



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 3650-2004-AA/TC  
LA LIBERTAD  
MARÍA EDISA MALAVER PRIETO

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de junio de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda, adjunto, el voto discordante del magistrado Vergara Gotelli, también adjunto, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Edisa Malaver Prieto contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo, de fojas 213, su fecha 5 de julio de 2004, que declara improcedente la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Gerente Central de Personal del Ministerio Público, el Gerente General del Ministerio Público y la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Horizonte, solicitando que se declaren inaplicables:

- La Resolución N.º 2257-2002-MP-FN-GECPER, de fecha 24 de diciembre de 2002, emitida por el Gerente Central del Ministerio Público, que declara improcedente su solicitud de reincorporación al Régimen de Pensiones a cargo del Estado, regulado por el Decreto Ley N.º 20530;
- La Resolución N.º 095-2003-MP-FN-GG, de fecha 25 de febrero de 2003, expedida por la Gerencia General del Ministerio Público, que declara infundado su recurso de apelación propuesto contra la resolución precedente;
- La Comunicación de fecha 6 de febrero de 2003, emitida por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Horizonte, mediante la cual niega su petición de nulidad del contrato de afiliación al Sistema Privado de Pensiones para retornar al Sistema Nacional de Pensiones.

Alega que, como Fiscal miembro del Ministerio Público, tiene las mismas prerrogativas y beneficios del sistema pensionario que establecen las leyes para los miembros del Poder



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Judicial y que, como efecto reparador, se le deberá incorporar al Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N.º 20530, conforme a lo previsto por el artículo 194º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-93-JUS.

AFP Horizonte S.A. deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada y/o improcedente, por considerar que lo que pretende la demandante es que se declare la nulidad de su afiliación porque supuestamente se atenta contra su derecho a la seguridad social, y, de lo que se desprende que está buscando dejar sin efecto una relación contractual libremente asumida, lo que configura una situación controvertida que requiere de probanza.

La Procuraduría a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, por al considerar que, de acuerdo a los lineamientos para el reconocimiento, calificación y pago de los derechos pensionarios del Decreto Ley N.º 20530, sus normas modificatorias, complementarias y conexas aprobadas por el Decreto Supremo N.º 159-2002-EF, en caso que el trabajador pretenda recibir una pensión del Estado, debe primero desafiliarse, hecho que no ha ocurrido en el caso de la demandante.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, con fecha 2 de octubre de 2003, declara improcedentes la demanda por considerar que no es posible la desafiliación a través del proceso de amparo, por no ser la vía idónea para acoger la pretensión demandada, pues carece de estación probatoria.

La recurrida, confirmando la apelada, declara improcedente la demanda por considerar que la pretensión de la actora requiere de probanza y que ésta no es la vía idónea para reclamar su derecho.

### FUNDAMENTOS

1. La pretensión inicial de la demandante consistía en que se declare la nulidad del contrato de afiliación que suscribió con la AFP Horizonte (Sistema Privado de Pensiones) y que se la incorpore al Régimen de Pensiones a cargo del Estado bajo el Decreto Ley N.º 20530, que le correspondería como Fiscal del Ministerio Público al cumplir los requisitos legales y considerar que le asiste un derecho adquirido respecto a tal pedido.
2. El caso materia de análisis es el de una Fiscal Provincial, que inició su carrera en el Ministerio Público como Fiscal Provincial Adjunta Titular, pasó luego a ser nombrada en el cargo y posteriormente ocupó el puesto de Fiscal Provincial Provisional.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el camino, decidió afiliarse a una Administradora Privada de Fondo de Pensiones, al considerarla como la mejor opción en aquel entonces, pese a que contaba con los años requeridos para solicitar su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, en aplicación del artículo 194º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta cuestión no ha sido puesta en discusión por los demandados, más aún si con posterioridad fue emitida la Ley N.º 28449, que era mucho más explícita en la materia.

3. Al respecto, se advierte que en el Expediente N.º 3745-04-AA/TC<sup>1</sup> obra copia de la Resolución de Gerencia N.º 574-2005-MP-FN-GECPER, de fecha 13 de mayo de 2003, en la cual se resuelve incorporar al Régimen de Pensiones y Compensaciones a cargo del Estado, regulado por el Decreto Ley N.º 20530, a un grupo de fiscales, entre los cuales se encuentra la demandante.

