EXP. Nº 1776-2004-AA/TC
LIMA
VÍCTOR AUGUSTO MORALES MEDINA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2007, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados García Toma, Mesía Ramírez y del magistrado Vergara Gotelli

I. ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por don Víctor Augusto Morales Medina contra la Resolución de Vista de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de enero de 2004, que confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 30 de enero de 2003, el demandante interpone demanda de amparo contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) -hoy en día, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones-, y contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Unión Vida. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales de petición y de libre acceso al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), previsto este último en el artículo 11° de la Constitución, además de los artículos 2°, inciso 2), 10°, 26°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Sostiene que la violación se configura con el acto de no admitir a evaluación por parte de la SBS el documento por el cual requirió su traspaso al SNP, en vista de que la comunicación que dirigiera a la AFP pidiendo la nulidad de su afiliación aun no había tenido respuesta. Solicita se deje sin efecto el contrato de afiliación a la AFP Unión Vida de fecha 1 de junio de 1994 y se disponga su retorno al SNP con la transferencia de los respectivos aportes. Señala que la SBS debe expedir la resolución que declare sin efecto legal el contrato aludido y, en consecuencia, se le transfiera los aportes a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y se proceda a la devolución del título o constancia de bono de reconocimiento, de ser el caso.

Fundamenta su demanda precisando que dicha situación le genera un grave perjuicio económico y a su derecho a la salud, dado que en su calidad de trabajador minero a tajo abierto aun no puede jubilarse, pese a tener pleno derecho adquirido según el Decreto Ley

N.° 19990 y la Ley N.° 25009, Ley de Jubilación Minera. En ese sentido, alega que no fue debidamente informado por el promotor de la AFP Unión Vida al momento de afiliarse a dicha entidad y que éste le mintió al garantizarle la desaparición del Seguro Social, hecho que influyó en su decisión final de afiliarse. La afectación también se materializaría en el hecho de que, con su retorno al SNP, su pensión mensual vitalicia aumentaría considerablemente y se vería beneficiado con la Ley N.° 25009. Ello resulta esencial, en su caso, dado que su esperanza de vida es corta por haber estado expuesto durante más de treinta y ocho años a un ambiente altamente contaminante, por lo que asevera haber adquirido la enfermedad profesional conocida como neumoconiosis.

b. Resolución de primera instancia

Con fecha 3 de febrero de 2003, el Cuadragésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, mediante Resolución N.° 01, declara improcedente la demanda por falta de agotamiento de la vía previa, de acuerdo con el artículo 27° de la Ley N.° 23506 y los artículos 2° y 23° de la Ley N.° 25398.

c. Resolución de segunda instancia

Con fecha 9 de enero de 2004, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada, que declara improcedente la demanda estimando que no es posible la declaración de nulidad del contrato de afiliación a través del proceso de amparo por no ser la vía idónea para acoger la pretensión demandada, más aun si, de conformidad con el artículo 13° de la Ley N.° 25398, dicha vía no cuenta con etapa probatoria.

III. DATOS GENERALES

- **Supuesto daño constitucional**

El presente proceso constitucional de amparo fue iniciado por don Víctor Augusto Morales Medina contra la SBS y la AFP Unión Vida.

El acto lesivo se habría producido con la falta de respuesta de la AFP y la denegatoria de evaluación por parte de la SBS de los documentos presentados por el demandante, en los cuales solicita su traspaso al SNP, por no estar percibiendo aún pensión.

- **Reclamación constitucional**

El demandante ha alegado afectación de sus derechos constitucionales a la igualdad (artículo 2°, inciso 2), a la petición (artículo 2°, inciso 17), a la seguridad social (artículo 10°) y al libre acceso al SNP (artículo 11°); y, de los principios laborales de igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de derechos e *in dubio pro operario* (artículo 26°), de la proscripción del abuso de derecho (artículo 103°) y de los derechos adquiridos en materia pensionaria (Primera Disposición Final y Transitoria, antes de ser reformada).

Sobre esta base, ha solicitado lo siguiente:

- Se deje sin efecto el contrato de afiliación a la AFP Unión Vida del 1 de junio de 1994.
- Se le reponga al estado anterior en que pertenecía al SNP.

- Se disponga que la SBS expida una resolución con arreglo a ley declarando sin efecto jurídico el contrato aludido y se le transfiera los aportes a la ONP, así como, la devolución a la ONP del título o constancia de bono de reconocimiento, de ser el caso.
- Se inaplique el numeral I.2.a del artículo 3° del Resolución SBS N.° 795-2002, Reglamento Operativo de Nulidad de Afiliación al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones por tener derecho a pensión de jubilación en el Régimen del Decreto Ley N.° 19990, y los artículos 1° y 5° de la Resolución SBS N.° 795-2002, es decir, se disponga la aplicación de los efectos del control difuso de constitucionalidad.

➢ **Materias constitucionalmente relevantes**

Sobre la base de lo pedido por los recurrentes, a lo largo de la presente sentencia, y tratando de definir constitucionalmente la imposibilidad de retorno al SNP para los que se encuentran afiliados a una AFP, este Colegiado deberá pronunciarse sobre las siguientes materias:

- ¿Es necesario un cambio de jurisprudencia?
- ¿Se puede llegar a analizar el fondo de una demanda como la planteada? Es decir,
  - ¿Es posible proteger el derecho a la pensión a través de un proceso de amparo?
  - ¿Ha existido sustracción de la materia?
  - ¿Se requiere el agotamiento de las vías previas?
- ¿Qué significa que exista el derecho fundamental al libre acceso a la prestación de la pensión dentro de los sistemas pensionarios existentes? En consecuencia,
  - ¿De qué manera se configura la libertad de acceso a las prestaciones de pensiones como parte del derecho a la pensión?
  - ¿Cuál es la naturaleza de cada uno de los sistemas de prestación de la pensión existentes y qué implica ello?
- ¿Por qué habría de admitirse el retorno de la adscripción al sistema de prestación de la pensión? De tal forma,
  - ¿Cómo se realiza el traslado entre los regímenes pensionarios?
  - ¿Cuál es el fundamento para que se reconozca a las personas la posibilidad de retorno?
  - ¿Por qué este Colegiado se inclina por un retorno que sea parcial?
- ¿De qué forma se presentan los tres supuestos de retorno parcial? Por lo tanto,
  - ¿Cómo se configura el caso de la titularidad no ejercida del derecho a la pensión?
  - ¿Cuál es la naturaleza de la falta de información como supuesto de retorno parcial?
  - ¿De qué manera habrá de protegerse con el retorno parcial la situación de los trabajadores cuyas labores impliquen riesgo a su vida y a su salud?
- ¿Qué consecuencias tiene que el amparo sea declarado fundado? En tal sentido,
  - ¿Cómo se ha de realizar la solicitud de desafiliación?
  - ¿Por qué es necesario que la persona que busca desafiliarse tome una decisión correcta?

➢ **Norma aplicable al caso concreto**

Pese a que la demanda fue planteada aún con la vigencia de la Ley N.° 23506, es pertinente

utilizar el Código Procesal Constitucional (CPCo), Ley N.° 28237, en virtud de la aplicación inmediata que él mismo recoge en la Segunda Disposición Transitoria.
Así, la presente causa va a ser resuelta por las normas vertidas por este código, más aún si su utilización no representa afectación alguna de los derechos del demandante y demandadas.

IV. FUNDAMENTOS

1. El interés del pensionista demandante para desafiliarse libremente de las AFP, o mejor dicho, el debate reinante sobre el retorno del SPP al SNP, debe ser contrastado con lo que la Norma Fundamental señala básicamente en su artículo 11°. Por tal razón, la presente sentencia se aboca a dar una respuesta constitucional a tal situación, pese a existir ya cierta jurisprudencia sobre la materia.
   La difícil situación existente es fácilmente reconocida tanto a través del alto número de demandas de amparo presentadas, como gracias al interés congresal de dictar una ley para solucionarla. En el pasado, se habían postulado dos mecanismos para que las personas adscritas a una AFP puedan ser desafiliadas: la reversibilidad de su admisión (Decreto Ley N.° 25897) y el procedimiento administrativo de nulidad de la afiliación (Resolución N.° 080-98-EF-SAFP). Sin embargo, y pese a haberse realizado la desafiliación de más de quince mil trabajadores, lo limitado del alcance, vigencia y supuestos de ambos permitió que el problema se haya acrecentado, y que hoy merezca contar con un remedio constitucional adecuado. Justamente, se han ido presentando proyectos de ley sobre la materia, que merecen aún un arduo debate en el Congreso, y esta sentencia contribuirá al esclarecimiento del mismo.
   Por tal razón, pasamos a explicar si es factible el retorno al SNP, previa determinación de la procedencia del pedido realizado. Para ello, se tomará como línea de análisis el derecho fundamental a la pensión. Es decir, la presente sentencia, pese a que utilizará como soporte otros bienes constitucionales involucrados (entre ellos, el derecho a la igualdad, el principio de dignidad o la garantía institucional de la seguridad social), será resuelta sobre la base del derecho a la pensión, pero siempre tomando en cuenta el principio de solidaridad que siempre guía su ejercicio, relación que fuera desarrollada por la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros en su fundamento 48.

A. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

2. Este Tribunal tiene dicho que una de las funciones que la Constitución le ha asignado, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad, es su función pacificadora. Para el cumplimiento efectivo de tal cometido, se vale únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos.
   En este contexto, al igual que en otros casos, el recurrente ha recurrido a este Colegiado, alegando que detrás de la prohibición o impedimento para trasladarse libremente del SPP al SNP, se afecta sensiblemente su derecho al libre acceso a las pensiones y, con él a la calidad de vida que, como mandato de optimización, dimana del principio-derecho de dignidad de la persona, recogido en el artículo 1° de la Constitución.

3. Y si bien en el pasado este Colegiado no llegó a ingresar a definir el asunto de las AFPs, considera que ahora es el momento propicio para que se desarrolle una jurisprudencia acorde con la Constitución. La constatación de que el conflicto no ha sido pacificado -antes bien, se ha acrecentado-, es que el Tribunal Constitucional (TC) se haya visto obligado a replantearse el problema formulado en la demanda, esto es, sobre la validez constitucional del retorno del SPP al SNP.

   Una muestra de lo que ha venido sucediendo, se puede encontrar en el fundamento 2 de la sentencia del Expediente N.º 1151-2002-AA/TC, el mismo que llegó a señalar que

   > "(...) De los actuados fluye que, en el fondo, lo que el demandante pretende es lograr la nulidad de su contrato de afiliación debido a que, según alega, le corresponde estar comprendido dentro del régimen del Decreto Ley N.° 20530. Sin embargo, para tales efectos, debe hacer valer su derecho en la vía ordinaria, tanto más si no ha demostrado de qué manera se afectan sus derechos (...)".

   A partir de estos argumentos, se declaró infundado el pedido. Sin embargo, ahora consideramos necesario desarrollar el verdadero contenido del artículo 11° de la Constitución, y para ello es necesario fijar algunos criterios de protección del derecho fundamental al acceso a la prestación de pensión, variándose la jurisprudencia preexistente o complementándose la misma.

B. Cuestiones de Procedencia de la Demanda Planteada

4. Corresponde en las siguientes líneas, y antes de entrar al fondo de la sentencia, explicar algunas cuestiones respecto a la procedencia de la demanda planteada, máxime si se ha considerado necesario que se produzca un cambio en la jurisprudencia de este Colegiado.

   De esta forma se buscará establecer si el derecho al libre acceso a la pensión merece protección a través de un proceso constitucional, si ha existido sustracción de la materia y si fueron agotadas las vías previas.

§1. Protección del derecho fundamental a la pensión a través del amparo

5. El recurrente considera que el proceso de amparo es la vía idónea para proteger los derechos invocados toda vez que existe

   > "(...) la posibilidad de interposición de acciones de amparo, directamente articuladas contra normas que por su sola expedición, sin que se precisen ningún acto de ejecución, lesionan derechos fundamentales de las personas (...)"[1].

   Por el contrario, AFP Unión Vida, cuando se apersona al proceso en su calidad de demandada, sostiene que lo solicitado por el demandante no debe ser visto en sede constitucional, y alega básicamente que la nulidad de una afiliación no es un derecho protegible por un amparo, por tratarse de un aspecto sujeto al derecho privado común y que no afecta garantías constitucionales. Añade que el objetivo del demandante es deshacer una

---

[1] Escrito de Apelación de la Resolución de primera instancia (fs. 30, 31 del Expediente).

relación contractual, aspecto que necesita de una etapa probatoria. En ese sentido, estipula que

> "(...) tanto la validez de la afiliación, las circunstancias en que se suscribió el contrato, los derechos expectaticios que tendría el demandante frente al Sistema Nacional de Pensiones, el ejercicio oportuno o extemporáneo de la solicitud de nulidad, la validez y vigencia del contrato de afiliación y todos los aspectos contenidos en la demanda resultan totalmente controvertibles y requieren de una adecuada probanza (...)"[2].

Sobre la base de estos argumentos, los juzgadores decidieron a favor de la demandada. Respecto a la idoneidad del amparo para resolver el caso de autos, se dispuso que al existir otra vía para resolver el conflicto, ella era la que debía seguirse[3]. Por su parte, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Resolución de Vista, de fecha 9 de enero de 2004, que declara improcedente la demanda, establece lo siguiente:

> "(...) Consecuentemente, no es posible la declaración de nulidad del contrato de afiliación a través de la presente acción de garantía, por no resultar la presente la vía idónea para amparar la pretensión demandada (...); por lo que la presente acción de garantía deviene en improcedente (...)"[4].

6. Ahora bien, a entender del TC, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea para resolver el caso de autos, dado que en él se debe analizar la existencia de un derecho fundamental como es el libre acceso a las prestaciones de pensiones, y, determinar si éste fue vulnerado por las instituciones demandadas bajo el amparo de la legislación correspondiente.
   De esta manera, el requerimiento de una tutela urgente y especializada, que tiene como fin la protección de los derechos fundamentales, justifica la idoneidad del proceso de amparo, pero siempre utilizando los parámetros detallados por este Colegiado en la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-PA/TC.

7. Asimismo, con relación al argumento de la demandada sobre la falta de idoneidad del proceso de amparo por la ausencia de estación probatoria plena que permita una evidencia adecuada de los hechos controvertidos, debe precisarse que si bien el artículo 9° del CPCo prevé que en este tipo de procesos no existe etapa probatoria, también señala que son procedentes los medios que no requieran actuación.
   Precisamente, en el presente caso, no se requiere la actuación probatoria, más aun, si la materia controversial reside en estricto en el examen del contenido del derecho al libre acceso a prestación de pensiones.

8. De otro lado, para poder llegar a una respuesta y decisión correcta, es necesario aclarar un punto sobre la aptitud de que a través de un amparo se analice una cuestión como la planteada. Al respecto, el inciso 2) del artículo 5° del CPCo establece que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado.

---

2 Escrito N.° 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 93, ss. del Expediente).
3 Sentencia del Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil (fs. 21 del Expediente).
4 Sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fs. 118, 119 del Expediente).

Sobre el particular, el proceso constitucional de amparo debe distinguirse como viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, en caso que la utilización de estos últimos pudiera ocasionar un daño grave e irreparable a la persona, tornándose así en ficticia la resolución que se dicte, tal como se pretende con la presente demanda.

§2. Sustracción de la materia

9. En el caso de autos, la demandada también asevera que, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N.° 27617, se ha producido la sustracción de la materia, en tanto señala que

> "(...) si el demandante tuviera derecho a una pensión de jubilación bajo el Sistema Nacional de Pensiones, dicho derecho se mantiene vigente conforme lo ha establecido la Ley N.° 27617, de fecha 1 de enero de 2002, y, que en el peor de los casos dicha ley significa la sustracción de la materia (...)"[5].

La sustracción de la materia constituye una causal de improcedencia de acuerdo con el inciso 5) del artículo 5° del CPCo, el cual establece que no proceden los procesos constitucionales cuando a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable. Implica que el acto lesivo sea necesariamente actual. El pedido no debe haber devenido en irreparable, tal como lo precisa el artículo 55° del CPCo, en concordancia con lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1° del mismo.

Por tanto, debe analizarse si, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N.° 27617, Ley que dispone la reestructuración del SNP del Decreto Ley N.° 19990 y que modifica el Decreto Ley N.° 20530 y la Ley del SPP, se ha producido o no la sustracción de la materia, y, en ese sentido, debe precisarse cuál es la materia objeto de *litis*.

10. Para determinar la sustracción de la materia en este caso, se procede a citar un fragmento del artículo 9° de la Ley N.° 27617, que incorpora diversas disposiciones al Texto Único Ordenado del SPP, y, que en su Décimo Quinta Disposición estipula que:

> "Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones a la fecha de entrada en vigencia de la presente Disposición Final y Transitoria y que al momento de su incorporación a dicho Sistema cumplían con los requisitos para el derecho a la jubilación adelantada en el Sistema Nacional de Pensiones conforme al artículo 44° del Decreto Ley N.° 19990, podrán jubilarse adelantadamente en el Sistema Privado de Pensiones cumpliendo los mismos requisitos y bajo las mismas condiciones que las exigidas por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Para este fin, dicha entidad determinará quiénes tienen derecho a acceder a este beneficio, informándolo por escrito a la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajadora efectos de que ésta tramite la pensión (...)".

La norma mencionada del Decreto Ley N.° 19990 (artículo 44°) establece, como marco genérico, que los trabajadores que tengan cuando menos cincuenticinco o cincuenta años de edad y treinta o veinticinco años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación.

---

[5] Escrito N.° 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 95 del Expediente).

En el caso concreto, se puede señalar que el demandante procedió a afiliarse al SPP el 1 de junio de 1994, al tener cincuenticuatro años de edad, razón por la cual, no se encuentra dentro del supuesto de hecho previsto por el artículo 44° del Decreto Ley N.° 19990. No obstante, así se hubiese encontrado el demandante en el supuesto previsto por la norma, de igual manera no se habría producido la sustracción de la materia, debido a que el derecho cuya protección se solicita esencialmente es el de libre acceso a prestaciones de pensiones, el cual se encuentra al margen de la normativa propia de cada sistema.
En consecuencia, la pretensión del demandante es plenamente legítima y constitucional, justificándose el pronunciamiento del TC respecto de la misma.

§3. Exigencia de agotamiento de la vía previa

11. Un punto que fue desarrollado por la sentencia de primera instancia es que el demandante no cumplió con agotar la vía previa. En la Resolución N.° 01, que declaró improcedente la demanda, se dictaminó lo siguiente:

> "Que, de los documentos adjuntados, no fluye que accionante haya agotado la vía previa, y de esta manera solucionar el conflicto suscitado conforme a lo señalado en el artículo 27° de la Ley N° 23506"[6].

Frente a lo explicado por el magistrado de primera instancia, el recurrente había alegado falta de respuesta adecuada a su pedido[7], y para ello adjunta como medios probatorios, las cartas notariales que dirigiera a la AFP Unión Vida (de fechas 1 de octubre y 28 de noviembre de 2002), ambas sin respuesta por parte de la AFP; la carta notarial dirigida a la SBS (de fecha 28 de noviembre de 2002), y, la carta de respuesta de dicha entidad (de fecha 26 de diciembre de 2002), en la cual, se rechaza la solicitud del demandante[8].

12. Por su parte, cuando el juzgador resolvió, lo hizo basándose en el tenor del contrato de afiliación. Justo en él, y con relación a la vía previa determinada, en las Cláusulas Generales del Contrato de Afiliación (Cláusula Décimo Séptima), se establece lo siguiente:

> "Las partes contratantes acuerdan expresamente que en caso el afiliado no estuviese conforme con determinados aspectos derivados de la administración de su fondo de pensión por parte de la AFP, deberá presentar su reclamo por escrito a la AFP. Si dentro de un plazo de quince (15) días de presentado el reclamo las partes no solucionasen directamente la controversia suscitada, podrán someterla a conocimiento de la Superintendencia, igualmente por escrito, la que deberá emitir un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo de treinta (30) días. La Resolución de la Superintendencia será inapelable y dará por agotada la vía administrativa"[9].

No obstante tal argumento, la Tercera Fiscalía Superior Civil de Lima, de fecha 15 de octubre de 2003, consideró que los procesos de amparo en los que se resuelve sobre derechos pensionarios, como en el presente caso, existe un criterio uniforme en cuanto a la falta de

---

6 Sentencia del Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil (fs. 21 del Expediente).
7 Demanda de amparo (fs. 17 del Expediente).
8 Oficio N° 25751-2002-SBS, de fecha 26 de diciembre de 2002 (fs. 9 del Expediente).
9 Contrato de Afiliación, Cláusulas Generales de Contratación, Cláusula Décimo Séptima, (fs. 25 del Expediente).

exigencia del agotamiento de la vía administrativa, al considerarse que la pensión de jubilación tiene naturaleza alimentaria, por tal motivo este criterio es plenamente aplicable al caso materia del presente amparo[10].

Cabe recordar que el agotamiento de las vías previas es una causal de improcedencia, prevista tanto por la derogada Ley N.° 23506 como por el inciso 4) del artículo 5° y por el artículo 45° del CPCo vigente. Su finalidad básica es dar a la Administración la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover el autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores. Sólo así se limitará la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado.

13. Propugnamos la aplicación de un criterio de flexibilidad, *pro accione*, el cual impida que la citada exigencia derive en un formalismo inútil, que impida la justiciabilidad, a partir de la dirección judicial del proceso prevista en el artículo III del Título Preliminar (TP) del CPCo. Entonces, el derecho fundamental a la pensión, al tener carácter alimenticio, se desprende que el agotamiento de la vía previa no debe ser exigida en el presente caso, pues no corresponde su utilización para el acceso pensionario.

Además, como se ha señalado *supra*, el demandante cumplió con presentar su reclamo por escrito a la AFP Unión Vida, y, al no haber obtenido respuesta alguna, cumplió con presentar su solicitud a la SBS, la cual emitió un pronunciamiento denegatorio de su solicitud, el mismo que, al tener la calidad de definitivo, puso fin a la vía administrativa, quedando expedita consecuentemente la acción judicial por parte del demandante. En consecuencia, ha quedado demostrado, a partir de los documentos ofrecidos por el demandante como medios probatorios que éste efectivamente agotó la vía previa prevista.

En conclusión, el proceso de amparo es la vía idónea para la resolución del caso de autos y la consecuente protección de los derechos invocados por el demandante. Además, en el presente proceso, no debió pretender el agotamiento de la vía previa judicial, si no administrativa, al requerirse tutela urgente bajo riesgo de devenir en irreparables las condiciones de vida y de salud del demandante.

C. El Libre Acceso a la Pensión en los Sistemas Pensionarios

14. Superado el examen de procedencia de la demanda, ahora pasemos al estudio del fondo de lo peticionado por el accionante.

Se sabe que para configurar constitucionalmente un derecho fundamental se hace imperiosa la intervención del TC como órgano al cual se le ha encargado la vigilancia del efectivo cumplimiento y pleno reconocimiento de la supremacía de la Norma Fundamental. En tal sentido, sólo analizando la posibilidad de retorno del SNP al SPP, a la luz de su dimensión jurídica subjetiva y objetiva, este Colegiado podrá resolver la dificultad existente, pero siempre dentro del marco del Estado social y democrático de derecho.

Con el fin de poder afirmar que la Constitución no restringe la capacidad del individuo para elegir a qué sistema pensionario acogerse y el libre traslado entre ellos, es necesario

---

[10] Dictamen Fiscal N.° 1268-03 (fs. 105 del Expediente).

establecer y definir con claridad cuál es el derecho fundamental involucrado, aunque ya hemos adelantado parecer sobre ello. Únicamente a partir de tal especificación, será posible determinar la validez de una demanda como la planteada, que recurre a la utilización del amparo para abrir una puerta constitucional a lo que la legislación infraconstitucional ha negado.

§1. El libre acceso a la pensión como parte del derecho a la pensión

15. Sobre la base del artículo 10º de la Constitución, que reconoce el régimen de seguridad social, el artículo 11° estipula el derecho al acceso con libertad a las prestaciones pensionarias, en los siguientes términos:

> "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)".

Como se explicara *supra*, es el derecho fundamental a la pensión el que va a sustentar la solución de la controversia constitucional surgida, pero es la seguridad social el ámbito de garantía institucional en el cual tal derecho se llegará a desarrollar.

El derecho fundamental a la pensión requiere de la implementación de medidas a fin de asegurar prestaciones a los individuos, cuando estos no son capaces de satisfacerlas por ellos mismos. En este sentido, se otorga libertad a los Estados para instituir políticas destinadas a dicho fin sujetando su actuación a ciertos parámetros mínimos. Al respecto, este Colegiado ha venido a señalar en el fundamento 12 de la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-AA/TC que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos. Si bien el modelo de la seguridad social previsto en la Constitución de 1993 recoge la idea del Estado como el obligado a desplegar políticas que aseguren los servicios previsionales, también se posibilita la provisión de los mismos a través de particulares (en el supuesto específico de este caso, las AFPs), asumiendo el Estado un rol supervisor.

La seguridad social aparece como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, y que posibilita la existencia de este derecho. Como este Tribunal ha afirmado en el fundamento 11 de la sentencia expedida en el Expediente N.° 2945-2003-AA/TC, el reconocimiento de los derechos -especialmente los sociales- debe realizarse en forma conjunta e interdependiente, amén de entenderlos como un complejo integral único e indivisible. Asimismo, se ha expresado en el fundamento 14 de la sentencia emitida en el Expediente N.° 0011-2002-AI/TC, que la seguridad social es un instituto constitucionalmente garantizado que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, y que tiene como propósito el de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, así como actuar bajo el signo de la doctrina de la contingencia, fines remarcados en el fundamento 54 de la sentencia emitida del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros.

16. Los derechos sociales son además de derechos reglas, claros derechos principios. Por ello, postulan la necesidad de alcanzar objetivos determinados, pero dejan abiertas las vías para lograrlos. Tener el carácter de optimizable no quiere decir que el derecho a la pensión, y

específicamente, el derecho al acceso a la prestación pensionaria, puedan ser incumplidos, sino que siguiendo el carácter de eficacia directa e inmediata de la Constitución, también deben ser plenamente efectivizados a favor de los titulares de los derechos.

Es más, la obligación de proveer de todas las medidas jurídicas necesarias que tornen efectivo a los derechos sociales -entre ellos, a la pensión-, no sólo es una obligación de carácter constitucional. También se trata de un compromiso supranacional proveniente del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento que, al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del TP del CPCo, forma parte del bloque de constitucionalidad internacional aplicable al derecho fundamental a la pensión. Tal norma internacional establece literalmente que:

> "Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Sustentado en este precepto supranacional, se ha venido a reconocer en el Estado niveles distintos de deberes, los mismos que deben ser reformulados a partir del tipo de función que cumpla en cada sistema pensionario, según lo postularemos más adelante.

17. Como parte del contenido esencial constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, cabe señalar que éste no sólo garantiza el obtener prestaciones de pensiones de manera universal y progresiva, sino también el libre acceso a dichas prestaciones, supuesto de hecho claramente establecido en el ya mencionado artículo 11° de la Constitución. Como este Tribunal ha señalado en el fundamento 107 de la sentencia del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros, el derecho a la pensión garantiza, entre otras cosas, el acceso a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Por ello, habrá de considerarse porción integrante de tal derecho la posibilidad de su libre acceso, y en consecuencia, contar con los adecuados requisitos para que dicho acceso se produzca.

Tal libertad de acceso a las prestaciones no implica que todos podamos acceder a él sin más trabas u obstáculos que los que se puedan derivar del ámbito de autonomía del individuo. La libertad de acceso a tales prestaciones opera en la medida que el individuo satisfaga las condiciones legalmente establecidas por el legislador para dicho acceso. En específico respecto del acceso a los sistemas de pensiones, queda claro que éste no es irrestricto ni ilimitado sino que está sujeto al cumplimiento de condiciones y requisitos. Así, no todo ciudadano tiene acceso efectivo a los sistemas de pensiones, sino sólo aquéllos que, tengan la calidad de trabajadores y que, como tales, observen las exigencias de cada sistema. Lo que garantiza la Constitución es que a aquéllos que cumplan los requisitos y condiciones fijados por ley, no se les niegue acceder al sistema pensionario que elijan.

La Constitución asegura la posibilidad de toda persona de gozar de una pensión poniendo a su disposición sistemas pensionarios, pero el goce efectivo de las prestaciones supone que estos respeten los requisitos y condiciones exigidos. Pero, ¿es posible incluir dentro de tal libertad la capacidad para trasladarse libremente de un sistema a otro, bajo un régimen de flexibilidad previsional? En tal sentido, para dar una respuesta coherente y consistente constitucionalmente hablando, es necesario, ante todo, analizar cuáles son los sistemas que la

Constitución reconoce.

§2. La coexistencia de dos sistemas pensionarios

18. A partir de lo previsto por la Constitución en su artículo 11°, gracias a la implementación en el país de un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado, y a la luz de los deberes de actuación que les corresponde, resulta necesario examinar si existió un deber de actuación que no fue plenamente observado por el Estado -o en su caso, por las AFP- cuando se realizaron las afiliaciones masivas en la década pasada. A saber, debemos examinar si se desarrollaron un conjunto de medidas que, destinadas a promover la disponibilidad de información adecuada y suficiente en el mercado, posibilitara a los ciudadanos elegir el sistema que más convenga a sus intereses.
Ante todo, debe dejarse sentido que si bien la Norma Fundamental establece la existencia de tres tipos de entidades prestadoras de pensión, en el país sólo han llegado a establecerse dos. Por ello, la presente sentencia se restringe a la actuación del SPP y del SNP, y la posibilidad de traslado entre ambos. El sistema mixto aún no ha sido implementado.

19. Sobre la base de la entonces nueva Constitución de 1993, la reforma pensionaria se inició en nuestro país como una iniciativa del gobierno, el cual si bien mantuvo el SNP, desarrolló una campaña a favor de la capitalización, inclinándose por la promoción de la adscripción de las personas a él. Al respecto, se ha señalado que

> "(...) el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a procurar la desaparición de los sistemas públicos, especialmente en materia pensionaria. En efecto, las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones son indicios elocuentes de tal intención"[11].

En adición a ello, se promovió la generación de un sistema paralelo (SPP) frente al hasta entonces sistema único estatal (SNP). Pero es innegable que fue el Estado el que en todo momento, conociendo de la situación del SNP, propició las afiliaciones a las AFP. Es imperioso recordar la crisis en la que había estado sumergido el SNP, lo cual produjo el traslado indiscriminado, y muchas veces malinformado, hacia el SPP.
Una clara muestra de la promoción de las afiliaciones, se encuentra en el artículo 7° del Decreto Supremo N.° 054-97-EF, Ley del SPP, en el cual se observa un amplio deber para el SPP en el fomento del desarrollo y acceso de sus actividades, cual es la obligación de las AFP de afiliar a cualquier trabajador en el momento en que éste lo solicite.
Los términos de la intervención del capital privado en la prestación de pensiones y su incidencia en el contenido protegido del derecho al libre acceso, evidentemente tiene que esclarecerse a partir de las exigencias mínimas que la Constitución impone al Estado, ya sea en su rol de promotor de la actividad privada en la prestación de las pensiones, ya en su papel de administrador de un SNP, y no, por cierto, conforme a criterios eminentemente

---

[11] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N.° 085. La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N.° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Lima, 2004. p. 8.

económicos.

