación y al haber solicitado el actor su desafiliación por información errónea.
9. En consecuencia, se verifica claramente que la solicitud del actor se tramitó de manera irregular en un procedimiento que no correspondía; y por ende, no se cumplió con brindarle toda la documentación e información detallada que le permita realizar una correcta evaluación respecto a la conveniencia o no de su desafiliación por haber identificado, de ser el caso, un perjuicio en su situación previsional si permanece en el SPP, pues en autos solamente obra el Resit-SNP 98751 (folio 69), de fecha 19 de abril de 2010, donde se señala que cuenta con 14 años y 10 meses de aportes al SPP y 15 años de aportes al SNP, reuniendo un total de de 29 años y 10 meses de aportaciones.
10. Al respecto, cabe referir que este Tribunal, en la sentencia emitida en el Expediente 07281-2006-PA/TC (Caso Santiago Terrones Cubas), ha establecido los precedentes señalados en el fundamento 2.3.2. *supra*, que determinan en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDES

fundamento 33, que el procedimiento a seguir en el supuesto de falta o deficiencia de información es el que debe establecerse en el reglamento de la Ley 28991, el cual deberá ajustarse a lo señalado por el artículo 4 de esta norma, en el sentido a que el procedimiento de desafiliación, en este caso, no debe contemplar ninguna restricción a la libertad del afiliado, debiendo por ello, brindar toda información relevante para que tome libremente su decisión considerando por lo menos, el monto de 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 obtener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y ONP, entre otros.

11. Con tal propósito es que, con fecha 01 de diciembre de 2008, se expidió la citada Resolución SBS 11718-2008, que aprueba el Reglamento Operativo que dispone el procedimiento administrativo de desafiliación del SPP por la causal de la falta de información, el que establece en su artículo 4, el procedimiento a seguir y toda la documentación que se debe reunir a fin de otorgarle al demandante los elementos de juicio suficientes para determinar la ventaja de un posible traslado del SPP al SNP.
12. Por ello y apreciándose conforme a lo anotado en el fundamento 9 *supra*, que en el pedido de desafiliación del demandante por la causal de indebida, insuficiente y/o inoportuna información, no se observó el procedimiento regular prescrito en la Resolución SBS 11718-2008, se ha producido una actuación arbitraria respecto al procedimiento a seguir para efectivizar el retorno parcial del SPP al SNP, que vulnera el debido proceso; por lo que, habiéndose acreditado la afectación del derecho al debido proceso en el libre acceso a los sistemas previsionales, la demanda debe ser estimada y disponer el inicio del trámite de desafiliación.
13. En cuanto a la devolución de aportes con intereses legales, es necesario precisar que las aportaciones efectuadas en el SPP forman parte del total de aportes que se deben tomar en cuenta para el otorgamiento de la pensión del demandante en el SNP, razón por la cual no procede su devolución. Respecto a la entrega del bono de reconocimiento, cabe señalar que tratándose de un certificado que otorga la ONP mediante el cual se reconocen los aportes realizados al SNP antes de incorporarse al SPP, no le corresponde a la demandada la entrega de dicho documento.
14. En cuanto al pago de los costos procesales, corresponde que estos sean abonados conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00757-2013-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCIAL FERNÁNDEZ CÉSPEDAS

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones SBS 7806-2009, SBS 8593-2010 y SBS 5785-2011.
2. Ordenar a la AFP Prima y a la SBS el inicio del trámite de desafiliación por la causal de indebida, insuficiente y/o inoportuna información con estricta observancia de la Resolución SBS 11718-2008 que aprueba el Reglamento Operativo para desafiliación del SPP, conforme a los fundamentos de la presente sentencia y el abono de los costos procesales.
3. Declarar **IMPROCEDENTES** las pretensiones referidas al pago de costas, la devolución de aportes con intereses legales y el bono de reconocimiento a la ONP.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

JANET OTAROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL