RESOLUCIÓN N° 000000 1095 -2016-ONP/TAP

EXPEDIENTE	:	**00900040307**
PROCEDENCIA	:	**ANCASH**
ADMINISTRADO	:	**WILLIAM VIVANCO SANEZ**
BENEFICIARIA	:	**BETTY DOMINGUEZ TAFUR**
APELACIÓN	:	**DECRETO LEY N° 19990**
SUMILLA	:	***Se declara fundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 0000045688-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 18 de agosto de 2016, otorgando la pensión de viudez a partir del 24 de noviembre de 2012, al haberse acreditado el vínculo de conviviente con la declaración de unión de hecho.***

Asimismo, se aprueba un precedente administrativo de observancia obligatoria de conformidad con el numeral 1 del artículo VI de la Ley N° 27444, el artículo 8° del Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional aprobado por Decreto Supremo N° 385-2015-EF y el literal f) del artículo 20.b del Reglamento de Organización y Funciones del Tribunal Administrativo Previsional aprobado por Decreto Supremo N° 258-2014-EF, mediante el cual se establece que el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 debe interpretarse en los siguientes términos:

"Tienen derecho a pensión de viudez, en los términos del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, el integrante sobreviviente de la unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal".

Lima, 25 de octubre de 2016

I. ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2016, doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** solicitó a la Oficina de Normalización Previsional que se le otorgue pensión de viudez, al haber demostrado el vínculo de convivencia mediante sentencia judicial de unión de hecho con su causante don WILLIAM VIVANCO SANEZ, cuyo fallecimiento se produjo el 24 de noviembre de 2012,

para lo cual presentó copia certificada de acta de defunción, Resolución N° 6 expedida por el Décimo Sétimo Juzgado de Familia de Lima del expediente N° 13671-2014 y la constancia inscripción de personal de reconocimiento de unión de hecho en el registro personal de la Zona Registral N° IX- Sede Lima, Oficina Registral Lima.

La Oficina de Normalización Previsional, mediante Resolución N° 0000045688-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 de fecha 18 de agosto de 2016, denegó la pensión de viudez a doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR**, al no haber acreditado vínculo matrimonial con el causante don WILLIAM VIVANCO SANEZ, no cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990.

Con fecha 14 de setiembre de 2016, la recurrente interpuso recurso de apelación, manifestando su disconformidad con lo resuelto en la resolución impugnada, señalando habérsele reconocido judicialmente la unión de hecho con don WILLIAM VIVANCO SANEZ, a través de la declaración judicial de unión de hecho, Sentencia N° 6 de fecha 11 de marzo de 2016, recaída en el expediente N° 13671-2014, emitida por el Décimo Sétimo Juzgado de Familia de Lima, que sustituye o reemplaza la partida de matrimonio y adquiriendo todos los derechos que como cónyuge le corresponde. Ampara su derecho en el artículo 5° de la Constitución Política del Perú y el artículo 326° del Código Civil.

II. ASPECTOS CENTRALES DE LA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado con fecha 14 de setiembre de 2016, doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** interpuso el recurso de apelación contra la Resolución N° 0000045688-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 18 de agosto de 2016, alegando lo siguiente:

a) Sostiene que mediante la sentencia expedida por el Décimo Sétimo Juzgado de Familia de Lima, ha demostrado la unión de hecho con don WILLIAM VIVANCO SANEZ.

b) Agrega que la sentencia judicial al tener la calidad de documento público sustituye o reemplaza la partida de matrimonio que exige la normativa previsional.

c) Por tal motivo, al haber cumplido con el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 le corresponde el otorgamiento de la pensión de viudez.

III. COMPETENCIA

Mediante el Decreto Ley N° 25967 modificado por la Ley N° 26323, se crea la Oficina de Normalización Previsional (ONP), reestructurada integralmente a través de la Ley N° 28532, reglamentada a través del Decreto Supremo N° 118-2006-EF, siendo definida como un Organismo Técnico Especializado del Sector de Economía y Finanzas, que tiene a su cargo la administración del Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como del Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del

Decreto Ley N° 18846, de la Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros Ley N° 30003; y otros regímenes previsionales a cargo del Estado, que le sean encargados conforme a ley.
A través de la Octogésima Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014 - Ley N° 30114, se crea el Tribunal Administrativo Previsional en la estructura administrativa de la Oficina de Normalización Previsional; y mediante el Decreto Supremo N° 258-2014-EF, se dispone la modificación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Oficina de Normalización Previsional aprobado con Resolución Ministerial N° 174-2013-EF/10, incorporándose en el Capítulo III-A del Título II, los artículos 20a, 20b, 20c, 20d y 20e que define las competencias y funciones del Tribunal Administrativo Previsional.