20. Es virtud de ello, corresponde explicar qué deberes habían de cumplir los entes privados y públicos. La eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales obliga que, tanto en el ámbito estatal como en el privado, la interpretación *pro homine* autorice el desarrollo verdadero de la persona, amén de las circunstancias que pueden afectar su libre determinación, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución.
Debe quedar establecido que el Estado no está cubriendo el servicio público de manera exclusiva, sino que existen empresas privadas que lo está acompañando. En este sentido, estas sociedades se encuentran en una posición privilegiada para el uso de la información con relación al usuario de las AFP, información que puede, en ciertos casos, perjudicar al usuario en la toma de decisiones con respecto a sus inversiones, utilización de la información, veracidad de la misma, para así llegar a la afiliación o desafiliación en un caso concreto. El Estado en su función tuitiva, y como primer obligado a satisfacer las necesidades pensionarias, no puede permanecer indiferente ante ello.
En este marco, las obligaciones del Estado aparecen como precisas. Al ser uno de los sujetos pasivos del derecho a la pensión, cabe que se establezcan las obligaciones y responsabilidades constitucionales que le corresponden. Por ejemplo, al promover el SPP, el Estado debe hacerse cargo de las consecuencias de la actividad de las AFP, sobre todo tomando en consideración el rol que se le ha asignado a la SBS para supervisarlas. Según la Constitución, en su artículo 87°, la SBS controla a las AFP. Sin embargo, consideramos pertinente establecer cuál es el verdadero carácter de cada uno de estos sistemas.

a. El SNP como sistema de redistribución

En 1979, la Constitución establecía en su artículo 14° que el Estado tenía el exclusivo deber de prestar el servicio de seguridad social en materia previsional. Lamentablemente, con el método de reparto, la carga económica que irrogaban las prestaciones pasó a ser soportada por los trabajadores activos, dando como resultado el colapso del sistema, a lo cual ayudó la ineficiencia crónica del sector público para la administración de los recursos, la burocracia y la sujeción de las políticas públicas a los intereses de los distintos gobiernos. En el presente, si bien sigue estando vigente la prestación estatal directa reconocida, ya no es la única.
El SNP es un sistema de reparto, en el que las pensiones de jubilación, discapacidad y sobrevivencia se financian por las aportaciones de los trabajadores en actividad y los rendimientos del propio sistema, con un marcado efecto redistributivo, en tanto que el monto de las pensiones no depende de los montos aportados. Como es conocido, el SNP está básicamente constituido por dos regímenes pensionarios: el previsto en los Decretos Leyes N.° 19990 (régimen general) y N.° 20530 (régimen especial). Tan cierta es la afirmación que el sistema es redistributivo, y que la intervención del Estado es alta, que en el artículo 7° del Decreto Ley N.° 19990, se señaló que no sólo constituye aportación para el SNP, lo abonado por el trabajador, sino también lo realizado por el Estado, en tanto empleador. En el mismo decreto ley, el monto máximo de la pensión a ser otorgada, de acuerdo al artículo 39° (sustituido por el Decreto Ley N.° 20604), no puede exceder de la remuneración o ingreso de referencia, aunque en los artículos 41°, 42°, 44°, 47° y 48°, se han previsto diversos montos

de pensiones que se pueden estipular, los cuales están en relación directa con la edad y plazo del aporte.

El SNP está configurado como un sistema obligatorio para los trabajadores dependientes del sector público y privado, y facultativo para los independientes, en donde los contribuyentes son sólo los trabajadores y el Estado tiene un rol administrativo. El sistema, tal y como está configurado, se mantiene para aquellos trabajadores que al momento de implementarse el SPP, no opten por el mismo, y para aquellos trabajadores no afiliados al SPP que al momento de ingresar a laborar expresen por escrito su opción por el SNP en el plazo de diez días.

b. El SPP como sistema de capitalización y rentabilidad individual

El SPP sustituye la capitalización colectiva por la personal, siendo manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad sino al individualismo y concurren en el mercado en una relación simétrica de competencia, con relación a los usuarios[12]. Lo señalado se encuentra admitido a partir de la existencia de una carpeta individual del afiliado, la misma que redunda en la creación de una cuenta individual de capitalización, tal como se señala en el artículo 22° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Fondos de Pensiones, referido a Afiliación y Aportes. Asimismo, según es señalado por el artículo 21° de la Ley del SPP y por el artículo 40° del Decreto Supremo N.° 004-98-EF, Reglamento de la Ley del SPP, modificado por Resolución Ministerial N° 182-2003-EF, debe existir una cuenta individual de capitalización de cada afiliado, expresada en dos libretas de registro: 'Libreta de Capitalización AFP' y 'Libreta Complementaria de Capitalización AFP'.

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Según lo desarrolla el artículo 1° de la Ley del SPP, este sistema tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la previsión social en el área de pensiones y está conformado por las AFP, las mismas que otorgan obligatoriamente a sus afiliados, las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. En el artículo 1° de su Reglamento, se insiste en que la importancia de este propósito está en que la actividad ha de ser realizada por parte del sector privado. Importa señalar que aun cuando la administración y las prestaciones de pensiones están en manos de agentes distintos del Estado, no por ese hecho este último deja de tener la condición de sujeto pasivo del derecho a la pensión y, en ese sentido, carece de obligaciones para con él.

El SPP no implica una afiliación forzosa, sino que es el trabajador quien voluntariamente solicita su afiliación, pero también se produce la afiliación, tal como lo prevé el artículo 6° de la Ley del SPP, como resultado de una manifestación tácita de voluntad, cuando el trabajador no comunica, en el plazo de diez días de iniciada la relación laboral, su opción por el SNP, caso en el cual el empleador deberá afiliarlo en la AFP en la que tenga más trabajadores. Tal como lo precisa el artículo 1° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, la

---

[12] Es importante señalar que en la actualidad existen en el SPP, 3 672 582 afiliados activos y 34 706 689 miles de soles de valor total de la cartera administrada (SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES. Principales Variables del Sistema Privado de Pensiones. Al 28 de febrero de 2006).

afiliación será considerada como una relación jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera fuere su condición, y la AFP. El monto de las pensiones se calcula según el saldo que arroje la cuenta individual de capitalización en el momento de pasar a la condición de pensionista.

En este marco, el Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44° de la Constitución y sentencia del Expediente N.° 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del acceso a la pensión, y lo hace de dos formas: por intermedio la ya explicada prestación directa (SNP), pero también a través de la supervisión de la actuación del SPP. A colación de esta segunda forma de actuación, consideramos que la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución. En efecto, con independencia de que la prestación de la pensión -por su *telos* o finalidad- no constituya una actividad empresarial, es claro que, de una interpretación sistemática de la Norma Fundamental, además se desprende que el margen de discrecionalidad legislativa no autoriza a que se pueda prever un régimen legal según el cual el Estado quede completamente desvinculado de su prestación directa, y ello es válido, incluso para el diseño constitucional que se deriva tras la reforma constitucional introducida mediante la Ley N.° 28389.

21. Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* -eficacia frente a terceros- de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. Por tal razón, se señaló en el fundamento 69 la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros que el artículo 11° de la Constitución reconoce sistemas diferenciados, pero es en el SPP cuando es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna), convirtiéndose éste en parte de los desafíos de las políticas gubernamentales. Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.

Los deberes del Estado y de las AFP como destinatarios del derecho a la pensión pueden reconducirse a un grupo determinado de acciones, básicamente relacionadas con conductas de respeto, de cumplimiento y de protección a favor de los pensionistas.

- *Respeto*: Supone una abstención de desarrollar cualquier actividad que ponga en riesgo derechos, lo cual acarrea la inversión en políticas que permitan a la población satisfacerlos por los medios que consideren adecuados. Esto significa el deber de respetar el derecho a la pensión, y con él, a todos los derechos que lo complementan y están relacionados.
- *Cumplimiento*: Evidencia medidas activas para que todas las personas tengan la oportunidad de disfrutar de sus derechos cuando no puedan hacerlo por sí mismas. Por lo

- tanto, se debe analizar en qué medida se buscan asimilar las condiciones del SNP al SPP.
- *Protección:* Implica un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para evitar que otros agentes violen derechos sociales, en un sentido de prevención. El deber de garantizar obliga a establecer estructuras, procedimientos y todo medio a su alcance que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio del derecho a la pensión.

Conocidas las cualidades de ambos sistemas, se deduce la necesidad de que este Colegiado determine en la presente sentencia si existe o no la capacidad de retorno al SNP, toda vez que no puede aceptarse la afectación a un derecho fundamental, como es la pensión, y el incumplimiento de funciones de parte del Estado y de las AFP.

22. Asimismo, vale la pena insistir en un deber como el alegado por el recurrente respecto a la información, sobre todo relacionado con la actitud del promotor[13]. Debe mencionarse que ésta también es una obligación del Estado y de las AFP.
La exigencia de información a favor de usuarios previsto en el artículo 65° de la misma (que será explicado con acuciosidad más adelante) viene a formar parte del derecho fundamental a la información, prevista en el artículo 2°, inciso 4). La información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho y del mercado, toda vez que sólo a partir de ella la población tendrá el conocimiento como para aprender a discernir y tomar las decisiones más adecuadas en su vida. Se configura así como la piedra angular de la democracia (lo mismo podría decirse respecto del mercado), según lo dispuesto por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-5, Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas.
En el caso pensionario, este derecho debe servir como la base del análisis del conocimiento que debieron tener los que se adscribieron a las AFP, a fin de no verse perjudicados en el ejercicio de su derecho fundamental a la pensión, regulado por el artículo 11° de la Constitución. La información debió expresarse tanto respecto a las características del SPP como respecto al bono de reconocimiento que se le otorgaba al afiliado, y todo parece indicar que los cosas no sucedieron tal como la Norma Fundamental lo exigía.

D. La Admisión del Retorno Parcial del SPP al SNP

23. El traslado entre los sistemas de pensiones se refiere a la capacidad de la persona para pasarse del SNP al SPP, o del SPP al SNP. Sólo en el último caso fluye lo que se conoce como retorno, siempre y cuando la persona originariamente se hubiera encontrado en el SNP, y analizar su aceptación a partir del artículo 11° es lo que realizaremos a continuación.
El retorno, como fórmula de desafiliación, estuvo aceptada en el pasado a través del Decreto Ley N.° 25897 y la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP. Sin embargo, a juicio del TC, la posibilidad de retorno no puede ser analizada desde una perspectiva infraconstitucional, sino que más bien corresponde relacionarlos con la protección de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales.

§1. La aceptación y prohibición en los traslados

[13] Demanda de amparo (fs. 16 del Expediente).

24. Es ilógico que el desarrollo legal del artículo 11° de la Constitución sólo permita el traslado entre los sistemas de prestación de pensión en determinados sentidos pero no en otros. A primera vista, no puede considerarse como razonable que la afiliación del SNP al SPP sea la única regla, y no al revés.
De ello se colige que una interpretación correcta de esta norma constitucional podría prever supuestos específicos de traslado permisibles, y supuestos específicos de traslado prohibidos. En la actualidad, sólo se posibilita un traslado restringido. Es así como aparece como imprescindible verificar el por qué de esta diferenciación, más aún si normalmente se piensa que la opción adoptada por el legislador ordinario va en el sentido de negar el retorno al SNP.

25. Veamos un poco acerca de las posibilidades que sí han sido aceptadas dentro del ámbito legal: el traslado del SNP al SPP, y el traslado dentro del SPP.
- *Traslado del SNP al SPP*: En primer lugar, sí se ha admitido explícitamente que, en cualquier momento, se puedan transferir aportaciones del SNP al SPP. Entonces, en el régimen legal pensionario (artículo 5° de la Ley del SPP), se permite -y hasta se promueve- el traslado sin restricciones hacia el SPP desde el SNP. Como ya se señaló, en el artículo 6° de dicha ley (también, artículo 2° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP), se incorpora la presunción de que la persona nunca elige el SNP. Se da un plazo de diez días para que 'expresamente y por escrito' manifieste su deseo de seguir en el SNP; caso contrario, deberá elegir entre las AFP existentes.
- *Traslado dentro del SPP*: En segundo término, aparece el derecho a la libre elección entre las AFPs, según lo disponen los artículos 6° de la Ley del SPP (modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 28444) y 44° del Reglamento de dicha ley (modificado por Resolución Ministerial N.° 182-2003-EF). Según esta posibilidad, el afiliado está en la capacidad de cambiar de AFP en el momento que así lo decida. Para realizarlo, sólo basta presentar ante la AFP la solicitud correspondiente.

26. Frente a estos dos casos, se ha determinado la imposibilidad de traslado del SPP al SNP. Sólo cabría en el presente y excepcionalmente si media una nulidad de la afiliación.
Así, si uno y otro sistema de pensiones está sujeto a regímenes legales distintos, y a una naturaleza específica y característica, tanto más si se considera que los aportes son bastante disímiles entre ambos (casi el doble en el SNP), el TC sólo puede encontrar determinado tipo de justificación en el hecho de que mientras el fondo del SNP está constituido por los aportes de los trabajadores más los del Estado, en el caso del SPP, éste sólo está constituido por los aportes de los trabajadores, de modo que con abstracción de los efectos del principio de solidaridad la pensión que un individuo reciba será proporcional al monto que haya aportado a su fondo de pensiones.
Por ende, la interrogante que fluye únicamente puede ser la siguiente: ¿cabe realmente prohibir este tipo de traslado? Consideramos que la respuesta sólo puede ser negativa. Y la razón para llegar a tal declaración no puede ser sino la que se pasará a elucidar en las siguientes líneas, máxime si este Colegiado ya ha venido tomando una posición al respecto.

En esta oportunidad únicamente corresponde insistir en la decisión adoptada. Así, la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC, y otros, en su fundamento 108, considera, con relación a la ley de reforma constitucional, que ésta

> "(...) si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones".

27. Detrás del aliento al SPP, surge un deber especial de dispensar de las medidas necesarias que protejan no sólo el derecho a la pensión, sino también la libertad individual, pues tras el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto digna, ésta debe ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. Por ello, se reconoce que tiene capacidad plena para decidir sobre sus propios actos.
Este Tribunal considera que no se es consecuente con la libertad cuando, so pretexto de ella, se presenta al individuo sólo las opciones entre las cuales deberá escoger, y no se le informa de las ventajas, y posible desventajas comparativas de uno y otro. Y menos aún estamos de acuerdo con el deber de respetar el derecho a la pensión, cuando se omite hacer público las verdaderas diferencias entre los sistemas.
Es más, si pese a considerarse que entre los sistemas pensionarios existen notorias diferencias, y no obstante ello -o a pesar de ello- se posibilitó que una persona que pertenece al SNP pueda trasladarse al SPP, entonces, no hay razón constitucionalmente aceptable para que, también libremente, dicho individuo pueda retrotraerse de su decisión original y, en consecuencia, se le permita del derecho al retorno del SPP al SNP. Ahora bien, este contenido esencial del derecho a la pensión sólo será aceptado bajo ciertas condiciones, toda vez que sólo a partir de ellas, éste podrá ser ejercitado. Entendiendo de esta manera el artículo 11°, se estará aplicando la Norma Fundamental en situación de igualdad entre los que desean trasladarse de un sistema a otro, sin importar si la dirección es del SNP al SPP, o del SPP al SNP, con pleno respeto del artículo 2°, inciso 2) de la Constitución. El problema del eventual colapso del SNP como justificación constitucional de un régimen que no permita la reversibilidad, no puede aceptarse como único criterio constitucionalmente legítimo, cuando no es un dato probado y de por medio se encuentra el derecho al bienestar de un individuo en su futuro y el de su familia.

28. En este sentido, el TC está convencido de que se debe aceptar la capacidad de retorno del afiliado, en el sentido de permitir que el trabajador vuelva al SNP, toda vez que antes de pertenecer a la AFP, él ya debió haber estado en el SNP.
Pero hay dos supuestos adicionales en que se debe permitir el traslado. El primero está referido a aquellas personas que nunca fueron parte del SNP, y como parte de su primera elección optaron por el SPP. El segundo está relacionado con los que ya habiendo acumulado el tiempo necesario en el SPP, ahora se encuentran recibiendo pensión, pero en situación peyorativa respecto a si se hubiesen quedado en el SNP; en este caso, cabe señalar que la vía adecuada no es la constitucional, tal como se desprende de la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-PA/TC.

Es de mencionar que ambos grupos también podrán trasladarse al SNP, siempre y cuando sus condiciones se asemejen a las previstas para el retorno, según los parámetros que se irán desarrollando a lo largo de la presente sentencia, pero adecuando los criterios que se precisen a la naturaleza propio de su petitorio.

§2. La aptitud de retorno

29. El demandante considera que debe permitirse la libre desafiliación en virtud del perjuicio económico que le causa seguir en el SPP, a diferencia de lo que ganaría en el SNP:

> "(...) la pensión de jubilación en el Sistema Privado de Pensiones AFP Unión Vida no superaría los S/. 1,100.00 nuevos soles, y que sólo me abonarían por 10 años en caso de ser renta programada, y S/. 700.00 nuevos soles si fuera una renta vitalicia; de acceder a la jubilación para los mineros mediante la Ley 25009 ante la ONP, la pensión sería de S/. 3,2800.00 nuevos soles aproximadamente en forma vitalicia"[14].

Frente a lo señalado por el demandante, AFP Unión Vida consideró pertinente oponerse a ello en virtud de lo siguiente:

> "La suscripción de un contrato conlleva obligaciones para ambas partes (AFP-afiliado) y ninguna de ellas puede dejar sin efecto de manera unilateral sus obligaciones (...). En ese sentido, si una de las partes considera que existen causales para resolver el contrato debe cumplir con los plazos y requisitos que la ley establece y, en el presente caso, al actor se sometió libre y voluntariamente a la normatividad del Sistema Privado de Pensiones"[15]

Por tales razones, es conveniente que este Colegiado explique por qué sí corresponde la existencia de retorno al SNP, por más que ella no pueda ser total.

