



Defensoría del Pueblo

INFORME DE ADJUNTÍA N° 05-2016-DP/AEE

Opinión sobre la actuación de la ONP por los descuentos efectuados a los pensionistas desafiliados del Sistema Privado de Pensiones vía enmienda de la fecha de inicio de su pensión

I.- Antecedentes

La Oficina Defensorial de Lima ha comunicado el caso del señor Valentín Julcamoro Ramos quién con fecha 26 de octubre de 2007 solicitó su desafiliación al Sistema Privado de Pensiones (SPP), trámite que concluyó el 14 de septiembre de 2009 con la expedición de la Resolución SBS N° 12991-2009 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que declara su desafiliación al referido sistema. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 28991 dicha desafiliación supone su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

Con fecha 30 de noviembre de 2009, presentó su solicitud de pensión ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la cual fue resuelta el 23 de febrero de 2010 mediante Resolución N° 12579-2010-ONP/DPR.SC/DL19990. En dicha resolución además de otorgársele su pensión definitiva se le reconoció expresamente el pago de 01 año de pensiones devengadas contadas desde la fecha de presentación de su solicitud de pensión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 81 del Decreto Ley N° 19990¹.

El 12 de marzo de 2015 la ONP variando de criterio decidió unilateralmente revisar la Resolución N° 12579-2010-ONP/DPR.SC/DL19990, únicamente en lo que respecta al pago de pensiones devengadas, señalando que dicho pago solamente era posible desde el momento en que se reincorporó al SNP, esto es desde la fecha que la SBS declara la desafiliación al SPP, con lo cual el monto de mensualidades devengadas reconocidas ya era de 01 año sino que se redujo a únicamente 02 meses y 15 días, debiendo devolver un total de S/. 7,371.81 nuevos soles (por concepto de 09 meses y 15 días de pagos indebidos, así como por dos gratificaciones).

La figura aplicada para efectuar la revisión de oficio por parte de la ONP ha sido la "enmienda" de los actos administrativos, habiendo procedido a cobrarse vía descuento directo los supuestos "pagos indebidos" realizados² en virtud de la "errada" Resolución N° 12579-2010-ONP/DPR.SC/DL19990.

La queja del señor Julcamoro Ramos, así como la de otras personas en similar situación fueron comunicadas y gestionadas ante la ONP por la Oficina Defensorial de Lima, recibiendo respuesta formal mediante el Oficio N° 088-2015-DPE/ONP según el cual la Dirección de Prestaciones concluye que:

- "(...) el pago de pensiones devengadas e intereses legales nace desde el momento en que cuenta con la obligación de pago; es decir desde el momento

¹ La concesión expresa de pensiones devengadas se puede evidenciar claramente en el artículo 2° de las resoluciones emitidas en los siguientes expedientes: 11102944307 (de fecha 22.02.2011), 11101869507 (de fecha 23.02.2010), 11101760507 (de fecha 30.03.2010). Además de los artículos 3° de los expedientes 11100306507 (de fecha 31.01.2011) y 11100438108 (de fecha 21.05.2010).

² Dicha efectivización se puede evidenciar claramente de las notificaciones efectuadas en los siguientes expedientes: 11100306507 (de fecha 30.03.2015), 11102705707 (de fecha 25.03.2014), 11101869507 (12.03.2015), 11101760507 (de fecha 02.03.2015), 11100537608 (de fecha 12.02.2015), 11100438108 (de fecha 19.03.2015), 11100497507 (de fecha 05.03.2015), 11101910708 (de fecha 18.03.2015), 11100405708 (de fecha 25.02.2015), 11100471407 (de fecha 08.04.2015), 1110212607 (de fecha 18.02.2015), 11100593907 (de fecha 23.02.2015), 1110030927 (de fecha 16.03.2015) y 11102435908 (de fecha 08.04.2015).



Defensoría del Pueblo

que en que el asegurado tiene derecho a pensión. En el caso de los asegurados que han seguido el procedimiento de Libre Desafiliación Informada y solicitaron pensión (...) estos deben acreditar haber cumplido los requisitos para obtener una pensión (...) y estar desafiliados (...) lo cual se hace efectivo con la emisión de la Resolución (...) que declara su desafiliación”.

- “No resulta factible la aplicación de la Ley N° 28110 a los casos reportados, dado que la referida norma solo se aplica a los pagos por exceso, no siendo esta la casuística reportada.
- Asimismo, al tratarse de pagos indebidos, la norma aplicable es el Código Civil, el cual desarrolla (...) lo correspondiente a los pagos indebidos y la prescripción del recupero”.
- (...) en aquellos casos donde se apliquen descuentos en los montos de pensión por pagos indebidos, los pensionistas podrán (...) recabar mayor información (...) respecto de la presentación de una solicitud para la reducción del porcentaje de descuento que se viene ejecutando”.

Mediante Oficio N° 195-2015-DPE/ONP la citada Dirección de Prestaciones reitera su posición, enfatizando que la prescripción no puede ser declarada de oficio sino “a solicitud expresa del interesado, conforme a lo establecido desde el artículo 1267° al 1276 (...) del Código Civil”.

Con posterioridad, y en virtud de las afirmaciones de la propia ONP, el señor Jorge Wilfredo Castillo Pulisci procedió a solicitar la prescripción de la deuda catalogada por la ONP como un “cobro indebido”, de acuerdo al plazo de 05 años pauteado por el artículo 1274 del Código Civil, a lo que dicha institución inobservando frontalmente el referido marco legal –que además es invocado por ella misma como su fundamento jurídico habilitante- ha contestado que:

“(...) el Tribunal Constitucional (...) señaló que la intangibilidad a la que alude el artículo 12° de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y garantía de pago de una pensión (...) Por lo tanto (...) no procede la prescripción de deuda”³.

II.- Análisis

1. La adecuada primera posición de la ONP: La correcta solución del fondo del asunto

En los antecedentes de nuestra intervención se puede advertir la existencia de dos posiciones históricas de la ONP:

- Una primigenia favorable, que otorgó el pago de pensiones devengadas en estricta aplicación del artículo 81 del Decreto Ley N° 19990.

³ Notificación de fecha 18 de enero de 2016.



Defensoría del Pueblo

- Una segunda desfavorable, mediante la cual varios años después se pretende retirar el beneficio concedido y cobrado por los pensionistas, por haberse incurrido en un supuesto error en la posición primigenia.

Desde la Defensoría del Pueblo consideramos que la posición primigenia de la ONP en realidad era la correcta y la segunda no. En este apartado precisamos las razones por las que afirmamos que la decisión primigenia de la ONP fue la correcta:

1.1. *Carácter ius fundamental de las pensiones devengadas: diferenciaciones necesarias y reglas de juego*

De acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política el Estado peruano tiene la obligación de brindar Seguridad Social a la población para su protección frente a las contingencias que precise la ley. En esta línea, el artículo 11 reconoce expresamente el derecho de libre acceso a las prestaciones pensionarias.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Política se delega y reserva a normas con rango de ley la configuración y materialización del contenido del derecho a la pensión.

La legislación del Sistema Nacional de Pensiones regula hasta tres momentos claramente diferenciados:

- El derecho a la pensión:* nace cuando la persona cumple los requisitos, previstos en cada supuesto de hecho normativo para reclamar el derecho, los cuales están referidos a la edad y a un periodo mínimo de cotización⁴.
- El derecho al pago de la prestación o mensualidad:* nace, de acuerdo al artículo 80 del decreto Ley N° 19990, cuando “teniendo derecho a la pensión” (edad + aportes) se produce la contingencia, la cual en el caso de la jubilación generalmente está vinculada al cese de ingresos.

Debe precisarse que la contingencia se entenderá producida cuando de cualquier modo, el cumplimiento de la edad, el cumplimiento de años de cotización y la no percepción de ingresos, confluyan, sin importar el orden de ocurrencia de aquellos⁵.

- La presentación de solicitud de pensión:* Teniendo en cuenta que la adquisición de los derechos a la pensión y a la prestación se produce por mandato directo de la Ley, la solicitud de pensión puede ser presentada en el momento que la persona asegurada lo considere pertinente sin embargo el artículo 81 del Decreto Ley N° 19990 señala que:

“Sólo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un período no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del beneficiario”.



⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el Expediente N° 05277-2005-PA/TC, Fj. 3) y Sentencia recaída en el Expediente N° 1260-2013-PA/TC, Fj. 2.3.1.

⁵ OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, Resolución Jefatural N° 123-2001-JEFATURA/ONP.



Defensoría del Pueblo

Este es el marco lógico que la Ley ha dotado a las denominadas “pensiones devengadas”, las cuales al estar vinculadas a la producción de la “contingencia” cubierta por la seguridad social comparten su carácter alimentario⁶, formando parte del derecho fundamental a la pensión.

Las normas reseñadas son claras e incondicionales razón por la cual es necesario respetar su literalidad, tal y como lo hizo originalmente la ONP.

En este contexto legal, no tiene cabida su segunda decisión de “enmienda” pues implicaría plantear la existencia de un problema interpretativo que no tendría asidero, el cual además decanta en el establecimiento de un requisito adicional no previsto expresamente para el reconocimiento y goce de las pensiones devengadas: *la declaración de desafiliación por parte de la SBS* (al considerarse que es esa fecha en la cual la persona asegurada recién reingresa al SNP y genera “derecho”).

1.2. Naturaleza del acto administrativo de la SBS que declara la desafiliación según la Ley N° 28991: Actos declarativos

También consideramos correcta la decisión original de la ONP ya que la desafiliación al Sistema Privado de Pensiones, en cuanto expresión del derecho al libre acceso a la pensión, surte efectos con anterioridad a la fecha de la emisión de la resolución emitida por la SBS, por tratarse de un acto administrativo declarativo de derechos.

i. Naturaleza declarativa del acto administrativo: Configuración legal del derecho de libre acceso a las pensiones

En este sentido, es pertinente señalar que los artículos 1 y 2 de la Ley N° 28991 reconocen que:

“Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP)

“(…) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad”.

“(…) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que, al momento de su afiliación a este, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP”.

De igual manera, la primera disposición transitoria de dicha ley prevé que:

“Podrán desafiliarse del SPP todos los afiliados que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentran bajo el alcance de la Ley N° 27252, cuando cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el Expediente N° 02646-2010-PA/TC, Fj. 5.



Defensoría del Pueblo

De una lectura simple del texto de dichas disposiciones se evidencia que su objeto es el reconocimiento a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones que anteriormente estuvieron afiliados al Sistema Nacional de Pensiones de: decidir su desafiliación al primero de los sistemas mencionados y su retorno al segundo.

Se trata pues de la concreción del derecho al “libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y reconocido como componente esencial del derecho a la pensión por parte del Tribunal Constitucional⁷.

Como se puede apreciar para poder ejercer este derecho de elección las normas reseñadas prevén claramente hasta tres supuestos de hecho debidamente diferenciados que deben ser cumplidos por la persona interesada. En este marco, se debe dilucidar si la resolución que emite la SBS podría ser considerada o bien un acto administrativo constitutivo o bien un acto declarativo.

MORÓN URBINA ha señalado que los actos administrativos son constitutivos “*cuando crean, modifican, o extinguen relaciones o situaciones jurídicas, innovando la situación anterior (ej. otorgamiento de una concesión, ejecución coactiva, etc.)*”. Serán declarativos cuando “*se limitan a acreditar relaciones o situaciones preexistentes, dotándola de eficacia o reconocimiento jurídico sin alterarlas (ej. Inscripción registral, reconocimiento de tiempos de servicios a un trabajador, etc.)*”⁸.

Si de acuerdo a las normas legales reseñadas los afiliados tienen el poder (“pueden”) de desafiliarse del SPP y retornar al SNP, teniendo como fundamento el derecho de libre elección del sistema de pensiones, consagrado en la Carta magna, el derecho (constitucional) preexiste y su ejercicio es una facultad que corresponde enteramente a la persona afiliada que cumpla los requisitos señalados en la ley, esto último en tanto está constitucionalmente permitido que dicha libertad no alcance de manera irrestricta a toda la población sino solamente a quienes cumplen determinadas características (retorno parcial).

En este orden de ideas la resolución administrativa que emite la SBS es enteramente declarativa y es consecuencia de un procedimiento para formalizar el cómputo de los aportes preexistentes y el cálculo de los escenarios de pensionamiento en los dos sistemas involucrados (entre otros), todo con la finalidad de verificar el cumplimiento de los requisitos que legalmente habilitan el ejercicio del señalado derecho de libre acceso a las prestaciones pensionarias, garantizando una adecuada información y una ordenada salida del SPP y retorno al SNP⁹.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, FJ. 35).

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Décima edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 137.

⁹ Debe resaltarse que el deber de información y el deber de tener un adecuado sistema de registro de cotizaciones a la seguridad es una carga de las Administraciones pensionarias que no puede ser trasladada a los afiliados.