Por medio del Decreto Supremo N° 385-2015-EF se aprueba el Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional como órgano resolutivo de funcionamiento permanente, con competencia de alcance nacional, encargado de resolver en última instancia administrativa las controversias que versen sobre los derechos y obligaciones previsionales a cargo del Estado de los Decretos Ley N° 18846, N° 19990, N° 20530 y la Ley N° 30003, así como otros regímenes previsionales a cargo del Estado que sean administrados por la Oficina de Normalización Previsional.

Al respecto, en el artículo 9° de dicho reglamento se establece que mediante el recurso de apelación se impugnan los actos administrativos de la entidad que resolvió sobre derechos y obligaciones previsionales, y que hayan puesto fin a la primera instancia administrativa, siempre que se sustente en diferente interpretación de las pruebas o se trate de cuestiones de puro derecho.

IV. DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El artículo 209° de la Ley N° 27444[1] señala que: *"El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".*

En el mismo sentido, el artículo 9° del Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, aprobado con Decreto Supremo N° 385-2015-EF indica que: *"Mediante el recurso de apelación se impugnan los actos administrativos de la Entidad que resolvió sobre derechos y obligaciones previsionales, y que hayan puesto fin a la primera instancia administrativa; siempre que se sustente en diferente interpretación de las pruebas o se trate de cuestiones de puro derecho".*

Al respecto, el recurso interpuesto por doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** cumple con los requisitos establecidos por ley[2], por lo que, el acto emitido por la primera instancia será

[1] Perú. Ley n. 27444: 10-04-2001 : Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 10 de abril de 2001, vigente desde el 11 de octubre de 2001.

[2] Perú. Decreto Supremo n. 385-2015-EF : 23-12-2015: Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de diciembre de 2015.

revisado por esta instancia superior, la cual evaluará las pruebas actuadas o la interpretación jurídica del derecho previsional materia de impugnación.

V. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL DERECHO A LA PENSIÓN

Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que la noción sobre seguridad social abarca el conjunto de normas jurídicas rectoras de las actividades realizadas en la sociedad, en función del otorgamiento de las prestaciones de seguridad social.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 10°, ampara este derecho en los términos siguientes: *"El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de la calidad de vida"*.

Para efectos previsionales la jubilación es el derecho que le asiste a toda persona de dejar de ejercer una actividad remunerada y retirarse del mercado de trabajo por razones de invalidez, vejez o por su propia voluntad, percibiendo una renta vitalicia sustitutoria de la que percibía durante su vida laboral. Comporta la jubilación un estado personal (edad) y un ingreso especial (pensión)[3].

Según el artículo 11° de la Norma Fundamental[4], el Estado garantiza el libre acceso a la pensión; asimismo, el principio de integralidad de la seguridad social establece que las prestaciones en dinero o en especie deberían cubrir la totalidad de los infortunios humanos de manera suficiente, oportuna y completa, para ser consideradas eficaces.

"Artículo 10.- Requisitos de admisibilidad del recurso de apelación
El recurso de apelación debe ser dirigido al Tribunal Administrativo Previsional, y deberá cumplir con los siguientes requisitos:
(...)
2. Identificación del impugnante, sea el titular del derecho y/o beneficiario, debiendo consignar su nombre y apellidos completos, domicilio y número de documento nacional de identidad o carné de extranjería. En caso de actuación mediante representante, se acompañará el poder respectivo;
3. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita;
4. Las pruebas instrumentales que el impugnante estime pertinentes, enumeradas correlativamente;
5. La firma del impugnante sea titular y/o beneficiario; o del apoderado. No se requiere que el recurso esté autorizado por abogado;
6. Copia simple del escrito y sus recaudos, salvo que el acto impugnado haya sido emitido por la Oficina de Normalización Previsional".

[3] Fajardo Cribillero, Martín. *Derecho de la Seguridad Social (doctrina)*. 2da ed. Lima: 1985. pp. 135.

[4] Perú. Constitución: 29-12-1993 : Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, vigente a partir del 31 de diciembre de 1993.

"Artículo 11°.- 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".

El derecho previsional público otorga una prestación económica a través del pago de una pensión de manera mensual, que es otorgada a los administrados o sus beneficiarios luego de cumplir con los requisitos establecidos por Ley, pudiendo ser de derecho propio (jubilación, cesantía e invalidez) o derivado (viudez, orfandad y ascendientes).

Mediante sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01417-2005-PA/TC, sobre la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el fundamento jurídico 36 señala: *"El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11°) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad".*

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 37 de la citada sentencia, desarrolló criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia pensionaria, los que han sido declarados como precedentes vinculantes, señalando los siguientes:

> *"a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, 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 Sistema Nacional de Pensiones. (...).*
> *b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. (...)".*

El 1 de mayo de 1973, mediante el Decreto Ley N° 19990, se creó el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, en reemplazo de los sistemas de pensiones de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares; es un sistema de reparto, que opera como un fondo de pensiones público, en el que las contribuciones que realizan los trabajadores activos se utilizan para pagar las pensiones de quienes están jubilados en el momento presente, y cuando estos trabajadores en actividad se jubilen, sus pensiones serán pagadas con las cotizaciones de quienes están trabajando en ese momento; este sistema está asociado con la idea de solidaridad colectiva. El derecho a la pensión de jubilación se determina sobre la base de los criterios de la edad del trabajador y sus años de aportaciones realizados durante su periodo laboral.

VI. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La cuestión controvertida a resolver en el presente caso es la siguiente:

> Determinar si la recurrente tiene derecho a que se le otorgue pensión de viudez en su condición de conviviente *supérstite*, dentro de los alcances del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990.

VII. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Cuestiones preliminares

Teniendo en cuenta lo alegado por la administrada en su recurso de apelación y la respuesta de la primera instancia respecto de la solicitud de otorgamiento de pensión de viudez, este Colegiado evaluará la cuestión controvertida, vale decir si procede otorgar la pensión de viudez con la sentencia judicial de declaración de unión de hecho, tomando en consideración como marco de análisis los lineamientos jurisprudenciales adoptados por los órganos judiciales en materia previsional y la normatividad legal vigente, que incluye naturalmente la Constitución Política del Perú.

Para estos efectos este Tribunal considera que son tres los pilares fundamentales a partir de los cuales se debe iniciar cualquier estudio sobre los alcances del derecho a una pensión de sobrevivientes y específicamente a una pensión de viudez. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)[5] reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida de que éstas no afecten el principio de no discriminación.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales[6].

Por último, en este correlato de conceptos se señala que se entiende por unión de hecho la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho[7].

Los institutos antes enunciados tienen reconocimiento en la Constitución Política del Perú la que consagra: "*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...)*". Asimismo, reconoce la existencia del concubinato como una situación de hecho social que merece tutela del Estado al señalar: *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".*

De lo expuesto, se aprecia que el Estado garantiza la protección del ***núcleo familiar*** promoviendo el ***matrimonio*** y reconociendo la ***unión de hecho***, en tanto estas últimas son

[5] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

[6] Perú. Decreto Legislativo n. 295: 24-07-1984 : Código Civil. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de 1984.

[7] Perú. Constitución: 29-12-1993 : Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 1993, vigente a partir del 31 de diciembre de 1993.

instituciones que regulan desde perspectivas particulares la unión de un varón y una mujer que en el ejercicio de su libertad, deciden establecer vida en común y el cumplimiento de ciertos fines dentro de la sociedad, tanto de contenido patrimonial como de índole personal.

El Sistema Nacional de Pensiones, creado mediante el Decreto Ley N° 19990, y su evolución en el marco constitucional

La Constitución Política del Perú de 1933, en su artículo 51° declaraba: ***"El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley".*** En dicho contexto no existía regulación alguna respecto al reconocimiento de las uniones de hecho; es más, el artículo 1°, de la Ley N° 8305, que aprobó el Código Civil de 1936, señaló con énfasis: *"Autorízase al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la "Comisión Reformadora del Código Civil", introduciendo las reformas que estime convenientes de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente, pero manteniendo inalterables en dicho Código las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes N°s. 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931".*

Es así que durante la vigencia del antes citado marco constitucional y del derecho civil, se promulgó el Decreto Ley N° 19990, creando el Sistema Nacional de Pensiones con el fin de asegurar la protección y bienestar de la comunidad para su acceso a la seguridad social, contemplando como un requisito de obligatorio cumplimiento para el acceso a la pensión de viudez, acreditar la condición de cónyuge; situación jurídica que, tal como se ha descrito, nace con el matrimonio.

Con la Constitución de 1979 se consagra el rol de Estado en la protección del matrimonio y la familia como una sociedad natural e institución fundamental de la Nación, señalando que las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley; asimismo, innova en su artículo 9° incorporando la figura jurídica de unión de hecho en los siguientes términos: "*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".*

Posteriormente, a partir de la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, se recoge la protección de los Derechos Sociales y Económicos consagrando en el artículo 4° la protección a la familia y la promoción del matrimonio, agregando en su artículo 5°, respecto del concubinato que: *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".*

Sin lugar a dudas, la protección del Estado a la familia es transversal y ha sido uniforme en el tiempo; asimismo, el Estado promueve el matrimonio en tanto es, por excelencia, la institución que da punto de partida al surgimiento de la familia, sin embargo, las normas constitucionales no han sido ajenas al reconocimiento progresivo de la existencia en la realidad de otra clase de unión, que por sus características similares a las del matrimonio merecen tutela, es así que el **reconocimiento** de la unión de hecho tiene una regulación

expresa a partir de la Constitución de 1979, manteniéndose esta visión en la Constitución Política de 1993.

A nivel normativo, la protección a las uniones de hecho ha sido progresiva pero consistente en el tiempo. Ello se evidencia al evaluar las normas relativas a la seguridad social en el Perú, no solamente en materia previsional, es decir en el marco del derecho a la pensión, sino también en lo que respecta al derecho fundamental a la salud.

En lo referido a la seguridad previsional privada, es de apreciar que mediante el Decreto Ley N° 25897[8] se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), que permite a los miembros de las familias de sus afiliados con derecho a pensión, percibir una pensión de sobrevivencia acreditando la condición de cónyuge o concubino.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha evidenciado que se debe considerar el mismo tratamiento a los beneficiarios del Sistema Privado de Pensiones con los del Sistema Nacional de Pensiones (Sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC). Se basa en que no pueden existir diferencias entre los sistemas de pensiones generales, dentro del sistema pensionario peruano. A una misma situación no puede dársele trato diferenciado en atención al *principio-derecho de igualdad.*

Cabe señalar que el sistema pensionario peruano debe entenderse como una unidad constituida por dos sistemas previsionales principales como son: el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. En ese orden de ideas, la coexistencia de dos sistemas pensionarios en el país implica una garantía de protección para el ejercicio de la seguridad social, por ende, se debe procurar establecer prestaciones similares.

Por su parte, la Ley N° 26790[9], *"Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud"* señala que: *"Son derechohabientes del cónyuge o el concubino a quienes se refiere el artículo 326 del código civil, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios(...)".*

En la misma línea, la Ley N° 30003[10], *"Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores y pensionistas pesqueros"* garantiza una pensión de sobrevivientes en el Régimen Especial Pesquero al cónyuge o conviviente, cumpliendo los requisitos correspondientes para el acceso a una prestación.

Por último, a partir de la Ley N° 29451, *"Ley que modifica el Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones de la seguridad social, y establece el régimen especial de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho"*, se garantiza mediante la incorporación

[8] Perú, Decreto Ley n. 25897 : 28-11-1992: Crean el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 6 de diciembre de 1992, vigente a partir del 7 de diciembre de 1992.

[9] Perú, Ley n. 26790: 15-05-1997 : Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 17 de mayo de 1997, vigente a partir del 18 de mayo de 1997.

[10] Perú. Ley n. 30003 : 21-03-2013: Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 22 de marzo de 2013, vigente a partir del 23 de marzo de 2013.

del artículo 84-A del Decreto Ley N° 19990[11], el acceso a una pensión de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho, cuando existen aportaciones realizadas por ambos miembros al Sistema Nacional de Pensiones.

De lo expuesto se puede concluir preliminarmente, que si bien en los diversos ámbitos previsionales y de prestaciones de salud la orientación es de incorporar en el ámbito de aplicación subjetivo a los convivientes incluso cuando se regula la pensión de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho, dentro del Sistema Nacional de Pensiones se advierte que la protección respecto a la pensión de viudez en el caso de las uniones de hecho no sigue el mismo tratamiento.

Se puede apreciar en el siguiente diagrama el desarrollo de: *a) las normas constitucionales en el tiempo, b) la protección a la familia y la promoción del matrimonio, c) el reconocimiento de la unión de hecho; y d) las normas que regulan el acceso a la Seguridad Social en materia de salud y pensionaria.* Es ineludible advertir que el origen del Decreto Ley N° 19990 es anterior al reconocimiento constitucional de la unión de hecho; en contrario, el conjunto de normas surgidas a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 sí contemplan la protección de las uniones de hecho; es así que exigir el requisito de matrimonio entre el causante y la derechohabiente se puede calificar como una aplicación anacrónica de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

[11] Perú. Ley n. 29451 : 19-11-2009: Ley que modifica el Decreto Ley Nº 19990, Sistema Nacional de Pensiones de la seguridad social, y establece el régimen especial de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de noviembre de 2009, vigente a partir del 21 de noviembre de 2009.

"Artículo 84-A.- Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho

1. Créase el Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho, para las sociedades conyugales o uniones de hecho, cuyos miembros, mayores de sesenta y cinco (65) años de edad, con más de diez (10) años de relación conyugal o convivencia permanente y estable y que no perciban pensión de jubilación alguna, acrediten aportaciones conjuntas al Sistema Nacional de Pensiones por un período no menor de veinte (20) años y cumplan con los requisitos señalados en la presente Ley.
2. La pensión especial de jubilación conyugal o de uniones de hecho tiene la condición de bien social de la sociedad conyugal, acreditada con la partida de matrimonio civil con una antigüedad no mayor de treinta (30) días o la sentencia firme de declaración judicial de unión de hecho.
3. El monto de la pensión especial de jubilación conyugal o de uniones de hecho no es menor al de la pensión mínima establecida en el Sistema Nacional de Pensiones, y la remuneración o ingreso de referencia para el cálculo de la pensión es el promedio de las remuneraciones percibidas por ambos cónyuges o miembros de la unión de hecho.
4. El beneficio de jubilación especial es percibido por ambos cónyuges o miembros de la unión de hecho.
5. En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o miembros de la unión de hecho, el supérstite percibe el cincuenta por ciento (50%) de la pensión especial de jubilación y, en caso de pensión de orfandad, es calculada sobre la base de la pensión especial de jubilación a que hace referencia esta norma.
6. Esta pensión especial de jubilación caduca por la invalidación del matrimonio, disolución del vínculo matrimonial o disolución de la unión de hecho por sentencia judicial correspondiente".

Norma Fundamental	*Constitución de 1933*	*Constitución de 1979*	*Constitución de 1993*
Protección de la familia	*Artículo 51.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.*	*Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.*	*Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.*
Regulación de la unión de hecho	*No se regula la unión de hecho*	*Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.*	*Artículo 5.- Concubinato La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.*
Regulación en materia de Seguridad Social	1973: Decreto Ley N° 19990, Crea el Sistema Nacional de Pensiones 1992: Decreto Ley N° 25897, Crea el Sistema Privado de Pensiones 1997: Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Salud 2009: Ley N° 24951, Ley que establece el régimen especial de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho 2014: Ley N° 30003, Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores y pensionistas pesqueros		

Respecto a las normas de contenido patrimonial, el artículo 326° del Código Civil señala: *"La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales (...) Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios,*

similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge[12]".

El inciso 1) del artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a la noción de bienestar cuando reconoce el derecho de la persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". Estos derechos constituyen algunos de los componentes del amplio concepto de "bienestar"[13]. (Subrayado agregado)

Por otro lado, respecto de los derechos personales, se considera importante agregar que la Carta Fundamental en su artículo 2° numeral 1) señala que: *"Toda persona tiene derecho:*

> *1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)".*

El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo[14].

En ese orden de ideas, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia[15].

En cuanto a la regulación de los derechos de índole personal y de contenido patrimonial, la norma civil peruana, en su artículo 414° establece que se deben alimentos recíprocamente: a) los cónyuges, b) los ascendientes y descendientes y c) los hermanos, por su parte el artículo 326° del Código en comento señala: *"La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización* ***o una***

[12] Perú. Ley n. 30007: 16-04-2013 : Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del código procesal civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley N° 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 17 de abril de 2013, vigente a partir del 18 de abril de 2013.

[13] Fernández Sessarego, Carlos [et al.]. La Constitución Comentada. Perú : Gaceta Jurídica, 2005. 35 p.

[14] Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 19, el Derecho a la Seguridad Social. Aprobada en el 39° período de sesiones en Ginebra, del 5 al 23 de noviembre de 2007, aprobada el 23 de noviembre de 2007.

[15] Cfr. Perú. Decreto Legislativo n. 295: 24-07-1984 : Código Civil, artículo 472°. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de 1984.

***pensión de alimentos**, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.*

Por su parte, respecto al deber recíproco de alimentos en las uniones de hecho, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 21 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC ha señalado *"No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman."* continúa el fundamento jurídico N° 22: *"De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución".* En ese contexto es posible colegir que existe obligación mutua entre los unidos de hecho de prestar alimentos o lo que es igual, el sustento necesario para el desarrollo normal de las actividades regulares de la vida; sin embargo, cuando cesa dicha obligación recíproca como consecuencia de la muerte de uno de los miembros, la tutela de la seguridad social debe hacerse manifiesta a través de las prestaciones contempladas por ley, en los mismos términos del matrimonio, al tratarse de situaciones que la norma ha establecido como **"similares"**.

En ese orden de ideas, este Tribunal Administrativo Previsional considera que es incuestionable que la unión de hecho, a partir de su incorporación a las normas constitucionales, civiles y de la seguridad social, admiten un modo de conformar la unidad familiar y por ende el Estado, representado en las Entidades de la Administración Pública, deben procurar su protección en el marco de sus competencias evaluando, aplicando y, de ser el caso, recogiendo la interpretación de las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico peruano, armónicamente. Es así que la protección que brinda la Seguridad Social al trabajador y al pensionista del Sistema Nacional de Pensiones debe comprender tanto a aquellas personas que mantienen un vínculo familiar producto del matrimonio y debe hacerse extensiva a **aquellas cuyo vínculo proviene de una unión de hecho y que han cumplido con los requisitos legales para su reconocimiento.**

Debe tenerse en consideración que por el principio de igualdad, el Estado se obliga a brindar el mismo trato a los ciudadanos en todas aquellas circunstancias que resulten comunes; asimismo, a establecer un trato diferenciado cuando la naturaleza de las cosas así lo exige. El inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra la igualdad ante la ley; que supone la no discriminación por motivo de origen, raza, sexo,

idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Como principio rector del derecho y rector de la Seguridad Social[16].

Es evidente entonces que no es posible establecer un trato diferenciado entre aquellas personas que han conformado un vínculo familiar en condiciones similares al matrimonio bajo el argumento de ser una figura jurídica no contemplada en la normativa previsional, más aún si esta norma es pre existente al reconocimiento constitucional de la unión de hecho; en ese sentido, resulta insostenible argumentar que existiendo similares situaciones jurídicas, no exista un trato igualitario cuando se examine el derecho a la pensión de viudez.

Convenio N° 102 Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El convenio sobre la seguridad social (Norma mínima), 1952 Convenio Relativo a la norma mínima de la Seguridad Social[17] en los artículos 25, 53, 59 y 60 sobre las prestaciones de vejez, invalidez, sobrevivientes, señala que:

> *"25.- Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.*
>
> *53 Todo Miembro para el cual está en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.*
> *(...)*
>
> *59 Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte".*
>
> *60*
> *1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de la familia; en el caso de la viuda, el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades".*
> (...)

[16] Cfr. Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 06120-2009-PA/TC, de fecha 7 de setiembre de 2010, publicada el 28 de octubre de 2011.Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06120-2009-AA.html

[17] Organización Internacional de Trabajo. Convenio N° 102 OIT, C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). Perú. Resolución Legislativa n. 13284 : 09-12- 1959. Instrumento de ratificación depositado el 23 de agosto de 1961. Fecha de entrada en vigencia para el Perú el 23 de agosto de 1962.
El Perú ha aceptado las partes II, III, V, VIII y IX. En virtud del párrafo 1 del artículo 3 del Convenio, el Estado parte se acoge a las excepciones temporales que figuran en los artículos 9,d); 12,2; 15,d); 18,2; 27,d); 48,c) y 55,d).

El Perú ha aceptado las partes del Convenio vinculadas a las prestaciones de asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de vejez, maternidad e invalidez, no habiendo suscrito la parte que regula las prestaciones de sobrevivientes; no obstante ello, resulta innegable que la citada norma establece mínimos los que sirven **como referente para la concreción del derecho fundamental a la pensión en virtud a otorgamiento de las diversas prestaciones en el Sistema Nacional de Pensiones**, atendiendo a los principios de progresividad y universalidad de la seguridad social. En dicha línea el reconocimiento en la legislación nacional de la pensión de sobrevivencia, sea de orfandad, viudez o ascendientes denota un nivel de satisfacción superlativo respecto de lo establecido en el instrumento internacional materia de comentario.

En cuanto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la unión de hecho como requisito para obtener una pensión de viudez

Respecto del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el caso de la pensión de viudez realizando un análisis en los términos de la inconstitucionalidad sobreviniente y legislación preconstitucional, en los fundamentos jurídicos 28 a 32, 35 y 36 de la Sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC[18], señalando que:

> *"28. En rigor, corresponde en este extremo apreciar que los alcances de este precepto legislativo resultan ser una inconstitucionalidad sobreviniente, fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional, deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional. <u>En este caso, el Decreto Ley 19990, fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933. Actualmente, sin embargo, como ya se tiene explicitado, debe interpretarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993.</u>*
>
> *29. En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho de que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. <u>En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional.</u>*
>
> *30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.*

[18] Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2007, publicada el 14 de marzo de 2008. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html

31. *La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.*

32. *Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobreviviente a las parejas de hecho supérstite supone promover el matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.°, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.° 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho. (Subrayado agregado).*

35. *(...) a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea. (Subrayado agregado)*

36. *En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello".*

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 8 de la Sentencia recaída en el expediente N° 02263-2008-PA/TC, señala que:

"(...) al haberse acreditado la unión de hecho, este Colegiado entiende que en virtud del artículo 5º de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53º del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, corresponde a la demandante que le sea otorgada la pensión de

viudez, dentro de los alcances del Sistema Nacional de Pensiones". (Subrayado agregado).

De acuerdo al desarrollo realizado por el Supremo Intérprete, el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 debe interpretarse a la luz de los valores y principios materiales de la Constitución de 1993. En ese orden de ideas, el conviviente también puede ser considerado como beneficiario del causante y obtener el derecho a la pensión de viudez.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, razonabilidad y el control difuso de los Órganos Colegiados

Por el control difuso, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior; esta potestad se encuentra reservada al Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes; así lo establece el artículo 138° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a los alcances del control difuso el Tribunal Constitucional ha expresado: *"Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)".*

Recuérdese que mediante la Sentencia recaída en expediente N° 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional declaró precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos jurídicos 41 y 50, siendo que el caso de este último en el párrafo segundo señaló: *"Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.°, 51.° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución".* (Subrayado agregado).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional resolvió dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la Sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo. Sin embargo, en el fundamento jurídico 35 señaló: *"no obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38°, 44° y 51° de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto";* asimismo, el fundamento jurídico 36 agregó: *"(...) Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso,*

derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)". (Subrayado agregado)

Es oportuno recordar lo señalado en el artículo 51° de la Norma Fundamental: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".* En ese orden de ideas, las disposiciones constitucionales son fuentes del procedimiento administrativo[19], por ende, de observancia obligatoria, en especial cuando las autoridades resuelven controversias que versan respecto de derechos fundamentales.

Por el principio de legalidad, 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; asimismo, por el principio de razonabilidad, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido; así lo ha regulado expresamente los incisos 1.1 y 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Al respecto, el artículo 2° del título preliminar de la norma administrativa en comento declara: *"Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo".*

Por lo antes expuesto, este Tribunal Administrativo Previsional entiende que el control difuso **es una facultad conferida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales,** en tanto involucra la inaplicación de una norma jurídica vigente, por contravenir un principio constitucional.

Sin embargo, en sede administrativa las Entidades que conforman la administración pública, deben actuar con respeto al principio de legalidad, aplicando, integrando e interpretando las disposiciones del ordenamiento jurídico de conformidad con el marco constitucional, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; así como, a la luz de los principios de igualdad, universalidad e integralidad, principios rectores de la seguridad social.

Es así entonces que el otorgamiento de pensiones de viudez a quienes conforman una unión de hecho no constituye practicar control difuso de la norma previsional debido a que no se busca su inaplicación por inconstitucional; por el contrario, se procura la aplicación armónica de la norma garantizando el acceso a la pensión en el marco de las disposiciones constitucionales vigentes que reconocen a la unión de hecho como un modo de establecer

[19] Perú. Ley n. 27444: 10-04-2001 : Ley del Procedimiento Administrativo General, Inciso 2.1 del numeral 2 del artículo V – Título Preliminar. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 10 de abril de 2001, vigente desde el 11 de octubre de 2001.

una unidad familiar, en defensa del derecho de la persona, fin supremo del Estado y como es evidente, de las Entidades que conforman la administración pública.

Respecto de la posibilidad presupuestal del pago de las pensiones de viudez provenientes de la unión de hecho

Como ha tenido oportunidad de señalar este Órgano Colegiado[20]: *"La exigencia de un periodo mínimo de cotizaciones para acceder a una prestación es propia de los sistemas pensionarios de índole contributiva. Para tener derecho a la pensión el trabajador debe cumplir con este requisito que puede variar de acuerdo a la naturaleza de la prestación según corresponda; por ejemplo, cuando el estado de necesidad se produce a consecuencia de un hecho fortuito, como el accidente o la enfermedad, se exigirá un periodo mínimo de aportaciones o el solo hecho de encontrarse asegurado; de otro lado, cuando se solicita el usufructo anticipado de las prestaciones entonces será necesario un periodo máximo de cotizaciones.*

Ello supone la existencia de la denominada solidaridad intergeneracional, inherente a los sistemas de Seguridad Social, que tiene una doble dimensión:

(i) Una obligación, dado que los trabajadores durante su etapa laboral activa sustentan las prestaciones de quienes, por razones justificadas a su condición, son actuales pensionistas, pues sus aportaciones permiten cumplir con el pago de las obligaciones pensionarias, sin omitir el rol subsidiario del Estado.

(ii) Un derecho en curso de adquisición, debido a que se obtiene la expectativa de percibir un beneficio cuando el estado de necesidad alcance al aportante ***o a los miembros de su familia****"* (Subrayado y resaltado agregado).

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad del pago de las obligaciones contenidas en los actos administrativos expedidos por este Colegiado, el numeral 5 del artículo 18° del Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional[21] señala lo siguiente:

> *"5. En cumplimiento del artículo 26 del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Decreto Supremo N° 304-2012-EF, las resoluciones que establezcan obligaciones para las Entidades deben motivar explícitamente la Posibilidad jurídica y presupuestal de su cumplimiento."* (Subrayado agregado).

[20] Perú. Tribunal Administrativo Previsional. Resolución N°450-2016-TAP de fecha de 10 de agosto de 2016 y otros.

[21] Perú. Decreto Supremo n. 385-2015-EF : 23-12-2015: Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de diciembre de 2015.

Por su parte, el citado Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto[22], en el artículo 26° ***Exclusividad de los Créditos Presupuestarios***, señala:

"***Artículo 26.- Exclusividad de los Créditos Presupuestarios***

26.1 El crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la Ley General. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el Presupuesto del Sector Público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público.