30. Pero antes de ello, se debe revisar cómo ha sido tratado este problema en el ordenamiento infraconstitucional, lo cual llega a demostrar la aceptación del retorno, a través de dos experiencias: la inicial, sólo válida hasta 1996, fue la de reversibilidad de la afiliación; la posterior, que en algunos supuestos aún tiene vigencia, fue la de nulidad de la afiliación.

a. Reversibilidad de afiliación

La primera posibilidad de retorno se encuentra en la reversibilidad de la afiliación a una AFP, prevista en el artículo 5º del Decreto Ley N.º 25897, Ley que crea el SPP, de 1992. Con precisión, esta norma señala lo siguiente:

> "(...) su traslado al SPP es reversible dentro de los dos años siguientes de la vigencia de la presente ley, siempre que sean mayores de 55 años si son hombres y de 50 años si son mujeres, o que la razón determinante de su afiliación al SPP haya sido la creencia equivocada de que tenía derecho al bono de reconocimiento en el momento de la promulgación de la presente ley (...)".

Este plazo luego fue ampliado. Con posterioridad, en 1994, gracias a la Ley N.° 26323, el plazo para ejercerlo se aumentó en dos años, por lo que éste rigió hasta el año de 1996.

b. Nulidad de afiliación

---

14 Demanda de amparo (fs. 16 del Expediente).
15 Escrito N.° 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 90 del Expediente).

Concluido el plazo para la reversibilidad, y tomando en cuenta que el traspaso no podía tener el carácter de permanente, se dictó la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP. En el artículo 51°, se precisa claramente, como parte de su naturaleza administrativa, que

> "Los contratos de afiliación suscritos con una Administradora Privada de Fondos de Pensiones serán declarados nulos por las siguientes causales: a) Haber sido suscrito por un trabajador que al momento de hacerlo era incapaz, según lo prescrito por los artículos 43 y 44 del Código Civil; b) No usar el formato a que se refiere el artículo 5 del presente Título o incluir en él información que no corresponda a la establecida en el anexo N° I; c) Haberse comprobado, según el procedimiento establecido, que la firma del trabajador es falsificada; d) Comprobarse la inexistencia del afiliado; e) Comprobarse que el afiliado se encuentra percibiendo una pensión de carácter vitalicia en el SNP; f) Comprobarse, a criterio de la Superintendencia, que el afiliado no contó con información suficiente respecto de los requisitos para tener derecho al Bono de Reconocimiento, o respecto de cualquier beneficio o característica propia del SPP cuyo desconocimiento haya influido sustancialmente en su decisión de afiliarse y siempre que se acredite la existencia real o potencial de daño o perjuicio para el afiliado; g) Comprobarse que el afiliado haya ingresado al SPP teniendo el derecho adquirido para acceder a una pensión de carácter vitalicio en el SNP, siempre que el desconocimiento de este hecho o de las normas que regulan las prestaciones propias del SPP haya influido sustancialmente en su decisión de afiliarse y siempre que se acredite la existencia real o potencial de daño o perjuicio para el afiliado, a criterio de la Superintendencia (...); y, h) Comprobarse que el afiliado haya sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, como consecuencia de un siniestro producido por enfermedad o dolencia preexistente a la incorporación del afiliado al SPP (...)".

Esta norma fue sustituida posteriormente por la Resolución N.° 185-99-EF-SAFP, la misma que separó los supuestos de nulidad de los de anulabilidad. Entre los primeros se encontraba la falsificación de firma, la afiliación por responsabilidad del empleador y la inexistencia del afiliado. Entre los segundos, el recibir pensión vitalicia del SNP, el cumplir con los requisitos del SNP y con la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Varias precisiones al respecto. En primer lugar, se realiza una diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad; en segundo lugar, se deja de lado algunos de los supuestos previstos en la norma original; y, en tercer lugar, se han ido previendo plazos efectivos de vigencia de los supuestos que se mantuvieron en la modificatoria. De esta forma, los incisos d) y e) fueron dejados sin efecto por la Resolución SBS N.° 749-2000. Con relación al inciso a), la Resolución SBS N.° 795-2002, establece que el plazo para solicitar la nulidad es de diez años. Más adelante, se estableció que los plazos establecidos se basarán en las normas civiles (artículo 2001° del Código Civil -CC-): para los incisos a) y c), es válido el numeral 1; para los incisos d), e) y f), es válido el numeral 4; el inciso b) venció a finales de 1999. Además, existe la Resolución SBS N.° 264-2004, referido a la ampliación de alcances del Reglamento Operativo de Nulidad de Afiliación al SPP.

31. De lo observado, se concluye que sí se ha encontrado -y se encuentra- admitido el derecho al retorno, esto es, la autorización para pasarse del SPP al SNP, pero únicamente de aquellas personas con ciertas condiciones especiales que ameritaron protección superlativa, aunque no

se puede negar que se ha realizado en la Administración una interpretación restrictiva de las situaciones habilitantes. Sin embargo, consideramos necesario reconducir los supuestos reconocidos infraconstitucionalmente hacia un estándar constitucional.

Una interpretación correcta del artículo 11° de la Constitución permite el retorno hacia el SNP de quienes se afiliaron a las AFP. De acuerdo al derecho al libre acceso a una prestación de pensiones, su ámbito protegido no sólo garantiza la libertad para acceder a él, después de cumplidas las cláusulas que la ley prevea, sino también la posibilidad de reconsiderar su elección y, en un acto consciente, decidir lo que, como ser racional considera más conveniente para sus intereses, más aún si existe un derecho a libre contratación según lo previsto en el artículo 2°, inciso 14) de la Norma Fundamental. De esta forma, el retorno también debe estar sujeto a condiciones y requisitos.

32. Para establecer cláusulas de acceso al derecho a la pensión, la Constitución le concede al legislador un adecuado margen de discrecionalidad, es decir, libertad para fijar condiciones y requisitos dentro de los límites que ella misma prevé y, entre los cuales, se encuentran, entre otros, la igualdad ante la ley y de trato.

Por tal razón, es conveniente determinar hasta dónde se permite el retorno, pues queda claro que ella debe integrarse con el mandato de libre afiliación al SPP y, por tanto, no puede ser completamente independiente, al no fluir del contenido textual del dispositivo. Pero, ¿es razonable que se pueda revertir la adscripción a un sistema pensionario, y pasar a pertenecer a otro? Para responder a tal interrogante, es necesario remitirnos a los tres criterios que han sido reconocidos por el TC, como parte del criterio de razonabilidad:

- *Idoneidad*: Respecto a este *test*, se sostiene que la finalidad de la restricción al retorno es impedir que el SNP colapse y, de esa manera, se ponga en riesgo de no acceder a la prestación de pensiones de todas aquellas personas que se encuentran en cualesquiera de los regímenes legales del SNP. Sin embargo, no sólo la restricción debe alcanzar una finalidad constitucionalmente lícita, sino además el medio que el legislador empleare para alcanzarlo. El Estado siempre tiene el deber de implementar políticas concretas a fin de asegurar el pago de pensiones, y mientras la medida sea adecuada para el logro del objetivo propuesto, también se muestra efectiva para hacer frente a los problemas típicos de los SNP, posibilitando como regla general, un incremento del monto de las pensiones, y un aumento en el número de personas que potencialmente podría tener derecho a una pensión.
- *Necesidad*: El Estado y también las AFP no pueden abdicar a la función de servir con la plena efectividad del derecho a la pensión. El peligro en el que se encuentra la viabilidad de los regímenes legales del SNP no puede terminar con desatender de sus obligaciones para con este derecho fundamental. En ese sentido, es legítimo que se haya establecido condiciones más beneficiosas para promover el SPP en vez del SNP, pero la decisión de afiliación corresponde a la persona misma, siempre y cuando haya sido proveído de la información exacta, suficiente, de calidad y oportuna para decidir. Es más, incluso cuando el ciudadano ha sido previamente informado de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, y opta por uno de ellos, no se le puede privar de la posibilidad de reconsiderar su elección libre y, en ese sentido, decidir si se traslada de un sistema a otro.

- *Proporcionalidad* estrictu sensu: Sin abdicar de la función de ofrecer un sistema de prestación de pensiones, el Estado puede promover al SPP. Sin embargo, el TC considera que, en un Estado social y democrático de derecho, sólo es legítimo que se intervenga en el ámbito de la libertad de las personas en la medida estrictamente necesaria e indispensable para hacer efectivos los demás derechos fundamentales y los valores propios de un sistema democrático. De ahí que juzguemos que, al haberse optado por una medida legislativa que no era proporcional para alcanzar la finalidad perseguida, no pueda la persona con posterioridad y de la misma manera -esto es, a través de un acto de voluntad cuidadoso e informado- elegir, cuando sus intereses así lo ameriten, por un sistema de pensiones distinto.

Habiendo determinado que el ejercicio del retorno al SNP debe ser ejercido por los afiliados, es necesario relacionarlo con el contenido constitucionalmente del derecho fundamental a la pensión, sin tomar en cuenta plazo alguno, pues la Constitución no los ha reconocido y porque la pensión asume el carácter pensionario e irrenunciable.

§3. La inviabilidad del retorno absoluto

33. Son las condiciones de uno y otro régimen pensionario, es decir, las distintas características que cada uno tiene lo que justificaría, como ya se explicó, no tanto la imposibilidad de retorno absoluto, sino más bien la aceptación de un retorno parcial, sobre la base de un criterio de razonabilidad desde el punto de vista constitucional.

Aparte de la libertad y autonomía personal, es la solidaridad la que fundamenta la existencia de un derecho al retorno parcial al SNP. Ésta es un principio, que según este mismo Colegiado lo ha expresado en el fundamento 16 de la sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC, implica una orientación normativa dirigida a que los seres humanos se presten ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

34. En tal marco, corresponde a continuación ver qué motivos impiden que se acepten un retorno sin condiciones. Claro está que argumentos de este tipo no pueden justificar la negativa del retorno, sino más bien permitirlo pero sólo para ciertos supuestos.

a. La naturaleza de los sistemas

En primer término, se encuentra la distinta naturaleza que tiene cada sistema pensionario. Uno es de capitalización, y el otro de solidaridad, por lo que es también fácil darse cuenta que el cálculo de la pensión de cada uno de los asegurados deba ser distinto.

De esta forma, dentro del SPP, se prevé el pago de la pensión sobre la base de la 'Cuenta Individual de Capitalización del afiliado', la misma que, según el artículo 43° de la Ley del SPP, se calcula sobre la base del saldo que arroje al momento que le corresponde la prestación pensionaria. Sin embargo, en el SNP el pago se realiza según consideraciones de otro tipo: lo aportado pasa a formar parte de una bolsa en el que los fondos, sobre una base de equidad, buscan repartidos entre todos, bajo consideraciones del número de años de aportaciones, edad que tiene la persona o el tipo de actividades realizadas.

b. La diferencia en los aportes del SNP y del SPP

Es pertinente reconocer la diferencia en los aportes que una persona realiza en el SNP y en el SPP. Éste se considera es un gran problema para el traslado entre los dos sistemas.

En el artículo 30° de la Ley del SPP se prevé que, aparte del desembolso por la pensión propiamente dicha, se ha de pagar un porcentaje de la remuneración asegurable para las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y otro para financiar la prestación de gastos de sepelio, así como el monto que cobren las AFP. Respecto a la suma que el trabajador debe pagar por concepto de pensión en éstas, según el artículo único de la Ley N.° 28445, ésta ha venido siendo de 8% de la remuneración asegurable.

Frente a ello, en el SNP, por poner un ejemplo, en el Decreto Ley N.° 20530, según lo desarrollara el artículo 7°, las remuneraciones pensionables estaban afectas a un descuento diferenciado según ingresos (hasta S/.10,000, el 8%; por el exceso de S/. 10,000 hasta S/. 20,000, el 12%; y, por el exceso de S/. 20,000, el 15%). Es más, según el artículo 1° de la Ley N.° 28047, actualmente declarado inconstitucional (Expediente N.° 0030-2004-AI/TC), se pretendió variar este parámetro, y uniformizar el pago en 13%, monto que debió modificarse en el 2006 (20%) y posteriormente en el 2009 (27%).

En virtud de ello es quizás mucho más sencillo el traslado del SNP al SPP, pues en este caso, el trabajador no tiene que aportar nada más a lo ya contribuido, sino, por el contrario, habrá realizado aportaciones superlativas, aunque ahí entra en juego el bono de reconocimiento, si es que es posible su aceptación. El problema surge, claro está, cuando se somete a discusión el caso contrario, como es el que se encuentra en discusión en la presente sentencia.

c. La crisis del SNP

Como tercer punto, queda por analizar el hecho de los problemas de administración que típicamente han afectado a los sistemas públicos de pensiones en todo el mundo, y que en el caso del Perú tiene una particular agudización.

Sobre el particular, tomando como base la información censal de 1993[16] (pertinente en el momento en que se dio la reforma del sistema pensionario), se han reconocido diversas dificultades, las cuales han hecho que se convierta en insostenible el SNP, y por ende, un abierto retorno a él. Las tasas brutas de natalidad y mortalidad han descendido sustancialmente (de 21,6 a 6,9 por mil en cincuenta años), lo cual ha acarreado una fuerte expansión demográfica: en cincuenta años la población se ha triplicado y además, se ha concentrado en poblados urbanos así como en la región costera. De otro lado, se ha producido un cambio en la estructura de las edades: al prolongarse la esperanza de vida por la mejora en ciertas condiciones de vida básicas y al haberse iniciado el descenso de la natalidad, aumenta la proporción de personas en edades mayores, y la proporción de activos por inactivo se va reduciendo. Al respecto, a 1995, la proporción de personas de sesenticinco años y más representaba el 4% de la población y se estima que para el 2025 será de 9%. Asimismo, si la población menor de quince años representaba el 34% (dependiente), a 1995, la población en edad activa que solventaba a los dos grupos anteriores era del 62%. Sin

---

[16] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Censo de 1993. IX de Población (Proyección hasta 1995). www.inei.gob.pe.
Estas tendencias se han visto reproducidas en el X Censo de Población del 2005.

embargo, se estima que en treinta años la población activa se verá reducida al 60% por lo que se concluyó una mayor carga para la población aportante en el futuro.
Si añadimos a ello, problemas de administración y gestión, y de uso discutible de fondos o de patrimonio, es bastante claro que el SNP no es totalmente viable y sólo puede subsistir con apoyo estatal de monto y naturaleza que quedan por justificar, tal como ha venido sucediendo.

d. La relación contractual existente en el SPP

Si bien se señaló en el fundamento 140 de la sentencia del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros, que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado (las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo), ello no obsta para desconocer en el caso del SPP que existe un contrato al cual respetar. En tal sentido, así como todos los derechos fundamentales, el retorno al SNP también posee límites, y uno de los cuales es la libre contratación prevista en el artículo 2°, inciso 14) de la Constitución.
Entonces, ¿puede válidamente ser restringida la autonomía de la voluntad en los contratos de afiliación, obligando a mantener un contrato de la filiación, incluso ante el eventual incumplimiento de las prestaciones o expectativas puestas en un determinado fondo privado?
La emplazada ha sugerido una respuesta afirmativa a esta interrogante, al sostener que antes que una afectación al derecho de libre acceso garantizado por el artículo 11° de la Constitución, la hipótesis del retorno al SNP, significaría en realidad dejar en suspenso cláusulas de compromiso contractual que han sido asumidas libremente[17]. Al respecto, la Ley del SPP, en el artículo 39°, expone que la relación entre la AFP y sus afiliados se rige por lo estipulado en los respectivos contratos de afiliación, los mismos que son de adhesión.
Pese a ello, el TC considera que el hecho que la Constitución haya abierto la posibilidad de que en la prestación del derecho a la pensión, así como en la gestión de fondos de pensiones, intervengan agentes privados, ello no significa que las relaciones que se dan entre una administradora de fondos de pensiones y un afiliado o pensionista, eventualmente, sean relaciones donde rijan de manera absoluta las reglas de la libre contratación. Esta limitación ha sido reconocida en la sentencia del Expediente N.° 858-2003-AA/TC.
La especial naturaleza de estos contratos (de adhesión) nos hace vislumbrar, que a pesar de presentarse un acto de liberalidad (autonomía de la voluntad) al momento de acceder a contratar con una AFP (libertad para contratar) existe una ausencia de voluntad al no presentarse etapa de negociación en este tipo de contratos (de la denominada libertad contractual). La vinculación entre el orden público y la participación de la empresa privada en la atención y administración de un derecho fundamental como es la pensión, genera una serie de consecuencias que, no pueden ni deben ser analizadas sólo desde la óptica de la contratación privada y al margen de la Constitución. En tal extremo, no se trata por tanto de polarizar una opción *iuspublicista* en detrimento de una lectura *iusprivatista* de la Norma Fundamental, sino de buscar los valores sobre los que es posible armonizar los intereses en juego, puesto que tan fundamental es la autonomía privada como también lo son los demás

[17] Escrito N.° 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 92 del Expediente).

principios y valores constitucionales, dentro de los que por cierto el derecho al libre acceso a la pensión tiene un componente social indiscutible.