Defensoría del Pueblo

Cabe señalar que justamente en el sentido de lo expresado que las resoluciones de la SBS expresamente se limitan a “*Declarar la desafiliación al Sistema Privado de Pensiones*”¹⁰.

ii. **Momento al cual debe retrotraerse el acto administrativo: Presentación de la solicitud**

En función a lo expuesto, la desafiliación como derecho ciudadano reconocido por la Constitución Política y reglamentado por el legislador, debe surtir efectos retroactivos al momento en el cual la persona afiliada lo ejercita, es decir el momento en que presenta su solicitud de desafiliación o ejercita su libertad de elegir (lo cual, como se ha dicho supone el cumplimiento de los requisitos previstos en los supuestos de hecho de las normas arriba reseñadas).

La diferenciación entre el momento de la constitución del derecho por habilitación expresa de la ley, los actos operativos o procedimentales realizados para materializar su reconocimiento y la declaración administrativa final se pueden apreciar claramente en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal y el Tribunal Constitucional¹¹¹².

Es más, el propio artículo 1 de la Ley N° 28991 establece esta diferenciación cuando dispone que:

“Podrán desafiliarse (...) todos los afiliados (...) que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación, independientemente de la edad”.

Dicho dispositivo, al momento de ser reglamentado por el inciso a) del artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 28991¹³ concretiza, especifica y da contenido al “momento de efectividad de la desafiliación” precisando que:

“Podrán solicitar la desafiliación (...) aquellos afiliados (...) que a la fecha de solicitud de desafiliación (...) cumplan con los (...) años de aportación entre el SNP y SPP, para tener derecho a pensión de jubilación en el SNP”.

Como se puede evidenciar claramente de ambos dispositivos “el momento en que se hace efectiva la desafiliación” es la “*fecha de solicitud de desafiliación*”.

iii. **La denominada eficacia anticipada por la Ley del Procedimiento Administrativo General**

La consideración de la figura de los actos administrativos y su eficacia anticipada encuentra asidero legal en el artículo 17 de la LPAG que dispone que:

¹⁰ Por todas puede verse la Resolución SBS N° 548-2008 de la Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia recaída en el Expediente N.° 0042-2004-AI/TC: FJ. 19.

¹² TRIBUNAL FISCAL: la Resolución N° 00442-7-2008 recaída en el Expediente N° 14985-2005.

¹³ Aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF.



Defensoría del Pueblo

“17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados (...) siempre que (...) existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.

Como bien ha precisado MORÓN URBINA si bien la norma pareciera otorgar una facultad “discrecional” a la Administración Pública: *“Por un criterio mínimo de prudencia, de respeto a los principios de previsibilidad y buena fe, se estima que una buena práctica administrativa conllevará a que la eficacia anticipada no sea una potestad discrecional de la autoridad sino una posibilidad a la cual el administrado se pueda acoger cuando tenga los elementos necesarios para ello”*¹⁴.

Y es que es una consecuencia necesaria que los actos declarativos surtan efectos desde el momento en que se configuró el derecho.

La admisión de la interpretación efectuada por la ONP, consignada en su segunda decisión, es contraria al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias pues impediría justamente que las personas puedan acceder a las prestaciones que ellos libremente decidan, obligando en la práctica a permanecer en el Sistema Privado de Pensiones a pesar de haberse producido ya la contingencia protegida por ley, amparando su actuación dilatada, así como eventualmente la de las AFP y la SBS¹⁵.

1.3. Principios Generales y Principios Específicos: *Favorabilia amplianda y pro hómine*. Universalidad, integralidad y continuidad en la cobertura de las contingencias.

De manera complementaria a lo señalado precedentemente es necesario analizar la situación jurídica de la persona desafiliada del SPP para efectos pensionarios en el SNP.

Debe tenerse presente en todo momento que esta situación se encuentra enmarcada en un contexto de ausencia de disposiciones expresas que regulen de modo particularizado los diversos escenarios pensionarios que se pueden presentar en el SNP con posterioridad a un procedimiento de desafiliación.

i. *Principio de legalidad: Prohibición de limitar derechos legales vía interpretación*

En este escenario es necesario recordar que en virtud de lo señalado en el artículo IV de la LPAG, el principio de legalidad implica que *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”*.

¹⁴ MORÓN URBINA, Ob. Cit., p. 192.

¹⁵ Ya que en algunos casos se superan los plazos legalmente previstos para emitir los respectivos RESIT-SNP, así como las resoluciones de la SBS.



Defensoría del Pueblo

Así, el análisis de la presente problemática presupone tener claridad del marco legal expresamente previsto. De esta manera, tenemos que:

- ✓ Por un lado, no existe una norma expresa que regule de manera específica todas y cada una de las situaciones pensionarias de las personas aseguradas que se han desafiliado al SPP.
- ✓ Por el otro, no existe norma expresa que limite el acceso a los beneficios pensionarios considerados por el Decreto Ley N° 19990 a las personas que han retornado al SNP producto de su desafiliación al SPP.

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad opera como un límite al poder de la Administración Estatal, a través de la reserva de ley para la regulación del ámbito de libertad ciudadana como principio básico y los derechos fundamentales en general; y como correlato, en garantía de efectividad de esta misma reserva legislativa, la Administración se encuentra obligada a cumplir lo que se ha dispuesto por norma con rango legal, debe quedar claro que el Estado no puede imponer más limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos a las personas que aquellas que las normas con rango de ley le autorizan expresamente.



En este sentido, al no existir norma o dispositivo legal que disponga que todas o algunas de las normas del SNP no resultan aplicables a las personas aseguradas que se reincorporan vía desafiliación, no es posible que la ONP establezca de manera autónoma alguna restricción en contra de aquellas personas y sus derechos legalmente reconocidos.

Es en este marco que encuentra aplicación el principio general del derecho que propugna que “lo favorable se amplia” y lo “desfavorable se restringe” (*odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*). Del mismo modo aquel otro principio constitucional que ordena que en caso de duda se debe estar a favor de la solución que de eficacia al derecho reconocido denominado *pro homine*.

Es por esta razón que la ONP en aplicación del principio de legalidad se encuentra obligada a aplicar en sus propios términos y sin restricción alguna los artículos 80 y 81 del Decreto Ley N° 19990.

ii. Principio de Universalidad Objetiva

No obstante lo señalado, teniendo en cuenta que tanto el Sistema Privado de Pensiones como el Sistema Nacional de Pensiones forman parte de la garantía de la seguridad social¹⁶, en caso de advertirse alguna laguna de regulación expresa o duda que deba resolverse, se deberá acudir a los principios constitucionales que rigen esta disciplina.

Así, en primer lugar se deberá tener presente el principio de universalidad que orienta a la seguridad social y viene consagrado en el artículo 10 de

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencias recaídas en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, Fj. 21 y en el Expediente N° 00014-2007-PI/TC, Fj. 36.



Defensoría del Pueblo

la Constitución Política. Este principio tiene una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. La primera dimensión está referida a los sujetos protegidos y la segunda a los riesgos cubiertos.

Se ha señalado, con relación a la pretensión de universalidad subjetiva, que “[l]a seguridad social no es un patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador, sino que comprende a todas las personas que requieran de un nivel de protección”¹⁷.

Sobre la vocación de universalidad objetiva de la seguridad social se ha precisado que: *“Este principio postula que la seguridad social tiende a alcanzar la eliminación, total o parcial, de todos los daños derivados de una alteración desfavorable del equilibrio entre las necesidades y los ingresos de los individuos independientemente de la naturaleza diversa de los acontecimientos que le dieron origen”*¹⁸.

De esta manera, la seguridad social está llamada constitucionalmente a cubrir a todas las personas por todos los riesgos o contingencias sociales posibles. Obviamente este principio debe ser observado de manera conjunta con el de solidaridad.

Son justamente los fines y principios comunes del SPP y el SNP, en tanto expresión de la garantía institucional de la seguridad social, los que permiten la desafiliación o retorno (“parcial”) del SPP al SNP sin solución de continuidad (es decir sin periodos de no afiliación a uno de ambos sistemas). En este marco, general lo lógico es que la protección de la seguridad social que brindan ambos sistemas, por las mismas contingencias, también se otorgue sin interrupción alguna.

En este sentido, en ausencia de previsión expresa sobre la continuidad y alcances de la cobertura en el marco del retorno o desafiliación del SPP hacia el SNP, debe tenerse por regla general que: la cobertura o protección de la seguridad social es plena y alcanza la totalidad de contingencias cubiertas por cualquiera de los dos sistemas en que decida pensionarse la persona asegurada, en aplicación de la dimensión objetiva del principio de universalidad, salvo que exista disposición expresa en sentido contrario.

iii. Principio de Solidaridad

De manera concordada con el principio de universalidad también encuentra aplicación en el presente caso el principio de solidaridad que sustenta, dentro de otros, la creación de fondos de pensiones bajo el sistema de reparto, en los cuales las prestaciones de la seguridad social no responden únicamente a una lógica de justicia “conmutativa” sino a una justicia “distributiva” propia del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁹.

¹⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Principios de la Seguridad Social”, en *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, pp. 599.

¹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, “Los Principios de la Seguridad Social” en *La Seguridad Social en el Uruguay*, Editorial Fundación de la Cultura Universitaria, Uruguay, Segunda Edición, 1991, p. 37.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el Expediente N° 03358-2013-PA/TC, Fj. 1.

En este sentido, se puede afirmar, sin lugar a dudas, que los fondos de la seguridad social están destinados a proteger los estados de necesidad reconocidos por ley sin limitación expresa alguna, como es el caso de las pensiones devengadas de aquellas personas aseguradas que sin solución de continuidad han retornado del SPP al SNP (es el caso del artículo 81 del decreto Ley N° 19990).

2. La indebida adopción de una segunda posición por parte de la ONP: Las irregularidades del procedimiento de revisión administrativa

En adición a las razones de fondo por las cuales desde la Defensoría del Pueblo se afirma que la decisión originaria de la ONP, sobre los casos analizados, fue la correcta y por ende la segunda es incorrecta, debemos agregar una serie de consideraciones más formales pero no por ello menos importantes, referidas a las irregularidades del procedimiento administrativo incoado para dejar sin efecto la decisión originalmente adoptada, así como el ejercicio indebido de potestades no atribuidas a la ONP.

2.1. La taxatividad de las causales de conservación de los actos administrativos: Desnaturalización de la figura de la enmienda

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) ha regulado de manera sistemática las formas de revisión de oficio de los actos de la Administración Pública clasificándolas en: rectificación de errores materiales y aritméticos (artículo 201), nulidad de oficio (artículo 202) y revocación (artículo 203).

La nulidad en derecho administrativo es la sanción legal o consecuencia jurídica máxima prevista frente a la ocurrencia de un vicio grave o trascendente tasado expresamente por la ley. En este sentido, la LPAG ha previsto en su artículo 10 que:

“Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...)

- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*

Como se puede apreciar del propio numeral 2, el legislador se ha preocupado por aplacar las consecuencias que puede implicar la configuración de una nulidad administrativa. Dicha intención también se evidencia en el artículo 13 de la LPAG al disponerse que:

“La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él”.

“La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario”.





Defensoría del Pueblo

“Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio”.

El artículo 14 de la LPAG, en concordancia con la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 10, regula la “*conservación de los actos*” limitándose expresa y taxativamente a aquellos vicios en los elementos de validez del acto administrativo específicamente referidos a su contenido y motivación²⁰, así como a infracciones a formalidades y documentación no esencial²¹.

Así, la norma prevé puntualmente aquellos vicios de los requisitos de validez de los actos administrativos que son considerados no trascendentes:

“(…) contenido (…) impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación”.

“Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio”.

“(…) motivación insuficiente o parcial”.

En lo que respecta a las formalidades y documentación no esencial se ha previsto expresamente que se consideran:

“formalidades no esenciales del procedimiento (…) aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado”.

Detectadas estas específicas omisiones o defectos la norma dispone que la medida a adoptarse será la enmienda, es decir la operación de retirar o arreglar del defecto advertido, habiendo precisado la doctrina que “(…) *en todos los casos, el sentido de la decisión se preservará, siendo cambiado solamente, aspectos de motivación, precisión de contenido*”.

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa no se ha presentado ninguna de las causas taxativamente previstas por la LPAG para “la conservación del acto” queda claro que la decisión de la ONP de aplicar esta figura carece de asidero legal y por lo tanto resulta una acción arbitraria. Esta situación queda claramente evidenciada cuando la ONP en la parte considerativa de los respectivos actos administrativos omite efectuar la correspondiente subsunción de su acción en la normatividad vigente (falta de motivación).

Aunque parezca redundante la expresión, la finalidad de la figura analizada es justamente conservar el acto administrativo, en puridad su validez y eficacia, y no afectarla; razón por la cual la doctrina nacional es reiterativa al señalar que “(…) *el acto de enmienda no debe modificar el sentido o los alcances de la*

²⁰ Los requisitos de validez vienen establecidos en el artículo 3 de la LPAG.

²¹ Sobre la taxatividad de las causales véase MORÓN URBINA, Ob. Cit., p. 183.



Defensoría del Pueblo

decisión que ha sido tomada por la autoridad administrativa. Si ello ocurriese, nos encontraríamos en realidad ante un vicio que no es susceptible de ser subsanado, lo cual desvirtúa la naturaleza del acto de enmienda²²²³.

De igual modo, la doctrina extranjera ha sido enfática al señalar que “En ningún caso la convalidación de actos anulables puede encubrir en realidad una revisión total o parcial del acto anulable, que no sería lícita tratándose de actos favorables o declarativos de derechos (...)”²⁴.

En el presente caso resulta evidente que la acción de la ONP en lugar de conservar y precisar el mismo sentido del acto convalidándolo ha tenido por fin principal extirpar una parte de aquel por considerarlo ilegal²⁵ y ha procedido a retirar los efectos que ya había producido.

Es así que lo que materialmente ha realizado la ONP es una declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo que reconoce el derecho a percibir una pensión y que a su vez se pronuncia sobre el derecho al pago de pensiones devengadas.

Sin embargo, cabe precisar que para adoptar una medida anulatoria de ese tipo es necesario cumplir con formalidades esenciales como aquella que ordena que la decisión sea tomada por el superior jerárquico de quién expidió el acto, se respeten los plazos de prescripción previstos expresamente por la LPAG para dicho fin y se cautele el derecho de defensa de los pensionistas con la notificación previa del inicio de los procedimientos anulatorios²⁶²⁷²⁸.

Se puede concluir entonces que los actos de supuesta enmienda realizados por la ONP son nulos por contravención al artículo 14 de la LPAG que contiene causales taxativas para la aplicación de dicha medida y eventualmente nulos por no respetar las condiciones señaladas en el párrafo precedente.

2.2. Inembargabilidad de las pensiones como línea de base y la Incompetencia de la ONP para actuar administrativamente en base a normas del derecho civil

i. Inembargabilidad como regla general

Como se ha señalado, el derecho a la pensión es un derecho constitucional de carácter alimentario y en cuanto tal su ejercicio solamente puede ser regulado y limitado por norma con rango ley.

Como línea de base el legislador ha efectuado *ex ante* la debida ponderación entre el derecho de los acreedores de cobrar las deudas a su favor de manera coercitiva o forzosa (mediante el embargo trabado por un órgano que administra justicia a nombre de la nación), y el derecho del

²² GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del Procedimiento Administrativo General*, Pacífico Editores, Lima, 2013, p. 350.

²³ En este mismo sentido, MORÓN *Op. Cit.*, pp. 182-183.

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 567.

²⁵ La doctrina ha precisado que no pueden ser enmendados “(...) los vicios provenientes del objeto, en particular si el mismo es ilegal o imposible” (GUZMÁN NAPURÍ, *Ob. Cit.* p. 350).

²⁶ CORTE SUPREMA, véase la Casación N° 8125-2009-Del Santa, FJ. 11.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia recaída en el Expediente N° 0884-2004-AA/TC, FJ. 3.

²⁸ TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL, Resolución N° 0319-2013-SERVIR/TCS-Segunda Sala, FJ. 18.



Defensoría del Pueblo

deudor de garantizar su procura existencial, estableciendo expresamente en el artículo 648 del Código Procesal Civil que:

“Son inembargables:

(...)

6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley”.

Será sólo por mandato expreso de ley que se podrá establecer otras excepciones a la regla general de inembargabilidad de las pensiones que no superen 5 URP (adicionales a las referidas a deudas alimenticias)²⁹.

ii. Taxatividad de la intervención de la Administración Pública sobre las pensiones: Principio de Legalidad

En el ordenamiento pensionario deben agregarse algunas consideraciones a aquella general de la inembargabilidad.

De modo general, deberá tenerse presente que la gestión del Sistema Nacional de Pensiones recae en una Administración Pública por lo que las actuaciones de este ente estarán sujetas al principio de legalidad y las normas de derecho administrativo general, en todo lo no previsto por las leyes especiales expresamente aplicables.

De manera específica, es pertinente recordar que el artículo 84 del Decreto Ley N° 19990, en adición a la previsión de embargabilidad de las pensiones por deudas alimenticias, ha previsto que:

“Serán también embargables hasta el 60 por ciento para el pago de la reparación civil por delitos contra el patrimonio en agravio del Estado o el que incluye el del Sector Público Nacional. Si concurrieran embargos por ambas causas tendrán prioridad los de alimentos.

En ningún caso se podrá embargar más del 60 por ciento de la pensión”.

En lo que respecta a la facultad de la ONP de retener directamente (es decir, administrativamente) el pago de las prestaciones pensionarias el mismo artículo 84 taxativamente señala que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores y en el cuarto párrafo del Art. 45 Seguro Social del Perú podrá retener hasta el 20

²⁹ Cuando se trata de deudas alimentarias adicionalmente debe hacerse notar que el artículo 84 del Decreto Ley N° 19990 establece un límite más bajo el señalado por el Código Procesal Civil al señalar que las pensiones “serán embargables hasta el 50 por ciento por deudas provenientes de pensiones alimenticias”. Cabe precisar que dicho conflicto normativo no es objeto de análisis en el presente caso.



Defensoría del Pueblo

por ciento de la pensión por adeudos provenientes de prestaciones pagadas en exceso por causas no imputables al pensionista. La retención y los embargos no podrán exceder del 70 por ciento de la pensión.

Seguro Social del Perú descontará del capital de defunción el importe de las pensiones pagadas en exceso al pensionista Fallecido”.

Por su parte, respecto del uso de la denominada “acción coactiva” del Estado, el artículo 45 del Decreto Ley N° 19990 ha previsto que en el caso de que el/la pensionista superase el límite legal previsto para la doble percepción de pensión y remuneración:

“La ONP mediante acción coactiva recuperará las sumas indebidamente cobradas”.

Dicho artículo precisa que:

“Para tal caso pueden también ser compensadas las sumas que se le adeudare (...), reteniendo una suma igual al sesenta por ciento (60%) de las pensiones que pudieran corresponder al pensionista cuando cese en el trabajo, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente”.

En este sentido, se puede evidenciar que las normas pensionarias solamente permiten hasta tres tipos de intervenciones o retenciones sobre las pensiones muy puntuales: *Vía admisión general de medidas de embargo; Vía retención o descuento directo (administrativo) en dos supuestos de hecho; y Vía acción coactiva (ejecución coactiva).*

2.3. Contenido de la Ley N° 28110 y los conceptos de pagos indebidos y pagos en exceso. Ausencia de competencia de la ONP

i. Contenido de la Ley N° 28110: limitación de los descuentos directos

Es en el marco de estas únicas facultades conferidas a la ONP que el artículo único de la Ley N° 28110 ha precisado que:

“La Oficina de Normalización Previsional (...) se encuentra[n] prohibida[s] de efectuar retenciones, descuentos, recortes u otras medidas similares derivados de pagos en exceso, a las prestaciones económicas definitivas generadas por derecho propio, derivado e invalidez luego de transcurrido un (1) año contado a partir de su otorgamiento.

Las únicas excepciones admisibles serán aquellas que se realicen por mandato judicial o con la autorización del pensionista”.

Se puede evidenciar que las medidas de retención directa para el recupero de pagos “en exceso” que efectúe la administración pensionaria necesariamente deberán realizarse en plazo máximo de un año, vencido



Defensoría del Pueblo

el cual solamente podrán efectivizarse por medio de mandato judicial o con autorización del pensionista.

No obstante la claridad del marco normativo reseñado, en el caso objeto de análisis, la ONP justifica la retención que viene efectuando en la figura del "pago indebido"³⁰ prevista en el Código Civil, precisando que la misma se encuentra sometida a un plazo de prescripción de 5 años, el cual puede ser invocado solamente a instancia de los/as administrados/as, no siendo aplicable por tanto la Ley N° 28110, prevista solamente para la figura de los "pagos en exceso".

ii. **Principio de atribución expresa de competencias: La ONP no tiene atribuida la competencia de retención por conceptos de pagos indebidos contemplados en el Código Civil**

Es menester recordar que en el ámbito del derecho administrativo el principio de legalidad subsume el principio de atribución expresa³¹ de facultades y competencias³², en virtud del cual *"Las autoridades administrativas deben actuar (...) dentro de las facultades que le estén atribuidas (...)"*³³.

En este sentido, al no haberse establecido normativamente que la figura del "pago indebido" prevista por el Código Civil para la regulación de las relaciones sujetas al derecho privado es aplicable en el ámbito del derecho público y menos aún que la ONP se encuentra facultada a efectuar retenciones, recortes o descuentos por dichos conceptos, cualquier operación en ese sentido resulta totalmente arbitraria.

De acuerdo a lo señalado, el único camino para viabilizar la aplicación coercitiva del marco normativo civil en el ámbito de la Administración Pública es a través del planteamiento de la correspondiente acción civil ante Poder Judicial o lograr el compromiso voluntario y debidamente informado de la persona supuestamente deudora.

En este sentido, resulta útil mencionar que a propósito de numerosos intentos por parte de las administraciones públicas de efectuar retenciones a las remuneraciones de los trabajadores estatales por concepto de una supuesta responsabilidad pecuniaria (o civil), el Tribunal del Servicio Civil ha negado tal posibilidad al Estado³⁴.

³⁰ Debe notarse que a pesar que la ONP efectúa la distinción teórica entre los "pagos en exceso" y los "pagos indebidos", en las notificaciones que comunica los descuentos efectuados en virtud de supuestos "pagos indebidos" señala que su accionar se encuentra limitado al 20% del monto de la pensión conforme a lo previsto en el artículo 84 del Decreto Ley N° 19990, el cual se refiere expresamente a los "pagos en exceso" y no a los "pagos indebidos" (véase por todas la Notificación de fecha 25.02.2015 recaída en el Expediente N° 11100405708).

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencias recaídas en los Expedientes N° 135-96-AA/TC, FJ. 2., N° 4027-2009-PA/TC Fj. 3 y N° 2002-2006-PC/TC, Fj. 23.

³² MORÓN URBINA, Op. Cit., p. 64, 66 y 338. GUZMÁN NAPURÍ, Ob. Cit. p. 187.

³³ Artículo IV, 3 y 61 de la LPAG.

³⁴ TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL, por todas ver la Resolución N° 01753-2014-SERVIR-TSC-Segunda Sala, FJ. 12-14.



Defensoría del Pueblo

iii. **No existe conexión entre los conceptos doctrinarios asimilados a la figura del pago indebido contemplada en el Código Civil y la figuras nominalmente equiparables del Sistema Nacional de Pensiones**

Es necesario efectuar algunas diferenciaciones en la materia. El cobro (pago) indebido y el pago en exceso son reconocidos expresamente en la legislación pensionaria en supuestos de hecho específicos, mientras que en el Código civil solamente se reconoce al pago indebido, siendo que la figura del pago en exceso es solo una construcción doctrinaria que pretende contribuir a la clasificación de las modalidades del primero.

En segundo lugar, mientras que los conceptos civiles responden a una disquisición doctrinal, en la legislación pensionaria no se evidencia una diferenciación conceptual entre ambas figuras.

En tercer lugar, los efectos aparejados por el Código civil a ambos conceptos son los mismos en tanto el pago indebido (que es la única figura positivamente reconocida) es el género y el pago en exceso es la especie. Por su parte, los efectos aparejados a cada una de las figuras previstas en la legislación pensionaria han sido tasados de manera específica y diversa según sea el caso.

Así, debe notarse que cuando el artículo 45 del Decreto Ley N° 19990 se refiere expresamente a sumas “indebidamente cobradas”³⁵ por el/la pensionista que supera el límite legal previsto para la doble percepción de pensión y remuneración, la autorización para el descuento directo tiene un tratamiento especial pues aquella recién se puede aplicar hasta un 60% sobre las pensiones que pudieran corresponder al pensionista recién cuando cesa en el trabajo.

iv. **Aparente incoherencia en las definiciones operativas fijadas por la ONP y la solución final adoptada en el presente caso**

El denominado “Procedimiento de Determinación, Recupero y Castigo de Pagos Indevidos”, del 26 de agosto de 2013, publicado en la página web de la ONP, en su numeral 7.3.1 al regular “los pagos en exceso” considera que:

“Constituye pagos en exceso cuando:

- Se paga un monto mayor de pensión o devengados como consecuencia de una recalificación de la pensión (modificación de años de aportación, monto de pensión, fecha de inicio de pensión entre otras variables)”.

Puede notarse que la única diferencia de este “supuesto fáctico” previsto por la ONP en el año 2013 con el caso analizado en el presente informe es que la operación que ha realizado formalmente la ONP no es una “recalificación” (sino una enmienda). Salvo dicho factor, de acuerdo a la

³⁵ Nótese que la alusión a unos “cobros indebidos” es utilizada, por ejemplo, en la Resolución N° 4891-2015-ONP/DPR/DL 19990 de la Dirección de Producción de la ONP (Expediente N° 11100471407) justamente para referirse a los “pagos indebidos”.



Defensoría del Pueblo

concepción pre establecida de la ONP, el sobrepago de devengados originado por una modificación en la fecha de inicio de pensión sería un pago en exceso.

En este mismo sentido, el "Procedimiento de Aplicación de la Ley N° 28110" aprobado por Resolución de gerencia General N° 015-2004-GG/ONP, al referirse a los pagos en exceso (numeral 5.2.2. B) señala que:

"Entre estos supuestos tenemos:

(...)

3° Deudas generadas como consecuencia de una recalificación de la pensión, que implique variación de la fecha de inicio de pensión".

Finalmente, el aludido Procedimiento del año 2013, en lo que respecta a los "pagos indebidos", y a pesar de realizar una diferenciación formal respecto de los "pagos en exceso", al normar el "recupero de deudas" (numeral 7.4.1) se limita a señalar que:

"El proceso de recupero de deuda por pagos indebidos, se registrará de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo Séptimo del Título II de la Sección Segunda del Libro del Código Civil, relacionado con el pago indebido, artículo 1267 y siguientes, y demás normas que resulten aplicables".



2.4. Criterio histórico y criterio finalista en la aplicación de la Ley N° 28110

La citada Ley N° 28110 tiene su antecedente directo en el Proyecto de Ley N° 495/2001-CR, cuyo fin fue "aclarar" (más bien recordar) que la ONP en tanto entidad pública estaba sometida al principio de legalidad y debía respetar los procedimientos y plazos administrativos que venía inobservando constantemente, al disponer sin límite temporal sendos descuentos directos a los pensionistas por supuestos pagos realizados de manera indebida.

Así, en el proyecto se recordaba que la facultad para revisar de oficio los actos administrativos que reconocen beneficios (como las pensiones), vía declaración de nulidad, está sujeta a un plazo de prescripción, transcurrido el cual, dicha pretensión, solo podrá ser lograda a través del recurso en la vía judicial.

Se afirmaba que la intención era brindar seguridad jurídica a los pensionistas pero a su vez se abría la posibilidad para que vía asentimiento de los mismos se habilitara a la ONP para proceder al "recupero" directo de la deuda fuera de los plazos administrativos.

De esta manera es que el plazo de 1 año consignado en la Ley N° 28110 no es otro que el plazo de 1 año consignado por el artículo 202 de la LPAG que establece que:

"203.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.



Defensoría del Pueblo

203.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo (...) (subrayado agregado).

En este marco, la discusión sobre la forma en que este supuesto de prescripción debe ser aplicado en sede administrativa (es decir, a pedido de parte o de oficio) carece de objeto, ya que este aspecto en particular ha sido regulado de manera expresa por el legislador, de tal manera que por imperio de la ley: vencido el plazo de prescripción de 01 año para declarar la nulidad de oficio la Administración "sólo" podrá realizar la acción de demandar la nulidad de sus actos ante el Poder Judicial.

En este marco, toda forma de descuento directo por parte de la ONP que sea producto de la declaración de nulidad de un acto administrativo, cualquiera sea la nomenclatura que se le quiera aparejar, no puede exceder del año del otorgamiento del beneficio.

El incumplimiento de estas normas supone un comportamiento antijurídico y por lo tanto pasible de responsabilidad.

2.5. Derecho de defensa en procedimientos iniciados de oficio



La discusión sobre la posibilidad de que la Administración Pública aplique de oficio o no la prescripción de determinadas acciones deviene en inoficiosa en algunos casos si se tiene en cuenta el principio de eficiencia³⁶ para el diseño de procedimientos administrativos y lo dispuesto por el artículo 104 de la LPAG para el inicio de procedimientos de oficio.

En el caso específico de los procedimientos que son iniciados de oficio, y especialmente aquellos que tienen implicancias desfavorables para los administrados, como en los que se pretenden imputar y cobrar supuestas deudas, el inciso 5 del artículo 55 de la LPAG reconoce el derecho de los/as administrados/as a ser informados sobre *su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación*. Este mismo derecho es regulado en similares términos en clave de secuencia de actos procesales en el artículo 104.

En este marco, al inicio de todo procedimiento de oficio que esté vinculado a plazos de prescripción, y específicamente, en aquellos en que expresamente no se exige participación de abogado defensor³⁷ y tienen por público objetivo a personas adultas mayores, debe notificarse la existencia de dichos plazos, otorgándose la oportunidad de ejercer el derecho a oponerlos.

Esto además generará eficiencia en la Administración Pública evitándose la innecesaria y onerosa prosecución de procedimientos e impugnaciones que finalmente corresponden ser resueltos en función a una muy probable pretensión ciudadana de prescripción.

³⁶ Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Artículo II.2.

³⁷ Reglamento del Decreto Ley N° 19990, artículo 70.



Defensoría del Pueblo

III. Conclusiones

En atención a lo expuesto concluimos que:

3.1. La decisión original adoptada por la ONP en el caso analizado fue la correcta debido a que:

- i. Ni el derecho a la pensión, ni el derecho a la prestación, ni el derecho a los devengados regulados por el Decreto Ley N° 19990 han sido modificados o limitados por norma alguna. Por lo que no pueden ser objeto de interpretación restrictiva alguna.
- ii. Los aspectos directamente vinculados al contenido de derechos fundamentales que, a criterio del operador jurídico, puedan presentar cierta incertidumbre o duda, debido a una supuesta ausencia de regulación expresa, deben ser resueltos de acuerdo con los principios generales del derecho y los principios propios de la materia.
- iii. El principio general *de ampliar lo favorable y restringir lo perjudicial* y el principio constitucional *“pro homine”* impiden que en ausencia de una regulación expresa en sentido limitativo la ONP determine en vía de interpretación la existencia de una regla restrictiva de derechos.
- iv. El cumplimiento del principio de legalidad que rige la función administrativa del Estado estipulado en los artículos 80 y 81 del Decreto Ley N° 19990, debe darse estricto cumplimiento sin más restricciones que las que fluyan expresamente de norma con rango de ley.
- v. El principio de la seguridad social de universalidad objetiva determina la continuidad en la protección que aquella otorga, a través de las prestaciones señaladas por ley, cuando no ha existido ruptura de continuidad en la afiliación en cualquiera de sus diversos subsistemas.
- vi. En lo que respecta a la efectividad de las resoluciones administrativas de la SBS que declaran la desafiliación, el artículo 1 de la Ley N° 28991 y su norma reglamentaria de desarrollo prescriben que la desafiliación se hace efectiva al momento de presentación de la solicitud que inicia el trámite, fecha en la cual debe cumplirse el requisito de años de cotización para tener derecho a pensión en el sistema nacional de pensiones. Su naturaleza es, en consecuencia declarativa.