La referida incorporación se ampara en la Ley N.º 28449<sup>2</sup>, que en su Segunda Disposición Transitoria disponía que los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, contasen con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera que aún no hubiesen tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, debían solicitarlo por escrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de dicha Ley. Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que optaron por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

<sup>1</sup> Fojas 5 de cuadernillo del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 20530, que mediante sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0005-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (acumulados) fue sometida a control de constitucionalidad y fue declarada fundada en parte.

Respecto a la disposición, aplicable a la demandada no hay declaratoria de inconstitucionalidad, sin embargo existe una aclaratoria que se pronunció expresamente sobre la aplicación de la citada ley: "(...) En consecuencia, cuando la SDT de la Ley N.º 28449, permitió que los Magistrados que cuenten con más de 10 años de servicios dentro de la respectiva carrera, se mantengan incorporados en el régimen del Decreto Ley N.º 20530, no introdujo ningún trato discriminatorio con relación al resto de pensionistas de dicho régimen, pues, al igual que el trato que el artículo 2º de la misma Ley dispensa a estos, la SDT permitió que, una vez cumplidos los requisitos previstos en el ordenamiento para obtener una pensión del régimen del Decreto Ley N.º 20530 (contar con más de 10 años de servicios dentro de la carrera judicial), los jueces se mantengan incorporados en él; a condición de que hubiesen presentado su solicitud dentro de los 90 días hábiles contados a partir de la vigencia de la Ley N.º 28449, plazo que a la fecha se encuentra vencido (...)".



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

4. En el presente caso, una de las entidades demandadas (Ministerio Público) cumplió con incorporar a la actora al Régimen del Decreto Ley N.º 20530, quedando cumplida la pretensión objeto de la demanda y cesando todo efecto de la agresión antes generada. De lo actuado se aprecia también que la entidad demandada, además de (como ya se ha mencionado) haber cesado voluntariamente la agresión y no existir consecuencias de ella, no ha mostrado conductas temerarias, dolosas ni arbitrarias a lo largo del proceso, pues en todo momento su negativa para incorporar a la actora al Sistema Nacional de Pensiones se debió a impedimentos de carácter legal.

Ello se comprueba del contenido de las resoluciones impugnadas obrantes a fojas 10 y 12 de autos. Por tanto, este Colegiado considera que en este extremo de la demanda ha operado el supuesto de sustracción de la materia (artículo 1º del Código Procesal Constitucional).

5. Con relación a la otra pretensión de la demandante, es oportuno enfatizar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca de la validez del retorno de los afiliados al SPP hacia el SNP. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2004-AA/TC se han desarrollado las causales que posibilitarían el retorno al SNP y, prospectivamente, se ha precisado los supuestos en que cabrá declarar fundada la demanda, si la pretensión, claro está, se ajusta a alguno de tales supuestos. En el caso de autos se ha verificado la concurrencia de dos de las causales previstas (falta de información adecuada y cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión en el SNP, ambas explicadas en la demanda de fojas 14<sup>3</sup>), motivo por el cual debe declararse fundada la demanda en este extremo, y así permitir a la recurrente que inicie el trámite de desafiliación.

De otro lado, la Ley N.º 28449 ordena la incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, y lo hace con independencia de si se estaba o no adherido a determinado sistema de pensiones, incluyendo el privado.

Así, la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449 es muy directa en señalar claramente lo siguiente:

“Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

<sup>3</sup> Desarrollada en demanda (fs. 19 y 20 del Expediente).

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran”.

Por tal razón, la validez de la adscripción a una AFP se ve nulificada por la incorporación al régimen pensionario previsto por el Decreto Ley N.º 20530. Tal hecho, anudado a la precitada sentencia expedido por este Tribunal Constitucional permite, torna factible que se declare fundada en parte la demanda en este extremo.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda por haber operado la sustracción de la materia en el extremo referido a la incorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530.
2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, en el extremo referido al pedido de desafiliación, pero para permitir únicamente el inicio del trámite de desafiliación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO  
GONZALES OJEDA  
MESÍA RAMÍREZ**

*[Firma manuscrita]*  
*Carlos Manuel*

*[Firma manuscrita]*

Lo que certifico:

*[Firma manuscrita]*  
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 3650-2004-AA/TC  
LA LIBERTAD  
MARÍA EDISA MALAVER PRIETO

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA**

Si bien, como lo dejo suscrito, concuerdo con el voto de mi colega magistrado Landa Arroyo, pues lo resuelto tiene como fin crear una clara línea jurisprudencial con relación al retorno del SPP al SNP, considero que también se hubiese podido resolver, en casos como éste y en el extremo referido a la desafiliación, integrando de una manera distinta la Ley N.º 28449 y la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2004-AA/TC, toda vez que dicha ley opera de pleno derecho, lo cual nos hubiese permitido pronunciarnos a favor de una desafiliación directa, y no simplemente por el inicio del trámite de desafiliación.

Sr.

**GONZALES OJEDA**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)



## VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Lima, 17 de mayo de 2007

Emito el presente voto con el respeto debido por lo sostenido en la ponencia por las siguientes consideraciones:

1. Viene el recurso de agravio constitucional interpuesto por María Edisa Malaver Prieto contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo que declaró improcedente la demanda.
2. La demandante solicita en sede constitucional de amparo la nulidad del contrato de afiliación que celebró con la AFP Horizonte.
3. 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)
4. 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, celebrado el contrato y estando éste en etapa de ejecución, 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, han 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.
5. 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 (A.F.P.) constituida de acuerdo a la ley para operar en el sistema, y conseguir así, declarado sin efecto legal el contrato aludido, su retorno al Sistema Nacional de Pensiones a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (O.N.P.) a la que se le debe hacer transferencia de todas sus aportaciones y del título de su correspondiente "Bono". Su demanda, desde luego, se apoyó en hechos que considera afectados de vicios nulificantes 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, que tratan de la libre contratación y del acceso a la pensión a través de entidades públicas, privadas o mixtas respectivamente.

6. La demandada contradice la fundamentación jurídica que expone el recurrente en sus razones de pedir 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.
7. La resolución de la Sala Civil Superior elevada para su revisión a través del denominado recurso de agravio constitucional, desestima la demanda a la que considera improcedente tomando en consideración que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido.
8. 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 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.º 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, señalando 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.º 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 las demandas afirmando que:

*"...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 etapa 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 sean su naturaleza y alcances, 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.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

SR.

**JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI**

*Lo que certifico:*

*Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra*  
**SECRETARIO RELATOR (e)**





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 3650-2004-AA/TC  
LA LIBERTAD  
MARÍA EDISA MALAVER PRIETO

### VOTO DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y GONZALES OJEDA

Con el respeto debido por la opinión de nuestro colega, suscribimos este voto sustentado en las razones que a continuación exponemos:

1. La pretensión inicial de la demandante consistía en que se declare la nulidad del contrato de afiliación que suscribió con la AFP Horizonte (Sistema Privado de Pensiones) y que se la incorpore al Régimen de Pensiones a cargo del Estado bajo el Decreto Ley N.º 20530, que le correspondería como Fiscal del Ministerio Público al cumplir los requisitos legales y considerar que le asiste un derecho adquirido respecto a tal pedido.
2. El caso materia de análisis es el de una fiscal provincial, que inició su carrera en el Ministerio Público como Fiscal Provincial Adjunta Titular, pasó luego a ser nombrada en el cargo y posteriormente ocupó el puesto de Fiscal Provincial Provisional.

En el camino, decidió afiliarse a una Administradora Privada de Fondo de Pensiones, al considerarla como la mejor opción en aquel entonces, pese a que contaba con los años requeridos para solicitar su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, en aplicación del artículo 194º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta cuestión no ha sido puesta en discusión por los demandados, más aún si con posterioridad fue emitida la Ley N.º 28449, que era mucho más explícita en la materia.

3. Al respecto, estimamos oportuno precisar que en el Expediente N.º 3745-04-AA/TC<sup>1</sup> obra copia de la Resolución de Gerencia N.º 574-2005-MP-FN-GECPER, de fecha 13 de mayo de 2003, en la cual se resuelve incorporar al Régimen de Pensiones y Compensaciones a cargo del Estado, regulado por el Decreto Ley N.º 20530 a un grupo de fiscales, entre los cuales se encuentra la demandante.