La invocación a la libertad contractual supone, para el caso de autos, un mecanismo que favorece un fin específico, esto es la consolidación del SPP. Sin embargo, la Constitución no ha establecido ninguna disposición que reconozca tal preferencia, pese a que en la situación reinante en la década pasada pudo aceptarse la promoción de las afiliaciones. La neutralidad en la actividad económica del Estado en este tema resulta indispensable, puesto que toda vez que existen entes públicos y privados compitiendo en el mercado, cualquier medida legislativa que intervenga para favorecer determinado sistema, puede eventualmente ser considerada contraria a tal neutralidad. Por su parte el libre acceso a las prestaciones de pensiones supondría la posibilidad de que el recurrente consiga mayores beneficios tangibles en el disfrute de su derecho a la pensión. En consecuencia, el optimizar el libre acceso a la pensión permite mayores ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada principio en el caso sometido a análisis.

e. El equilibrio presupuestario

En último término, este Colegiado debe ser coherente con las resoluciones que ha estado emitiendo sobre la materia. En tal sentido, debe tenerse en cuenta cuáles son las posibilidades presupuestarias para que el ejercicio del derecho fundamental a la pensión sea efectivo y exista un total respeto de la dignidad humana.

En tal sentido, cabe recordar que el tema del ahorro público fue desarrollado directamente por la reforma constitucional (Primera y Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución y fundamento 50 de la sentencia del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros), entendiendo que los nuevos regímenes pensionarios a establecerse deberán regirse por un criterio de sostenibilidad financiera, también señalado en el artículo 78° de la Constitución. Entonces, ¿es posible emitir una resolución que pueda generar una crisis financiera en el país o en un sector de la economía? La respuesta no puede ser otra más que negativa. Claro está que éste sólo es un elemento a tomar en cuenta, pero no decisivo. No es conveniente en clave económica, un retorno absoluto del SPP al SNP, pues de otro modo, se podría afectar gravemente las arcas del Estado, y así terminar perjudicando a los pensionistas beneficiarios de él. Lo que queda asumir es un retorno relativo.

Como se deja sentado, las dificultades que acarrearía la libre desafiliación (retorno total) para el tesoro público son muy elevadas en términos financieros. Además, no estaría conforme con la modificación constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530. Ahora bien ello tampoco justificaría un desconocimiento total de los derechos de las personas para que en determinados supuestos pueda ser factible el retorno del SPP al SNP.

Es más, según la SBS, una eventual desafiliación excepcional, pero sólo en dos casos: las personas que se hubiesen afiliado cuando ya habían cumplido los requisitos para recibir pensión en el SNP, y aquellas cuyo caso sea contrario a los principios rectores de la seguridad social[18].

---

[18] SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Libre reversibilidad entre sistema de pensiones para el personal docente del Sector Educación (Oficio N.° 1421-2003-SBS).

E. Los Tres Supuestos de Retorno Parcial

35. A partir de los condicionamientos jurídicos, fácticos y económicos detallados, estimamos que con el reconocimiento del retorno parcial se está cumpliendo con el fin constitucional del libre acceso pensionario. De este modo, la medida se presenta como justa a efectos de incentivar decisiones responsables de los trabajadores y posibilitar un ahorro de recursos en la sociedad. Colegimos que la prohibición de retorno de modo irrestricto y en cualquier momento sin mayor expresión de causa del SNP al SPP, no constituye algo razonable y en esa medida, no se encuentra conforme con lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, pero sí se justifica un retorno condicionado y con requisitos, de conformidad con el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución.

La idea básica del TC es proteger el contenido esencial protegido del derecho fundamental a la pensión. Justamente, de ello fluye que en el Expediente N.° 1417-2005-AA/TC, se haya precisado con claridad qué merece ser declarado fundado a través de un pedido de protección constitucional. Así, precisa en el fundamento 37.a), que pertenece al contenido esencial de dicho derecho o está directamente relacionada a él, lo siguiente: las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al SNP.

Son tres los supuestos en que este Colegiado considera pertinente el retorno del SPP al SNP, tal como se pasa a explicar. En primer lugar, se puede regresar si la persona cumplía con los requisitos exigidos para acceder a una pensión. En segundo lugar, si no existió información para que se realizara la afiliación. En tercer lugar, si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud. Sólo en estos tres casos, será fundada la demanda planteada por amparo, pues sólo ellos constituyen el respeto por el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.

§1. El caso de la titularidad no ejercida del derecho a la pensión

36. Este supuesto de retorno parcial fue previsto en el numeral g) de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, que contaba con un plazo de vigencia de un año, lapso ampliado hasta el 2000 (Resolución N° 053-99-EF-SAFP) y por dos años, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 4) del artículo 2001° del CC (Resolución N.° 185-99-EF-SAFP). Posteriormente, se suspendió la efectividad de este supuesto (Resolución SBS N.° 749-2000), pero otra vez fue retomado, al existir un procedimiento de verificación previa del derecho a cargo de la ONP (Resolución SBS N.° 795-2002). Estas idas y venidas en el tratamiento de la nulidad en sede administrativa, deben ser reconducidas a cánones claramente derivables de la Norma Fundamental, básicamente asumiendo el supuesto de asunción de la titularidad del derecho fundamental a la pensión.

Parece viable que si un trabajador ya cumplía con los requisitos para acceder a la pensión (ya tenía la titularidad del derecho), pero no lo había reclamado, y aún así se pasó a la SPP, debe tener expedito el camino para regresar al SNP. Sólo de esta forma la persona tendrá a su

disposición un derecho que ya estaba en la esfera de su autonomía. Algo similar fue aceptado por el constituyente derivado en el caso del traslado entre los pensionistas de los regímenes del Decreto Ley N.° 20530 y 19990 a través de la modificada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Según el fundamento 81 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros, el derecho fundamental a la pensión corresponde esencialmente a quien ha aportado al sistema previsional, y el reconocimiento del ejercicio de su derecho sólo puede entenderse a la luz de la proscripción de los derechos adquiridos del artículo 103° de la Constitución. Es decir, la persona asume la titularidad ni bien termina de aportar al sistema al cual se adscribió el monto que está obligado a sufragar, y cuando adquiera la edad mínima para ello. Entonces, será titular del derecho fundamental a la pensión ni bien cumple todos los requisitos exigidos (condiciones materiales y temporales) para ejercerlo plenamente, así sea de un régimen especial o de pensión adelantada. Por ende, puede permitirse la desafiliación a un pensionista que ha cumplido con los requisitos para obtener una pensión.

37. Sin perjuicio de lo anterior, el TC tiene una imposibilidad material para declarar acertadamente la nulidad de dichas afiliaciones, a saber, la dificultad de conocer, a ciencia cierta, si efectivamente el demandante había adquirido el derecho a percibir pensión de jubilación al momento de su afiliación en el SPP. En tal sentido, es necesario que la Administración cumpla con su función ordenadora de las aportaciones de las personas pertenecientes al SNP.

Sólo existiendo un registro ordenado y delimitado de los aportes, se podrá exigir constitucionalmente el reconocimiento de la reversibilidad de la afiliación en una AFP. Si el recurrente acude a este Tribunal con la apariencia de su derecho, su demanda será declarada fundada, pero sólo se le permitirá el retorno al SNP, si previamente cumple con el procedimiento administrativo correspondiente.

§2. El caso de la falta de información

38. A su entender, el demandante suscribió contrato de afiliación con la AFP Unión Vida porque el promotor le mintió acerca del futuro del SNP, por lo que considera que se le brindó información falsa[19], configurando así un caso de omisión de datos por parte de los demandados hacia los usuarios. Por su parte, la AFP Unión Vida sostuvo que el demandante se había sometido libre y voluntariamente a la normatividad del SPP, sin afectar derecho alguno[20].

Considera el Tribunal que corresponde al Estado brindar al individuo, información veraz, actual y completa de las ventajas y desventajas de permanecer en un sistema o en otro. Si tras la elección, la posibilidad de retorno ha de estar sujeta a determinadas cargas -y, de pronto, incluso, de sanciones-, es preciso que se remueva la situación de desinformación que pudiera existir. Respecto de los índices de transparencia de la información en materia previsional, no

---

19 Escrito de demanda de fecha 30 de enero de 2003. (fs. 16 del Expediente)

20 Escrito de Apersonamiento y Expresión de agravios de fecha 11de junio de 2003. (fs. 91 del Expediente).

tenemos datos disponibles, sin embargo, las repetidas modificaciones en el sistema y la incidencia de solicitudes de nulidad de afiliación, apunta a indicar niveles deficientes en el mercado. Entonces, parece lógico que una inadecuada información para que una persona se afilie sea un motivo para el retorno al SNP.

Cabe recordar que la falta de información ha sido presentada como forma de retorno al SNP, tanto como forma de nulidad de afiliación como supuesto de reversibilidad de traslado al SPP. Ante la inexistencia de una información veraz y suficiente, se previó la reversibilidad bajo la expresión de 'creencia equivocada' desarrollado en el Decreto Ley N.° 25897. De otro lado, en el caso específico de la nulidad, según el artículo 51°, inciso f) de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, se puede declarar nula una afiliación si se brinda información equivocada. Al respecto, no es posible olvidar que según el artículo 2°, inciso 14) de la Constitución, sólo se puede contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las normas de orden público. Originariamente la norma requería de responsabilidad del promotor, exigencia que desaparece con la Resolución N° 344-98-EF/SAFP, que deriva a una comprobación subjetiva: 'a criterio de la Superintendencia'. Tras la modificación prevista por la Resolución N.° 185-99-EF-SAFP, ya no se prevé la posibilidad de nulidad por falta de información.

39. Este Tribunal no puede menos que admitir la validez constitucional del retorno establecido. Y no de otra forma en efecto podía ser, pues, al final de cuentas, detrás de esa regla establecida por el legislador se esconde una perversa solución. Efectivamente, la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión.

Así las cosas, el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP. Si a las personas que se trasladaron de un sistema a otro no se les informó claramente sobre la validez de su bono de reconocimiento, entonces, les corresponde que su retorno al SNP sea permitido, toda vez que lo contrario significaría un atropello a un elemento esencial del derecho fundamental a la pensión, pues, según el fundamento 37.a) de la sentencia expedida por este Colegiado en el Expediente N.° 1417-2005-AA/TC, ello es parte de su contenido constitucional y directamente protegido. Pero la pregunta que subyace a todo este cuestionamiento es esencial: ¿por qué se ha terminado afectando el derecho fundamental a la información con las afiliaciones masivas? ¿qué protege exactamente este derecho?

40. Sobre la base del derecho a la libertad de información reconocido en el artículo 2°, inciso 4), también se ha señalado en la Constitución, que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, lo cual motiva que se garantice el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículo 65°).

Esta norma expresamente señala una responsabilidad pública para que los pensionistas, ya sea en un sistema como el público, y más aún en el privado, puedan tener conocimiento de qué derechos, obligaciones, cargas o facultades les corresponde. Por presentarse un vicio de la voluntad, se genera una lesión en sus intereses. De esta manera, se reconoce una obligación de asumir la defensa de los intereses de usuarios -aquí el pensionista se convierte en un usuario de la prestación de pensión-, garantizando esencialmente sus derechos. El deber de garantizar tales derechos se sustenta en la situación de desigualdad real en la que se encuentran los usuarios respecto de los proveedores, y se manifiesta principalmente en la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen.

En la realidad, la actuación del Estado, a través de la SBS, y en su momento de la ONP, ha dejado mucho que desear, y se puede reparar en dos hechos. En primer lugar, al detentar la información, debió comunicar correcta y abiertamente a la población sobre qué significaba la adscripción a una AFP. En segundo lugar, debió informar cuándo y en qué plazo podía solicitarse la reversabilidad prevista en la Ley N.º 25897 o la nulidad prevista en la Resolución N.° 080-98-EEF-SAFP para que, administrativamente, se pueda haber solicitado la cancelación de tal adscripción, y por ende, el retorno al SNP. El mencionado artículo 65° contiene un deber genérico de protección de los intereses del consumidor y usuario, deber que alcanza, además, a todas las entidades u órganos estatales, como de hecho es la ONP y la SBS, además de un particular, pero también destinatario de un derecho fundamental, como las AFP.

Justamente a partir de este segundo hecho, se debió exigir un alto grado de publicidad de la diversidad de normas referidas a los sistemas pensionarios existentes, más aún si sólo a través de ellas, la persona podía tomar conocimiento de los derechos y facultades que se le reconocían. Si bien la Constitución señala en el artículo 109°, que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, debe tomarse en consideración que lo que el constituyente presupone es el conocimiento pleno de la normatividad a través de la publicación en El Peruano. No obstante ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 39 de la Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, considera que existen dos condiciones para establecer si la norma es exigible al ciudadano o no: la accesibilidad y la previsibilidad, y es la primera la que no fue cumplida a cabalidad en el ámbito pensionario. Es alta la dificultad de los trabajadores para conocer qué significan tanto las normas referidas al SPP, como la diversidad de directivas, resoluciones y decretos emitidos sobre la materia, lo cual conlleva una imposibilidad para decidir plenamente y apoyada por elementos fácticos. No puede existir seguridad jurídica si un acto se produce con desconocimiento de la ley por desinformación de terceros responsables (AFP).

Asimismo, las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales, como la SBS (sobre este punto, artículo 87 de la Constitución modificado por la Ley N.º 28484 y fundamento 69 de la sentencia emitida en el Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros), pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios del derecho a la pensión. Y es que, como este Tribunal lo ha recordado, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC, el acceso a una información veraz no sólo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre. En este contexto, es

necesario recordar que según una reciente encuesta, la información que recibe la población de las entidades públicas es mínima e insuficiente. Por ello, demuestra que su preocupación se centra básicamente en conocer acerca de trámites y requisitos (46,2%) y las actividades que realiza (18,7%)[21], representando ello una insatisfacción ciudadana respecto a lo que puede llegar a entender respecto al funcionamiento de la Administración. Estas cifras lógicamente se condicen con lo que las instituciones encargadas de informar sobre las prestaciones de pensiones ofrecen a los interesados.

41. Todo lo señalado nos lleva a la conclusión en que se ha afectado el derecho de los afiliados, en tanto usuarios. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido, en la sentencia del Expediente N.° 858-2003-AA/TC, que el artículo 65° de la Constitución consagra, al mismo tiempo, un derecho subjetivo y un régimen objetivo o principio rector de la actuación del Estado respecto de toda actividad económica. Fluye así el derecho de los usuarios de defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así, el derecho de exigir al Estado una actuación destinada a la protección de los mismos. En el literal b) del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N.° 716, también se establece el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los mismos.
En consecuencia, toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Al proteger el Estado el interés de los usuarios como consecuencia de sus relaciones asimétricas con los proveedores (sentencia recaída en el Expediente N.° 018-2003-AI/TC), debe promover la información y la educación respecto de aquéllos, y, llevar a cabo una serie de conductas y actos que garanticen o amparen un *status* para los ciudadanos que corresponda con el de un Estado social y democrático de derecho. Es consecuente con este hecho la necesidad de quienes afilian (AFP) sean lo suficientemente responsables como para informar tantos los pros y contras de su servicio en materia pensionaria. Al respecto, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ha establecido como precedente de observancia obligatoria para su institución, como parte de la Resolución N.° 0422-2004/TDC-INDECOPI, que la protección a los usuarios es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre ellos y los proveedores.