3.1. La segunda decisión emitida por la ONP es irregular pues:

- i. La supuesta acción de “enmienda” aplicada por la ONP no es subsumible en los supuestos de vicios no trascendentes tasados en el artículo 14° de la LPAG, en tal virtud las resoluciones de “enmienda” adolecen de vicios graves de nulidad. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la “eliminación de parte del contenido” de un acto administrativo declarativo de derechos (como es el reconocimiento de pensiones devengadas) no es compatible con la figura de la “enmienda”, la cual justamente busca “conservar” su validez y eficacia plena.





Defensoría del Pueblo

- ii. De acuerdo a lo estipulado expresamente por la LPAG, el inicio de oficio de todo procedimiento administrativo debe ser notificado de manera previa a quien se pueda ver afectado/a con el mismo, conteniendo, dentro de otros, la indicación de los derechos que le asisten, como el de solicitar la prescripción de los plazos, máxime si están dirigidos a un público adulto mayor y se ha dispuesto normativamente que la defensa no es cautiva. El cumplimiento de este deber no se ha verificado en ninguna de las fases del procedimiento seguido por la ONP, la que ha procedido simplemente a notificar sus decisiones finales.
- iii. Las figuras de los pagos en exceso y cobros indebidos han sido regulados expresamente por el Decreto Ley N° 19990 en supuestos de hecho específicos a los cuales se les ha aparejado consecuencias jurídicas claramente diferenciadas, razón por la cual en virtud del principio de legalidad y el sub principio de atribución expresa de competencias, no es posible que la ONP, como en el caso bajo análisis, se irroque la potestad de ejercer directa y coercitivamente el pago de acreencias sustentadas en normas contenidas en el Código Civil, al encontrarse fuera de su ámbito competencial.
- iv. La Ley N° 28110 en cuanto protege derechos es posible de ser interpretada extensivamente. En este sentido, al realizar su aplicación deberá tenerse presente que la misma es una norma aclaratoria que recuerda que las actividades limitativas de derechos se sujetan al principio de legalidad, específicamente a plazos, cuyo transcurso en algunos casos impide *ex lege* el ejercicio de la actividad anulatoria en la vía administrativa.

En este sentido, cuando la ONP advirtió la existencia de una causal de nulidad pero, a su vez, que había prescrito su facultad de declararla nula administrativamente, debería haber concurrido ante el órgano encargado de administrar justicia, y no proceder al descuento directo del monto reclamado.

III. Recomendaciones

Por lo expuesto, en virtud de la facultad conferida por el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo resulta pertinente **RECOMENDAR:**

A la Oficina de Normalización Previsional

- DECLARAR la nulidad de las resoluciones de enmienda, la cuales fueron emitidas para variar el criterio de fecha de inicio de pensión y procedencia de pago de pensiones devengadas, en los casos de pensionistas que han tenido un antecedente de desafiliación según Ley N° 28991;
- DECLARAR la nulidad de toda resolución (decisión) administrativa que establezca la fecha de inicio de pensión, y procedencia de pago de pensiones devengadas, en función a la fecha de emisión de la resolución que declara la desafiliación;



Defensoría del Pueblo

- DECLARAR la nulidad de los convenios de pago y fraccionamiento elaborados y suscritos por la ONP, sobre la base de las resoluciones de enmienda cuya nulidad ha sido materia de nuestra recomendación.
- RECONOCER el derecho al pago de las pensiones devengadas en estricta aplicación de los artículos 80 y 81 del Decreto Ley N° 19990, en este caso especialmente el de aquellas personas que hayan logrado su desafiliación según Ley N° 28991, y cuya manifestación de voluntad supone el ejercicio de su derecho fundamental de libre acceso a las prestaciones pensionarias.
- PROCEDER a la devolución y/o reintegro efectivo de las sumas de dinero indebidamente descontadas y/o no pagadas a los/las pensionistas afectados con la aplicación del criterio de fecha de inicio de pensión que se cuestiona en el presente informe.
- PRECISAR en el documento interno denominado "Procedimiento de Determinación, Recupero y Castigo de Pagos Indevidos" que para el ejercicio coercitivo de cobros indevidos según las normas del Código Civil debe necesariamente acudir ante el Poder Judicial en vía de demanda.
- INCORPORAR en la regulación interna de aquellos procedimientos administrativos que se inician de oficio (incluyendo el Procedimiento de Determinación, Recupero y Castigo de Pagos Indevidos, destinados a determinar supuestos cobros indevidos en base a normas del Código civil), así como los destinados a declarar una nulidad de oficio, la notificación inicial a que hacen referencia el artículo 104 de la Ley N° 27444 y los precedentes vinculantes contenidos en la Casación N° 8125-2009-Del Santa.

A la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

- INCLUIR en las resoluciones que declaran la desafiliación al Sistema Privado de Pensiones una disposición sobre la eficacia anticipada de las mismas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la LPAG.

Asimismo, es necesario **EXHORTAR** a la Oficina de Normalización Previsional al cumplimiento de las normas dadas por el legislador a favor de la ciudadanía en garantía del principio constitucional de seguridad jurídica, como aquellas que prevén plazos de prescripción para la consolidación de las situaciones jurídicas; sobre todo en aquellos casos en que se ha obrado de buena fe; y,

Finalmente, es pertinente **RECORDAR** a la Oficina de Normalización Previsional que en tanto Administración Pública se encuentra sujeta al principio de legalidad, estando vedado el control difuso de constitucionalidad de las normas, el cual está reservado a los órganos jurisdiccionales.

Lima, 12 de febrero de 2016



Eugenia Fernán - Zegarra
EUGENIA FERNÁN - ZEGARRA
Defensora Adjunta para la Administración Estatal (e)
Defensoría del Pueblo

JAOD