La referida incorporación se ampara en la Ley N.º 28449<sup>2</sup>, que en su Segunda Disposición Transitoria disponía que los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en

<sup>1</sup> Fojas 5 de cuadernillo del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 20530, que mediante sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC,





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, contasen con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera que aún no hubiesen tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, debían solicitarlo por escrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de dicha Ley. Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que optaron por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

4. En el presente caso, una de las entidades demandadas (Ministerio Público) cumplió con incorporar a la actora al Régimen del Decreto Ley N.º 20530, quedando cumplida la pretensión objeto de la demanda y cesando todo efecto de la agresión antes generada. De lo actuado se advierte también que la entidad demandada, además de (como ya se ha mencionado) haber cesado voluntariamente la agresión y no existir consecuencias de ellas, no ha mostrado conductas temerarias, dolosas ni arbitrarias a lo largo del proceso, pues en todo momento su negativa para incorporar a la actora al Sistema Nacional de Pensiones se debió a impedimentos de carácter legal.

Ello se comprueba del contenido de las resoluciones impugnadas obrantes a fojas 10 y 12 de autos. Por tanto, consideramos que en este extremo de la demanda ha operado el supuesto de sustracción de la materia (artículo 1º del Código Procesal Constitucional).

5. Con relación a la otra pretensión de la demandante, estimamos oportuno enfatizar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca de la validez del retorno de los afiliados al SPP hacia el SNP. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2004-AA/TC se han desarrollado las causales que posibilitarían el retorno al SNP y, prospectivamente, se ha precisado los supuestos en que cabrá declarar fundada la demanda, si la pretensión, claro está, se ajusta a alguno de tales supuestos. En el caso de autos consideramos que se ha verificado la concurrencia de dos de las causales previstas (falta de información adecuada y cumplimiento de los requisitos para acceder a la

0005-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (acumulados) fue sometida a control de constitucionalidad y fue declarada fundada en parte.

Respecto a la disposición aplicable a la demandada no hay declaratoria de inconstitucionalidad, sin embargo existe una aclaratoria que se pronunció expresamente sobre la aplicación de la citada ley: "(...) En consecuencia, cuando la SDT de la Ley N.º 28449, permitió que los Magistrados que cuenten con más de 10 años de servicios dentro de la respectiva carrera, se mantengan incorporados en el régimen del Decreto Ley N.º 20530, no introdujo ningún trato discriminatorio con relación al resto de pensionistas de dicho régimen, pues, al igual que el trato que el artículo 2º de la misma Ley dispensa a estos, la SDT permitió que, una vez cumplidos los requisitos previstos en el ordenamiento para obtener una pensión del régimen del Decreto Ley N.º 20530 (contar con más de 10 años de servicios dentro de la carrera judicial), los jueces se mantengan incorporados en él; a condición de que hubiesen presentado su solicitud dentro de los 90 días hábiles contados a partir de la vigencia de la Ley N.º 28449, plazo que a la fecha se encuentra vencido (...)"





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9

pensión en el SNP, ambas explicadas en la demanda de fojas 14<sup>3</sup>), motivo por lo cual debe declararse fundada la demanda en este extremo, permitiendo el inicio del trámite de desafiliación.

De otro lado, convenimos en que la Ley N.º 28449 ordena la incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, y lo hace con independencia de si se estaba o no adherido a determinado sistema de pensiones, incluyendo el privado.

Así, la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449 es muy directa en señala claramente lo siguiente:

“Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran”.

Por tal razón, la validez de la adscripción a una AFP se ve nulificada por la incorporación al régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N.º 20530. Tal hecho, anudado a la precitada sentencia del Tribunal Constitucional permite, creemos, que se declare fundada en parte la demanda en este extremo.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la incorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530 por haber operado la sustracción de la materia, y porque se declare **FUNDADA EN PARTE** la demanda en el extremo referido a la desafiliación, aunque para permitir únicamente el inicio de su trámite.

Sres.

LANDA ARROYO  
GONZALES OJEDA

*Carlos Menéndez*

*Gonzales*

<sup>3</sup> Desarrollada en demanda (fs. 19 y 20 del Expediente).

Nota del Relator: el 29.05.07 el magistrado Menéndez  
vota e imprime su firma en señal de conformidad  
con los votos de los Magistrados Landa y Gonzales  
(concurrentes)

*Daniel Figallo Rivadeneyra*  
SECRETARIO RELATOR(a)