42. En ese sentido, las reglas que normen las relaciones entre entidades prestadoras de pensiones y afiliados deben ser lo más flexibles y más favorables posibles a estos últimos y deben establecer principios que garanticen la protección de sus intereses. El ingreso de los trabajadores al SPP no puede quedar exento del análisis de estos principios.
Sobre el particular, el TC ha reconocido, como parte de la sentencia del Expediente N.° 3315-2004-AA/TC, los siguientes principios en materia de protección al consumidor -pero

---

[21] GRUPO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA. Estudio 267 – Barómetro Social: Atención de las Entidades Públicas en Lima Metropolitana y Callao. Lima, mayo del 2005. Muestra: 538 personas. Pregunta 1: ¿Qué tipo de información de las entidades públicas le interesa más? (respuesta asistida).

perfectamente aplicables al caso del usuario-: pro consumidor (acción tuitiva del Estado), proscripción del abuso del derecho (evitar prácticas y modalidades contractuales perversas), isonomia real (trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales), *restitutio in integrum* (resarcimiento por los daños causados), transparencia (plena accesibilidad de información), veracidad (autoridad y realidad absoluta de la información trasmitida), *in dubio pro consumidor* (interpretación de las normas en términos favorables al usuario) y pro asociativo (facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios).

Justamente la forma en que se llevó a cabo la afiliación masiva que hubo en los noventa no respetó estos principios. El mercado, por lo general, falla en su intento de producir información adecuada a los usuarios y, por ello, el principio de veracidad no tolera incluso la inducción a error, y sin embargo parece ser que sí constituye un influjo inadecuado para la realización de afiliaciones.

En el ámbito concreto de las AFP, en el artículo 5º de la Resolución N.º 319-98-EF/SAFP, se prevé la difusión y divulgación de información al afiliado deben cumplir primordialmente una función informativa, la cual permita al público conocer el SPP y optar libre y racionalmente entre las AFP que lo ofrecen, pero agrega que la función persuasiva de la publicidad destinada a captar afiliados o a preservarlos, es lícita siempre y cuando se cumpla a cabalidad con tal función. En este punto, resulta pertinente citar las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 691, Normas de la publicidad en defensa del consumidor, en lo que respecta a las reglas de la publicidad en una relación de consumo, ya sea de un servicio, como es el caso de la prestación pensionaria. Así, el artículo 2º dispone, entre otras cosas, que todo anuncio (en este caso, sobre las bondades de las AFP) deben ser analizados sabiendo que el usuario queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, que no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducirlo a error. Asimismo, en el Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal, Documento de Propuesta Normativa del Indecopi, de agosto del 2005, se considera como información básica comercial necesaria para un público consumidor todo aquello expresado en 'términos neutros o meramente descriptivos' (artículo 16°, inciso e) y respecto a la interpretación de la publicidad que las campañas publicitarias deben ser evaluadas integralmente (artículo 17°).

La inducción al error puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones planteadas sean verdaderas dependiendo de la forma en que dichas afirmaciones son presentadas (por ejemplo, señalar alarmantemente que el SNP va a desaparecer) y qué imágenes las acompañan. Por lo tanto, afecta el derecho a la información de los usuarios, y, en consecuencia, los proveedores deben actuar de buena fe y no aprovecharse de la ignorancia del usuario para mentir u ocultar información que pueda inducirlo a error y encaminarlo a que tome una decisión de consumo inadecuada. Sobre el particular, y aún cuando se acepte la relatividad de los precedentes emitidos por el Indecopi, pues ellos aún están sujetos a control jurisdiccional, conviene recordar que dentro de la Resolución N.º 0901-2004/TDC-INDECOPI, se han precisado algunas reglas sobre la forma en que se debe presentar una información adecuada para los usuarios. Por tal motivo, el proveedor debe informar al usuario sobre la idoneidad y cualidades del producto o servicio, y, de haberlas, de las restricciones o limitaciones del mismo. Esto ha sido muy complicado de vislumbrar en el

caso de la promoción de la afiliación por parte del Estado.
Así, pese a que se ha establecido el deber de los proveedores de garantizar la identidad entre el bien o servicio ofrecido al usuario con aquel bien o servicio efectivamente entregado o brindado, es muy complicado que ello se haya respetado en el caso de la prestación pensionaria. Por lo tanto, información e idoneidad del servicio se encuentran relacionadas, pues, la idoneidad es la coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que recibe; y, a su vez, lo que el usuario espera depende de la información que recibe.

43. Este Colegiado considera que en caso de alegarse la vulneración a la norma prevista en el artículo 65° de la Constitución, a través de la inducción al error, sí podrá permitirse el retorno del SPP al SNP, por lo que la demanda será declarada fundada. Es más, dentro del procedimiento de desafiliación al cual se someta la persona, deberá aplicarse la prueba dinámica, tal como se observará *infra*, pues en una relación de mercado asimétrica, son el Estado y las AFP los que estarán en mejores condiciones para determinar si informaron bien o no a los que se afiliaron.
Consideramos pertinente requerir el mejoramiento del nivel informativo de quienes acceden y están en el SPP, y para tal fin, pueden utilizarse los criterios vertidos para el caso bancario y financiero. La Ley N.° 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Bancarios y Financieros, ha procedido a regular los deberes de estas empresas sujetas a la regulación específica de la SBS en la prestación de sus servicios. En el artículo 2° las referidas empresas están obligadas a brindar a los usuarios toda la información que éstos demanden de manera previa a la celebración de cualquier contrato propio de los servicios que brindan, y, que dicha obligación se satisface con la puesta a disposición de los usuarios de los formularios contractuales en sus locales, así como en la página web que tengan habilitada al efecto, debiendo designar personal especializado para brindar asesoría a sus clientes sobre los alcances de los mismos.
Es más, para las nuevas afiliaciones no sólo bastaría que exista una mejor información sobre el SPP, sino que además se necesita un asesoramiento experimentado, como el que podrían brindar especialistas en la materia. Quizás esta guía técnica pudiese considerarse como una condición previa y vinculante para que una persona pueda elegir la mejor opción pensionaria.

§3. El caso de los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o salud

44. A fin de proteger su derecho a la pensión, el recurrente considera que existe la necesidad de que, a partir de una interpretación del principio de la unidad de la Norma Fundamental, en especial del artículo 11°, se reconozca el derecho de las personas cuya labor pone en riesgo su salud y su vida para que puedan trasladarse al SNP[22]. De otro lado, tal como lo señala la demandada, AFP Unión Vida se ha limitado a dar estricto cumplimiento a las normas que regulan el SPP, y no ha afectado derecho alguno[23].

---

22 Demanda de amparo (fs. 15 del Expediente).
23 Escrito N.° 1, de Apersonamiento y Expresión de Agravios (fs. 93 del Expediente).

Frente a tales argumentos, cabe señalar que tal como la Constitución lo señala en el artículo 2°, inciso 1), no se puede permitir la indefensión de los trabajadores que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud, cuando se trate de proteger su derecho a la pensión. Así, debe permitirse que se declare fundado el pedido realizado, toda vez que sólo así la aplicación de tal derecho a la pensión posibilitará el cumplimiento del principio pensionario de la dignidad humana.

45. Según el artículo 7° de la Constitución, todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. A partir de una norma de este tipo, y debido a la constante afectación a su derecho a la salud, es pertinente exigir que algunos pensionistas puedan recibir la pensión con anterioridad al resto. También de esta forma se estaría tutelando el derecho a la vida (artículo 2°, inciso 1) de la Norma Fundamental).
Sobre esta base, también se ha reconocido, a través del mismo artículo 7° que la persona incapacitada para velar por sí misma (por causa de una deficiencia física o mental) tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal especial de protección, atención, readaptación y seguridad. El tipo de labores que realiza, por ejemplo un trabajador minero, posibilita que en pos de una tutela efectiva de su persona, el Estado deba defenderla con un especial cuidado y atención, aún más si se hace una reclamación en sede constitucional. Esta situación se vuelve más distintiva si se conoce que terminado su vínculo laboral, es muy probable que la persona sufra una deficiencia física, lógicamente de carácter sobrevenido.
En este esquema, parece lógico que se deba reconocer el supuesto de personas cuyas labores impliquen riesgo para su salud o vida como motivo de retorno al SNP, más aún si en el pasado también se reconoció esta posibilidad. Inicialmente, a través de la Resolución N.° 185-99-EF, se previó que los trabajadores mineros que hubieren adquirido el derecho a percibir pensión en el SNP al momento de su afiliación, podían solicitar la nulidad de su adscripción hasta el 31 de diciembre de 1999 o dentro del plazo de dos años contados a partir de la afiliación, siempre que resulte mayor. Con posterioridad, mediante Resolución SBS N.° 264-2004 se ha dispuesto la aplicación del procedimiento de nulidad de afiliación para el caso en el que se cuenta con derecho a percibir pensión de jubilación en el SNP, para aquellos trabajadores mineros que hubieren adquirido su derecho a julio de 1999 y que hayan presentado su solicitud de nulidad hasta enero de 2000. Este conjunto de normas buscó la protección exclusiva de trabajadores mineros en sede administrativa, pero en la actualidad los caminos para el retorno al SNP ya no están disponibles.
Por ello, ha de reconducirse la petición a través del proceso de amparo. Sin perjuicio de la protección que poseen los trabajadores por accidentes de trabajo y enfermedades provisionales, a través de la Ley N.° 26790 y el Decreto Supremo N.° 003-98-SA, es claro que no puede desconocerse ni despojarse de pensión a una persona en situación especial, pese a que existe supuestos de pensión anticipada y de renta vitalicia.

46. Un trabajador minero podrá iniciar el trámite de desafiliación si es que tiene una enfermedad como es la neumoconiosis (silicosis). Al respecto, el TC, en la sentencia del Expediente N.° 1008-2004-AA/TC, declara fundada la demanda interpuesta por un trabajador minero que

solicita el reconocimiento y la percepción de una renta vitalicia por padecer de la enfermedad profesional de neumoconiosis o silicosis. Ésta produce incapacidad permanente, por ser irreversible y degenerativa, y que, al momento de su manifestación y diagnóstico, la incapacidad puede ser parcial o total, dependiendo del grado de evolución diagnosticado en la evaluación médica ocupacional.

En el presente caso, con el certificado de trabajo expedido por la Empresa Shougan Hierro Perú S.A.A., se acredita que el demandante trabajó en calidad de trabajador minero a tajo abierto en el cargo de Perforista Especial en la sección Operaciones Mina, desde el 28 de agosto de 1963. Asimismo, con la Historia Clínica N.° 010193, elaborada en el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud del Instituto Nacional de Salud, de fecha 7 de noviembre de 2002[24], se prueba que adolece de neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución, en concordancia con la escala de profusión de imágenes radiográficas establecida en la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), edición 1980. En la referida Historia Clínica N.° 010193, se establece que el demandante padece de neumoconiosis en primer estadio de evolución. Este Colegiado interpreta que, en defecto de un pronunciamiento médico expreso, la neumoconiosis en primer estadio de evolución produce, por lo menos, invalidez parcial permanente, y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66,66%, generando una Invalidez Total Permanente, ambas definidas de esta manera por los artículos 18.2.1 y 18.2.2. del Decreto Supremo N.° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo.

De lo señalado, se debe declarar fundada la demanda presentada en este extremo, por haberse violado el acceso pensionario del recurrente y su capacidad de retorno al SNP.

F. CONSECUENCIAS DEL RETORNO PARCIAL

47. El TC considera que sólo en los tres supuestos explicados se habrá de permitir el retorno de las AFP al SNP. Sólo en tales casos, este Colegiado será competente para resolver los procesos de amparo que se interpongan, y cuyo efecto será la declaratoria de fundada de la demanda que sea interpuesta, como es la presente.

Por ende, es necesario que en los siguientes puntos se explique con detenimiento qué efectos produce la sentencia que estamos emitiendo, pues sólo así se marcarán los criterios adecuados para la protección de la pensión, en concordancia con otros derechos fundamentales.

§1. La solicitud de desafiliación

48. En los supuestos que sea declarada fundada la demanda de amparo presentada por los afiliados, es pertinente solicitar el retorno al SNP, el mismo no podrá ser negado para tales

---

[24] El examen médico-ocupacional que practica el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud del Instituto Nacional de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional que padece el recurrente, conforme a la Resolución Suprema N.° 014-93-TR.

personas. La sentencia no tendrá el efecto de ordenar la reincorporación inmediata de la persona al SNP, sino que dará inicio al procedimiento correspondiente.

Pero, ¿por qué no es posible que sea este Tribunal el que prescriba directamente el retorno al SNP? Consideramos que el retorno ha de realizarse de manera ordenada y sin perjuicio para ninguna de las partes, tomando en cuenta además lo prescrito por el artículo 9° del CPCo. En primer lugar, tras el procedimiento, la persona sabrá exactamente cuánto debe abonar al SNP, tomando en cuenta el adeudo de los años que aportó al SPP. Además, se tendrá que realizar un estudio administrativo del expediente de la persona para ver si efectivamente se encuentra inmerso en alguna de las tres causales que se posibilita el retorno. Por último, la AFP irá preparando el traslado debido, y con conocimiento de causa, de los aportes que realizara el afiliado.

Sobre el ámbito de aplicación personal de la sentencia, asumimos que cuando la demanda es declarada fundada, se permite que el recurrente pueda solicitar su retorno al SNP, pero también habilita esta vía para aquellos afiliados que, sin haber iniciado un proceso de amparo, cumplen los requisitos exigidos para la desafiliación. Sobre el ámbito temporal, se debe señalar que se impondrá plazo alguno para realizar el requerimiento a la Administración: al ser derecho alimentario el de la pensión, en cualquier momento podrá solicitarse la desafiliación.

Lo que interesa a este Colegiado es que a partir de los tres supuestos analizados, la persona que busque el retorno al SNP se vea lo más protegida en su ámbito de ejercicio del artículo 11° de la Constitución. Es así como surge la necesidad de que el afectado utilice los mecanismos que han venido existiendo para la nulidad y reversibilidad de afiliación, pero reconduciéndolos a los parámetros emitidos a lo largo de la presente sentencia, siendo necesario además que las entidades responsables dicten las normas correspondientes para viabilizarlo. Cabe recordar que en el mismo artículo 5° del Decreto Ley N.° 25897, es donde se reconoce la reversibilidad de la afiliación y se presenta un procedimiento bastante explícito. En el artículo 3° de la Resolución SBS N.° 795-2002, se muestra, por su parte, el procedimiento de nulidad de afiliación. Gracias al artículo primero de la Resolución N.° 264-2004, y al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 184-2004-EF-10, se ampliaron los alcances de la anterior resolución. La nulidad de afiliación también es explicada por el artículo 52° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, sustituido por la Resolución SBS N.° 751-2001.

49. Es menester que se realicen las coordinaciones necesarias entre las entidades públicas y privadas para que el retorno sea ordenado y adecuado, con lealtad constitucional, e inclusive es necesario emitir las normas que sean necesarias para una mejor operativización.

De esta forma, el procedimiento deberá ser lo más expeditivo posible, en el que los órganos participantes actúen con la diligencia debida y con la celeridad que amerita una protección superlativa por parte de la Administración, más aún tomando en consideración lo señalado por el artículo 44° (en lo referido a los deberes del Estado) y por el artículo 118°, inciso 1) de la Constitución (el Presidente de la República debe cumplir y hacer cumplir la Norma Fundamental).

50. Pese a lo claro que puede resultar el procedimiento regular que debe realizarse con posterioridad a que una demanda sea declarada fundada, este Colegiado considera propicio este punto a fin de explicar algunas cuestiones que pueden resultar controversiales.

a. Los montos a cancelar

Otro tema importante es el relativo a los montos a cancelar. No es posible permitir un trámite adecuado de retorno del SPP al SNP si es que conjuntamente a ello no se establecen las condiciones en que las entidades deberán actuar y acatar la eficacia directa de las normas constitucionales. Considera el TC que es imprescindible que tanto el recurrente como las instituciones involucradas en la desafiliación, tengan claramente asumido qué consecuencias va a tener la decisión.

Ni bien solicitada la desafiliación, la AFP debe iniciar sus funciones de cálculo. Pero no lo hará exactamente en el sentido expuesto en el artículo 3° numeral 2.c) y 2.d) de la Resolución SBS N.° 795-2002, según el cual el cálculo está en función de los recargos e intereses que correspondan y el diferencial de aportes existente por pagar a la ONP por efecto de los pagos de los aportes previsionales entre el SPP y el SNP. En virtud de los criterios fijados por la presente sentencia, al SPP le corresponde proporcionar al afiliado una determinación exacta del monto que la AFP va a tener que devolver al SNP por conceptos de los pagos realizados. No puede permitirse que se realice pago con interés alguno. La base de la devolución se encuentra en lo que señala la carpeta individual del afiliado, es decir, la suma de sus aportaciones y de los intereses ganados, tal como lo señala el artículo 21° de la Ley del SPP y el artículo 22° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP.

Si bien corresponderá al desafiliado el pago de lo que no aportó en el SPP, este monto podría verse disminuido, toda vez que se debe determinar con claridad quién debe asumir la obligación de pago correspondiente a la regularización de los aportes del pensionista, aunque siempre tomando en cuenta lo desarrollado por la Ley N.° 28192, actualmente vigente. Es un principio jurídico esencial aquél que pretende que quien ha sido perjudicado sin culpa con un acto ilícito no tiene que asumir las consecuencias negativas de dicho acto. Este postulado se desprende del principio de responsabilidad civil que establece que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, previsto en los artículos 210°, 212° y 1985° del CC.

A entender del TC, inclusive se deberán devolver los montos y/o porcentaje que cada AFP haya cobrado a los pensionistas, siempre y cuando la SBS determine la responsabilidad que tuvo al momento de afiliar a la persona. Ésta sólo cabría cuando la AFP no brindó la información necesaria para determinar la afiliación. En caso de que se deniegue esta devolución cuando sí ha existido responsabilidad de la AFP, cabría interponer una demanda contencioso-administrativa. Pero, ¿por qué se habría de aceptar tal restitución dineraria? Este Colegiado es consciente, a partir de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que el rol que juegan las AFP en tanto destinatarios del derecho fundamental a la pensión, también incluye la necesidad de asumir obligaciones, razón por la cual en este caso deberá asumir los costos de una afiliación reñida con la Constitución, pero sólo en el supuesto de que se le encuentre responsabilidad.

La propensión estatal de derivar a los trabajadores del SNP al SPP a lo largo del proceso

explicado *supra* respecto al nuevo sistema pensionario, no es óbice para que las AFP no asuman la responsabilidad que les corresponde a partir de un retorno contrario a los principios básicos de la seguridad social, establecidos en los artículos 10° y 11° de la Constitución. El fundamento de esta afirmación es que la AFP no puede cobrar por aquello que no debió ser percibido, por cuanto resulta contraria la justicia, pretender consolidar o ejercer un derecho que se adquirió en contravención a los derechos fundamentales.

b. La forma de pago

Ahora es necesario insistir en cómo va a comprometerse el afiliado a reembolsar lo que dejó de hacer en el SNP a fin de que pueda acceder a una pensión en dicho sistema. Según los artículos 54° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP y 3° numeral 6.3 de la Resolución SBS N° 795-2002, la persona que desee el retorno debe completar el pago que dejó de realizar al SNP. Como bien se sabe, los aportes al SNP son mayores a los realizados en el SPP. Por tal razón, el monto diferencial entre ambos, debe ser asumido por quien desea ingresar al SNP.

De otro lado, tomando en consideración los casos excepcionales y difíciles de las personas a las cuales se les está permitiendo el retorno al SNP es improbable que puedan realizar el pago en una sola armada. Por eso, se ha de aceptar el desembolso en partes. Buena cantidad de personas que se encuentran afiliadas no sobrepasan los mil soles de sueldo[25], por lo que no es razonable que se le exija una alta cuota de devolución. De esta manera, se proscribiría cualquier tipo de devolución desproporcionada.

Precisamente por ello es que se determina la posibilidad de retorno pero no con un pago directo (completo o fraccionado), sino que este Tribunal advierte que se deben dar todas las facilidades posibles para la persona a quien le corresponde el acceso a un sistema pensionario, lo cual amerita una salida sutil, siempre en beneficio de quien va a ser pensionista, y de acuerdo a los márgenes que la Norma Fundamental permite. Esto se realiza en aplicación del principio *pro homine* del artículo 1° del CPCo.

Entonces, para facilitar el retorno, este Colegiado considera necesario que se establezca la posibilidad de que durante una cierta cantidad de años (quizás, diez), se pueda descontar, del propio sueldo del trabajador, un porcentaje exiguo (por ejemplo, 10%), que sin afectar su capacidad de vivir dignamente, también honre un compromiso de pago y que no termine afectando las finanzas públicas del Estado.

c. La utilización de la prueba dinámica

Se ha señalado *prima facie* que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones

---

25 SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Boletín Estadístico de las AFP. http://www.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2005/Diciembre/FP-1212-di2005.XLS

profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.
En el caso de la falta de información para una afiliación, este precepto no puede ser adecuado, pues reparándose en la naturaleza de los hechos a probar, se puede llegar a pensar en la remisión a un subjetivismo de la SBS, tal como lo reconocía casi explícitamente la nulidad de afiliaciones. Conviene ahora desvirtuar la validez de la 'prueba diabólica' que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente.
Un medio probatorio produce certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos con el fin de fundamentar sus decisiones. Y sobre ello hay que insistir en el caso del retorno al SNP por falta de información correcta sobre el SPP y sobre el futuro del SNP, máxime si tal figura se justifica precisamente con la asimetría informativa y con la firma de un contrato de adhesión.
La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI).
En el caso concreto del retorno, serán el Estado y la AFP los que deberán probar que informaron correctamente a cada grupo de afiliados que se adscribieron al SPP. En el procedimiento será la AFP la que establecerá, en primer lugar, si informó bien o mal, aunque es muy difícil que ella misma acepte tal responsabilidad. Por su parte, la SBS, con mayor grado de independencia, por no participar del sistema pensionario directamente, sino únicamente a través de la supervisión, sí estará en capacidad de determinar la falta de quien corresponda. Pero por la naturaleza de sus funciones no estará en capacidad de fijar el grado de información existente en el ámbito pensionario, toda vez que la existencia de una información asimétrica requiere ser probada y analizada por un organismo especializado sobre la materia.
Por tal razón, es necesario que Indecopi intervenga en el procedimiento, a través de un informe que emita sobre este grado de información, y que deberá ser explicado por el Estado y la AFP. Partiendo del artículo 39° (todos los funcionarios públicos están al servicio de la nación) y del artículo 139°, inciso 18) de la Constitución (obligación estatal de prestar colaboración en todo proceso en que sea requerido), esta capacidad de oficiosidad requerida será aceptada como medio probatorio esencial por parte de la SBS. Además, el artículo 76.1

de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo referente a la colaboración entre entidades, permite que Indecopi y SBS tengan un grado tal de cooperación institucional que permita al primero brindar al segundo el informe que requiere a fin de permitir o no el retorno de un afiliado al SNP. Cabe anotar que según el artículo 2°, inciso a) del Decreto Ley N.° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, este organismo debe ser el veedor de la prestación de servicios y analizar las prácticas de los agentes del mercado que afecten a los usuarios. Ahora bien que sea obligatoria su participación no significa que sea vinculante. El informe realizado por Indecopi se considera prácticamente como un peritaje, y su valor será el que la entidad decisoria le otorgue. Por ende, sólo de esta manera, consideramos que se podrá realizar un estudio concienzudo sobre el grado de información vertida sobre la práctica de afiliación masiva que existió en el país, y que tiene por fin proteger a las personas convenientemente.

51. Si la Administración o las AFP no cumplen con los plazos u obligaciones impuestos en las líneas anteriores, el recurrente tiene expedita nuevamente la vía constitucional. Y si bien es cierto que en sede constitucional la libertad probatoria es restringida, según se observa del artículo 9° del CPCo, tampoco se podrá negar la aptitud del proceso de amparo para comprobar si arbitrariamente los destinatarios del derecho fundamental a la pensión negaron el acceso a la misma a los afiliados.
Es más, en caso de que la Administración o las AFP demoren en exceso o no otorguen sin explicación válida el retorno al SNP, el TC podrá imponer una multa, equivalente a un determinado número de Unidades de Referencia Procesal, según el perjuicio que ocasione con su inacción o acción impropia a la persona, tomando como precedente lo establecido en el fallo de la sentencia del Expediente N.° 0054-2004-PI/TC.

§2. La necesidad de una decisión correcta

52. El accionante, al fundamentar su petitorio, consideró pertinente evaluar críticamente la actuación de la Administración:

> "De no accederse el derecho de petición constitucional admitir a trámite mi solicitud, la Superintendencia de Banca y Seguros estaría infringiendo una prohibición constitucional del abuso de derecho por un exagerado ritualismo jurídico, que en este caso concreto debe considerarse la equidad para proteger los derechos constitucionales que es la finalidad por la que fue creado el Reglamento de Resolución SBS N.° 795-2002 inciso b) numeral 2, I del art. 3"[26].

Por ende, a partir de los criterios vertidos por este Colegiado en la presente sentencia, es imprescindible que se fijen algunas reglas de conducta que debe seguir la Administración, a fin de posibilitar que la reversibilidad parcial pueda ser efectiva, ágil e incuestionable y sea el afiliado el que elija correctamente qué le conviene más, o al cual desea retornar.

53. A juicio del TC, desde un punto de vista constitucional, es legítimo que el Estado no interfiera en la libre decisión que pueda tomar la persona para elegir por un sistema de

---

[26] Demanda de amparo (fs. 17 del Expediente).

pensiones u otro, por más que se haya decidido a promover un sistema determinado. Una cosa es encontrarse facultado para introducir técnicas de desalentar o desanimar determinadas conductas; y otra que, so pretexto de ello, se aniquile la libertad de decidir libremente en un asunto tal vital para la existencia digna del ser humano (artículo 1° de la Constitución). Al fin y al cabo, se trata de una elección que sólo corresponde tomar a la persona, aún cuando la decisión asumida contenga condiciones que cumplir.

Por ello, a través de la actividad decisoria del afiliado, este Colegiado debe reforzar lo señalado en el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución, mediante la cual, la capacidad del ser humano, a su libre desarrollo y bienestar, debe quedar reflejado en una elección consciente acerca de a cuál sistema pensionario desea pertenecer.

54. Pero para realizar su elección, la persona tiene que conocer qué significa cada sistema pensionario. Desgraciadamente no se puede negar que se han dado diversas disposiciones que muchas veces son desconocidas por las personas y no le permiten tomar una decisión correcta al momento de elegir un sistema pensionario.

Lo que sí es cierto es que se observa la intención del legislador de posibilitar, a través del SPP, que se reconozcan similares derechos pensionarios que los existentes en el SNP. En ambos sistemas el trato para la persona menos favorecida debe ser superlativa: en las AFP se debe procurar la misma pensión que la otorgada en el SNP. Además, tal como lo prevé la Octava Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, el Estado asegura el pago de las pensiones otorgadas conforme al Decreto Ley N° 19990 a fin de que el pensionista continúe recibiendo el íntegro de su pensión, y para dicho efecto, deben efectuarse anualmente las respectivas previsiones presupuestarias. En una disposición como ésta, se nota la rotunda intención del Estado de igualar las condiciones de ejercicio del derecho a la pensión en ambos sistemas.

Asimismo, el TC ha considerado pertinente, a fin de que la determinación que tome el afiliado sea la correcta, presentar algunas de las cuestiones más relevantes en sede infraconstitucional en que se ha buscado asimilar al SPP con el SNP, pero siempre recordando que el primero se basa en un modelo de capitalización individual y el segundo sí es uno de redistribución.

a. Tipo de renta

Una de las principales críticas que se realiza al SPP es que sólo va a otorgar una pensión a la persona hasta cuando sus aportaciones alcancen. La premisa no es del todo cierta.

En el SPP no sólo se prevé la forma clásica de pago (como en el SNP), sino que posibilita opciones que podrían favorecer a las personas afiliadas a una AFP. Las modalidades recogidas por los artículos 45°, 46°, 47° y 49° de la Ley del SPP, y 106° y 107° del Reglamento de la misma, son las siguientes: retiro programado (retiro mensual hasta que fondos se extingan), renta vitalicia personal (pensión hasta que fallezca la persona), renta vitalicia familiar (pensión hasta que fallezca la persona o sus familiares) y Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida (recibe pagos desde una fecha determinada).

Estas formas de pago diferenciado aceptan la contingencia de ser beneficiario de una pensión durante toda una vida (renta vitalicia), si es que la persona acepta preferir tal modalidad de

pago, lo cual no es una excepción o sistema pensionario más agravado en su titularidad, sino que es la regla común de todo pensionista del SNP.

b. Bonos

Como una forma de compensar lo aportado en el SNP con respecto a lo que va a ser aceptado en el SPP, la legislación ha previsto diversos tipos de bonos. A través de estos bonos se ha buscado conseguir es la equiparación de ingresos entre los que se encontraban en una mejor situación en el SNP con relación al SPP. Esta 'complementariedad' de los aportes se puede presentar como una forma responsable en que el Estado ha buscado corregir los errores iniciales que realizó cuando se creó el SPP.

Los que merecen analizar en primer lugar, son los bonos de reconocimiento, es decir, aquellos referidos a reconocer lo aportado en el SNP antes de pasar al SPP. El Estado acepta que a través de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (artículo 1° de Ley N.° 28485) se van a redimir los distintos bonos de reconocimiento. Entre ellos se encuentran los Bonos 1992 (Decreto Ley N.° 25897), Bonos 1996 (Decreto Legislativo N.° 874), Bonos 20530 (Decreto Legislativo N.° 817) y los Bonos 2001 (Decreto Supremo N.° 054-97-EF). Con ellos, se trata de que los aportes realizados en el SNP no sean desconocidos al ingresar al SPP, lo cual está en plena correspondencia con el acceso pensionario.

Aparte de los de reconocimiento, están los bonos complementarios. Estos tienen la finalidad de igualar las condiciones de los que menos habían llegado a contribuir antes de pasarse al SPP. Dentro de ellos se encuentran, los creados mediante Ley N.° 27252 y los mediante Ley N.° 27617. El bono complementario de pensión mínima surge como forma de financiamiento de la pensión mínima, tal como lo establece la Sétima Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, modificada por Ley N.° 27617 y el artículo 147° del Reglamento de dicha ley. En el caso específico de quienes realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud, se creó el Bono de Reconocimiento Complementario, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2° de la Ley N.° 27252. De conformidad con lo expresado en la Décimo Quinta Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, para lograr una situación análoga en las jubilaciones adelantadas en el SPP y el SNP se requiere un bono complementario de jubilación adelantada, el mismo que cuenta con la garantía del Estado, y cuyo fin es asegurar que el afiliado sujeto a este beneficio alcance una pensión que no sea menor al monto que hubiese percibido en el SNP.

c. Jubilación por desempleo

En el SPP, se ha previsto una forma de jubilación singular cuando la persona se encuentre en estado de desempleo. Aceptando la difícil situación laboral en que vive nuestro país este avance dentro del SPP sirve de mucho para las personas que no pueden contar o no llegan a acceder a un trabajo.

A partir del artículo 3° de la Resolución SBS N° 561-2002, Reglamento Operativo del Régimen Especial de Jubilación en el SPP, se ha precisado cuál es el procedimiento operativo para acceder al Régimen Especial de Jubilación para trabajadores en situación de desempleo en el ámbito del SPP.

d. Jubilación especial

En el SNP, se presentan dos opciones. A partir del artículo 1° del Decreto Ley N.° 21952, Régimen Transitorio para Jubilación de los Trabajadores Marítimos, Fluviales y Lacustres, modificado por la Ley N.° 23370, estos tipos de trabajadores podrán jubilarse a los cincuenticinco años de edad, pero recibirán el íntegro de la pensión a los sesenta años. De otro lado, la Ley N.° 25009, Ley de Jubilación de Trabajadores Mineros, establece las condiciones requeridas para ejercer tal derecho.

Frente a lo existente en el SNP, se ha presentado un régimen especial en el SPP para los trabajadores que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud. Al respecto, según lo anuncia el artículo 1.1 de la Ley N.° 27252, los que realicen labores en tales condiciones y cuenten con los requisitos mínimos, podrán acceder a los beneficios de jubilación anticipada en el ámbito del SPP. Por su parte, en el artículo 2° del Reglamento de dicha ley, se precisa quiénes tienen el derecho al acceso a la jubilación anticipada.

De lo desarrollado, se puede colegir que existen dos sistemas pensionarios con protección preeminente para cuando haya un riesgo para la vida o la salud. Por tanto, no es totalmente cierto que se haya eliminado la tutela preeminente de los mineros, como es el caso de autos.

e. Pensión anticipada

Otro de los grandes puntos de coincidencia entre los sistemas pensionarios es que en ambos se ha reconocido la existencia de una pensión anticipada, es decir, que por condiciones especiales de protección, el Estado asume un alto nivel de salvaguardia superlativo, aceptando situaciones adelantadas de pago de pensión.

Según el artículo 42° de la Ley del SPP, procede la jubilación anticipada cuando el afiliado así lo disponga, siempre que obtenga una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos ciento veinte meses, debidamente actualizadas. Para la determinación si el trabajador tiene derecho a pensión anticipada, se establece un procedimiento previsto en el artículo 155° del Reglamento.

Asimismo, existe un sistema especial para trabajadores afiliados al SPP que realizan labores de riesgo para la vida o la salud, previsto por el artículo 3° del Decreto Supremo N.° 164-2001-EF. Los requisitos están previstos en la Décimo Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP. Otra forma de pensión adelantada en el SPP se encuentra en lo desarrollado por la Décimo Quinta Disposición Final y Transitoria, en la que reconoce este derecho a los trabajadores afiliados al SPP que a la fecha de entrada en vigencia de esta norma y que al momento de su incorporación a dicho sistema cumplían con los requisitos exigidos en el SNP.

f. Pensión mínima

Para concluir, un aspecto que se reconoce en ambos sistemas pensionarios es el referido a la pensión mínima. No es que se estaría desprotegiendo a la persona en el SNP sino que se mantendría la garantía en el SPP.

En la Sétima Disposición Final y Transitoria de la Ley del SPP, modificada por Ley N.° 27617 se prevé esta posibilidad previo cumplimiento de tres requisitos (relacionadas con el año de nacimiento, tiempo de aportaciones y tipo de aportaciones). Con respecto al

financiamiento de la pensión mínima, es muy claro el Reglamento de la Ley del SPP, incorporado por el Decreto Supremo N.° 100-2002-EF en su artículo 145°, cuando señala que ello será logrado con los recursos de la cuenta individual de capitalización del afiliado, pero si el cálculo de pensión estimado del afiliado resulta 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, ellos igual tendrán derecho a gozar de pensión mínima (artículo 142° del Reglamento).

55. Según se ha podido reparar, en muchos aspectos la situación entre los dos sistemas de pensiones es similar. Por ello, debe reforzarse la capacidad de los afiliados para decidir correctamente por algunos de los dos, siempre y cuando estén comprendidos en los supuestos en que se permite el retorno del SPP al SNP, tal como es el caso de autos.

Para lograr este cometido, se debe insistir en la necesidad de los afiliados de contar con información. Al respecto, fluye, aparte de otros elementos configuradores de la información, la obligación de poner a disposición de los usuarios toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un usuario razonable usando su diligencia ordinaria.

Asimismo, en una encuesta ya mencionada, se observa que la población se entera sobre los trámites en el sector público básicamente a través de la televisión (44,7%), seguido por la radio (13,5%), internet (12,9%), la misma entidad (10,5%) y las llamadas telefónicas (8,1%)[27]. Sin embargo, no se ha notado ninguna estrategia comunicativa del Estado de defensa respecto a las prestaciones de pensión que presenta -y ha presentado-, pudiéndose observar en la actualidad alguna orientación sobre la materia dentro de la página web de la SBS. No obstante, tal como lo señala el artículo 40° de la Ley del SPP, modificado por la Resolución Ministerial N.° 182-2003-EF, se desarrolla una obligación de informar al SPP. Es decir, las AFP deben proporcionar a los trabajadores, en el momento que soliciten su afiliación, el formato de contrato de afiliación, así como los documentos que contengan una debida explicación del SPP que incluya los principales derechos y obligaciones de las partes, y las características esenciales respecto de cada uno de los fondos que ella administre. Adicionalmente, es importante reconocer claramente cuál es la información que presenta la página web de la SBS, por ejemplo, respecto a la posibilidad de desafiliación. En la Sección de Temas de Interés se plantea la pregunta sobre si ¿Es posible anular mi afiliación al SPP y retornar al SNP? La respuesta que brinda es insuficiente para tomar una decisión razonable[28]. Sólo a partir de un real reconocimiento de la predisposición de la Administración y de las AFP de hacer conocer las virtudes y defectos de cada sistema, la persona podrá verse perfectamente protegida por el artículo 65° de la Constitución, que en el pasado parece no haber sido materia de atención prioritaria, todo con el fin de propiciar la afiliación.

---

[27] GRUPO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA. Estudio 267 – Barómetro Social: Atención de las Entidades Públicas en Lima Metropolitana y Callao. Lima, mayo del 2005. Muestra: 538 personas. Pregunta 5: ¿Cuál es el principal medio por el que se informa sobre los trámites en el sector público?

[28] http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/spp/Temas_interes/temasinteres.htm.

V. FALLO

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA** la demanda constitucional de amparo por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias. Por ende, ordenar a la SBS y a la AFP el inicio, a partir de la notificación de la presente sentencia, del trámite de desafiliación conforme a los argumentos desarrollados *supra*.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de dejar sin efecto de manera inmediata la afiliación realizada.
3. Exhortar a la SBS y a la AFP que dispongan las medidas pertinentes a efecto de que las sentencias de amparo que sean declaradas fundadas puedan ser cumplidas.
4. Exhortar a las entidades correspondientes para que emitan, en el más breve plazo, las normas que viabilicen los criterios y el procedimiento establecidos.
5. Requerir a la SBS para que inicie una verdadera e intensa labor informativa con relación a las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

EXP. N.° 1776-2004-PA/TC
LIMA
VÍCTOR AUGUSTO MORALES MEDINA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS GARCÍA TOMA Y MESÍA RAMÍREZ

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas disentimos de la posición de la ponencia, adoptada por la mayoría de este Colegiado en el presente caso, por las siguientes consideraciones:

1. La jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (TC) en materia de procesos de amparo referidos a las desafiliaciones (o nulidad de contratos de afiliación) del sistema privado de pensiones ha establecido que el amparo no es la vía idónea para resolver tales controversias por carecer de estación probatoria. En efecto, las cuestiones a dilucidar en este tipo de casos -se refieren por lo general a establecer si hubo o no engaño, deficiente información de la AFP, falta de conocimiento del afiliado, entre otras- requieren de la actuación de medios probatorios a fin de tener la certeza necesaria para declarar la nulidad de la afiliación.

2. Esa línea jurisprudencial fue confirmada por la sentencia de pleno jurisdiccional recaída en el Exp. N.° 2156-2003-AA/TC, publicada el 13 de junio de 2006 en la página web del TC, donde cinco votos declararon improcedente la demanda y un voto singular la declaró infundada.

3. Hoy, a escasos siete meses de publicada dicha sentencia, la ponencia plantea que para el caso de autos - sustancialmente parecido al del Exp. N.° 2156-2003-AA/TC- la demanda sea declarada fundada a partir de dos premisas: a) La necesidad de un cambio de jurisprudencia, y b) La tesis del "retorno parcial" del Sistema Privado de Pensiones (SPP) al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

4. Con relación a la primera premisa se afirma:

> *Y si bien en el pasado este Colegiado no llegó a ingresar a definir el asunto de las AFPs, considera que ahora es el momento propicio para que se desarrolle una jurisprudencia acorde con la Constitución. La constatación de que el conflicto no ha sido pacificado –antes bien, se ha acrecentado–, es que el Tribunal Constitucional (TC) se haya visto obligado a replantearse el problema formulado en la demanda, esto es, sobre la validez constitucional del retorno del SPP al SNP. (Fundamento 3)*

5. Consideramos que el hecho de que el problema formulado en la demanda se mantenga o que se haya "acrecentado" no es razón suficiente para el cambio de jurisprudencia. Estimamos que, desde la función que compete al TC, la razón que justifica un cambio de jurisprudencia radica en que las situaciones de hecho cambian; que los criterios interpretativos anteriores no eran los más acordes con la Constitución; que debe "actualizarse" la interpretación de la Constitución, o porque el TC opta por una de las interpretaciones posibles dentro del marco Constitucional. De lo contrario, el análisis de constitucionalidad que nos corresponde hacer como colegiado, no se distinguiría del juicio de oportunidad política reservada al Congreso de la República.

6. En el presente caso, la situación de hecho sigue siendo la misma, la estructura normativa del proceso de amparo no ha variado y nuestro fallo del Exp. N.° 2156-2003-AA/TC se inscribe dentro del ordenamiento jurídico (en dicho fallo la casi totalidad del pleno jurisdiccional declaró improcedente la demanda). Sin desconocer la posibilidad de que una futura recomposición del TC –o incluso la composición actual– pueda variar de criterio, en tanto se den los supuestos para variar de jurisprudencia a que hemos hecho referencia, estimamos que el TC debe preservar la coherencia de su jurisprudencia. Un cambio de jurisprudencia tan repentino, a solo siete meses del criterio anterior, afecta el principio de seguridad jurídica (Exp. N. ° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento 3) que el TC también debe ponderar y tener presente en la difícil tarea de consolidar las instituciones democráticas y afirmar el Estado Constitucional.

7. De otro lado, con relación al tema del retorno de un sector de afiliados del SPP al SNP, en la actualidad, en el seno del Congreso de la República, hay dos posiciones con sus respectivas propuestas legislativas: a) Una favorable al libre retorno, que mereciera una aprobación de la representación parlamentaria que culminó su mandato en julio de 2006, y b) Una propuesta alternativa del anterior Gobierno. La nueva representación parlamentaria, expresión de las fuerzas políticas que participaron en las últimas elecciones generales (abril del 2006), debatirá en profundidad este tema que plantea complejos problemas económicos para el Estado y para el SPP. Por tanto, a fin de evitar posibles contradicciones entre lo que estableciera el TC y lo que pudiera aprobar el Congreso de la República, que derivarían en tratamientos diferenciados para los interesados, debe preservarse nuestra jurisprudencia para mantener un trato igualitario.

8. Finalmente, la segunda premisa plantea el denominado "retorno parcial", que cabría en tres situaciones: a) La titularidad no ejercida del derecho a la pensión; b) El caso de la falta de información, y c) El caso de los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o la salud. Al respecto, la propuesta del "retorno parcial", en su conjunto, es interesante y novedosa, pero consideramos que el legislador, previamente, debe tener la

opción de conocer y debatir tal tesis, ya que, como señalamos anteriormente, en la actualidad hay varias propuestas sobre el tema en el Congreso.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque, siguiendo nuestra línea jurisprudencial adoptada hace tan sólo siete meses, la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE.**

SS.

GARCÍA TOMA
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

EXP. N.º 1776-2004-PA/TC
LIMA
VÍCTOR AUGUSTO MORALES MEDINA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emitimos el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los siguientes fundamentos:

1. En el contrato de afiliación, como en todos los contratos, una parte, precisamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se autolimita en sus facultades y derechos para, a su vez, obtener beneficios que cede la otra "siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo" (artículo 1354 del Código Civil).

2. El artículo 140 del mismo cuerpo de leyes define la obligación y señala la necesidad de concurrencia de elementos indispensables de validez. Y, por el dirigismo contractual, el Estado asume el control de la contratación no obstante el carácter privado de ésta, cuando, en la versión del artículo 1355 del acotado, prescribe: *"La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos"*. Es decir, que celebrado el contrato y estando éste en etapa de ejecución –por varios años en el presente caso–, la preexistente o sobreviniente causal de rescisión, resolución o invalidación, incluido, desde luego, el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, permitido por los artículos 1440 y siguientes del cuerpo legal citado, ha de exigir probanza suficiente a través de la amplitud de medios aceptados por el Derecho Procesal, lo que significa la necesidad de instauración del correspondiente proceso de conocimiento.

3. El demandante pretende que en el presente proceso constitucional de amparo se sancione la nulidad del contrato por el que, en determinación de su libertad, se afilió a la emplazada Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), constituida de acuerdo a la ley para operar en el sistema, y que de este modo se declare sin efecto legal el contrato aludido, su retorno al Sistema Nacional de Pensiones a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a la que se le debe hacer transferencia de todas sus aportaciones y del título de su correspondiente "Bono". Su demanda, desde luego, se sustentó en hechos que considera afectados de vicios nulificantes, la que enmarca dentro de un cuadro de violación de derechos que califica de fundamentales, a fin de apoyarse en la Constitución Política del Estado, verbigracia los artículos 2º, inciso 14, y 11.º, que tratan de la libre contratación y del *acceso* a la pensión a través de entidades públicas, privadas o mixtas, respectivamente.

4. La demandada contradice la fundamentación jurídica que expone el recurrente, alegando básicamente que la pretensa vulneración de derechos no constituye temática constitucional, desde que los vicios que presuntamente afectan a un contrato celebrado y regido dentro de los márgenes del derecho privado, requieren, para la pretensión de sanción de nulidad, la instauración de un proceso ordinario que permita la probanza plena de los hechos que fundamentan la pretensión.

5. La resolución de la Sala Civil Superior, elevada para su revisión a través del denominado recurso de agravio constitucional, desestima la demanda, la cual considera improcedente tomando en consideración la fundamentación de rechazo expuesta por la demandada.

6. En el fundamento 37 de la sentencia recaída en el expediente 1417-2005-PA/TC, publicada el 12 de julio del 2005, en el diario oficial "El Peruano", de carácter vinculante, este colegiado procedió *"[...] a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones* –de pensiones– *que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo: a)[...] serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social; b)[...] los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia; c)[...] aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, [...] "pensión mínima", asciende a S/. 415,00.; d) las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido; e) las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes[...] son susceptibles de protección a través del amparo en los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; f) [...] para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada [...] ; g) [...] reajuste pensionario o la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [...]; dichos asuntos deben ser ventilados en la vía ordinaria [...]".*

Por consiguiente, estando a los parámetros de la cuestión controvertida y, necesariamente, a la fundamentación de la resolución inhibitoria recurrida, es menester analizar, antes que la viabilidad de la pretensión en cuanto al tema de fondo, el cambio del precedente estatuido por este Tribunal, pues uniformemente, en las sentencias recaídas en los expedientes N.os 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC, 2861-2003-AA/TC, se han declarado improcedentes las demandas de nulidad de contrato de afiliación a una AFP y su consecuente traslado al SNP en vía constitucional, señalándose que:

> *[...] dilucidar esta pretensión requiere de una etapa donde se actúen las pruebas idóneas a fin de demostrar la validez de dicho contrato, ejercitándose el derecho de contradicción [...].*
> *[...] deberá plantear ésta en la vía correspondiente y no en la del amparo que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria [...].*
> *[...] si el demandante considera que se han configurado las causales referidas a la información defectuosa o insuficiente al momento de afiliarse y al cumplimiento de requisitos para la percepción de una pensión de jubilación dentro del SNP, antes de la suscripción de su contrato de afiliación y, por tal motivo, resultan suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, deberá plantear su reclamo en la vía correspondiente, y no en el amparo que, por su naturaleza sumaria, carece de etapa probatoria [...]".*

En las sentencias recaídas en los expedientes N.os 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-2003-AA/TC, 2896-2003-AA/TC, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC, 2046-2004-AA/TC, este Tribunal, uniformemente, se pronunció sobre el fondo del asunto controvertido y declaró infundadas la demandas afirmando:

> *[...] este Tribunal considera que en el presente caso no se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional invocado, por lo que la demanda debe desestimarse, aunque dejando a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la vía ordinaria [...].*
> *Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, si el demandante considera que, respecto a su contrato de afiliación al Sistema Privado de Pensiones, existen causas suficientes para demandar su nulidad, deberá hacer valer su derecho en la vía correspondiente y no en la presente que, por ser excepcional y sumaria, carece de estación probatoria [...].*
> *[...] En reiterada jurisprudencia, se ha manifestado que si el demandante considera que existen causales suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, dicha solicitud deberá plantearse en la vía correspondiente, y no en el amparo, que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria [...].*
> *[...] De los actuados fluye que, en el fondo, lo que el demandante pretende es lograr la nulidad de su contrato de afiliación... debe hacer valer su derecho en la vía ordinaria, tanto más si no ha demostrado de qué manera se afectan sus derechos [...]".*

Y es que en el presente caso, en esencia, hay la necesidad de comprobar, a través de medios amplios de prueba dentro del correspondiente proceso ordinario (conocimiento), la realidad de los hechos que sustentan la pretensión nulificante de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, que no acusa vulneración evidente al derecho del recurrente de *acceder* al sistema de pensiones admitido por la ley, pues precisamente por libre determinación celebró el contrato del que, al cabo de varios años, hoy se arrepiente, sino vicios en la versión de una demanda que persigue, en base a la comprobación de los hechos en los que se apoya, la sanción de nulidad del aludido acto jurídico.

7. Por las precedentes consideraciones y estando además al proyecto de ley, observado parcialmente por el Poder Ejecutivo, actualmente a disposición del Congreso Nacional de la República para su correspondiente determinación, en el que se busca normativamente la decisión modificatoria, o sustitutoria, en general, de la legislación en materia pensionaria a cargo de entidades privadas, no encuentro sustento suficiente para la aplicación del *overruling*, lo que significa que me alineo al precedente que sanciona la improcedencia a efecto de que el demandante lleve su pretensión a la vía civil ordinaria.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en sede ordinaria competente.

SS.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)