26.2 Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y de administración, los contratos y/o convenios así como cualquier actuación de las Entidades, que afecten gasto público deben supeditarse, de forma estricta, a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a créditos presupuestarios mayores o adicionales a los establecidos en los Presupuestos, bajo sanción de nulidad y responsabilidad del Titular de la Entidad y de la persona que autoriza el acto."
(Subrayado agregado)

En ese orden de ideas, este Tribunal Administrativo Previsional señala que sus pronunciamientos son expedidos tomando en cuenta lo anotado precedentemente, lo que finalmente se plasma en el principio de sostenibilidad financiera del Estado. En materia previsional el artículo 4° del Decreto Supremo N° 026-2003-EF[23], establece **las disposiciones para el registro y control de las obligaciones previsionales a cargo del Estado**, dentro del cual define el contenido del cálculo actuarial, la cual se señala a continuación:

"Artículo 4.- Definiciones
Para efectos de lo establecido en el presente Decreto Supremo, entiéndase por:

Cálculo Actuarial: Estudio efectuado generalmente por un Actuario utilizando una metodología de cálculo actuarial, basada en algoritmos matemáticos de probabilidades, con el objeto de determinar a una fecha específica la Reserva Pensionaria que permita afrontar las obligaciones previsionales de los pensionistas hasta su extinción.
(...)

Reserva Pensionaria: Parte de la Reserva Actuarial referida al valor de las prestaciones económicas pensionarias a una fecha determinada de un régimen

[22] Perú. Decreto Supremo n. 304-2012-EF : 29-12-2012: Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 2012, vigente a partir del 2 de enero de 2013.

[23] Perú. Decreto Supremo n. 026-2003-EF: 27-02-2003: Dictan disposiciones para el registro y control de las obligaciones previsionales a cargo del Estado. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 28 de febrero de 2003, vigente a partir del 1 de marzo de 2003.

previsional específico. Corresponde al flujo estimado de pago de pensiones a los pensionistas registrados a esa fecha, incluyendo las pensiones por derecho derivado del titular de la pensión".
(...) (Subrayado agregado)

La ejecución de las obligaciones contenidas en los actos administrativos que emite este Órgano Colegiado está supeditada al presupuesto de cada Entidad, ahora bien la proyección del pago de cada derecho reconocido en materia previsional, se encuentra en el **cálculo actuarial**, el cual está constituido por el pago de la pensión durante un tiempo a futuro, es decir desde el momento que el administrado adquiere el derecho a percibir la pensión hasta el fallecimiento del titular, incluyendo a los beneficiarios del derecho derivado (viudez, orfandad y ascendiente) hasta que se extinga el último de los beneficiarios.

Nuevas reglas para el otorgamiento de pensión de viudez en el Sistema Nacional de Pensiones

De acuerdo a los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional y a la interpretación del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 a la luz de la Constitución de 1993, el conviviente también puede ser considerado como beneficiario del causante y obtener el derecho a la pensión de viudez.

El artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 señala:

> *"Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.*
>
> *Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:*
>
> > *a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;*
> >
> > *b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y*
> >
> > *c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado".*

En base a lo señalado en el presente pronunciamiento, este Tribunal Administrativo Previsional considera que para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudez el causante que haya mantenido la condición de concubino, debe contar con derecho a la pensión de jubilación y/o invalidez y el integrante sobreviviente deberá cumplir con los requisitos establecidos del **artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 en cuanto sean compatibles con el instituto de la unión de hecho.**

Para tal efecto es pertinente mencionar el tratamiento legal relativo a la acreditación de la unión de hecho. En ese sentido, el artículo 3° de la Ley N° 30007, señala:

> *"Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Nacional en Asuntos No Contenciosos[24], o reconocidas en la vía judicial[25].*
>
> *Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior".*

Por su parte, el artículo 2030° del Código Civil, modificado por el artículo 7° de la Ley N° 30007, respecto de los actos y resoluciones registrables, señala:

> *"Se inscriben en este registro:*
> *(...)*
> *10.- Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas en vía judicial"*

El registro personal, que integra del Sistema Nacional de los Registros Públicos, tiene la delicada misión de publicitar la existencia y extinción de dichas uniones, con una publicidad

---

[24] Perú. Ley n. 29560: 15-07-2010: Ley que amplía la Ley Nº 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 16 de julio de 2010, vigente a partir del 17 de julio de 2010.

"Artículo 46.- Requisito de la solicitud.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.
5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.

Artículo 48.- Protocolización de los actuados.- Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.

Artículo 49.- Inscripción de la declaración de unión de hecho.- Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes."

[25] Perú. Decreto Legislativo n. 295: 24-07-1984 : Código Civil. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de 1984.

"Unión de hecho
Artículo 326.- (...)"

a nivel nacional a fin de dotar de la seguridad jurídica a las personas que contraten con los integrantes de dicha institución familiar[26].

En atención a lo indicado, los beneficiarios que hayan contraído matrimonio sustentan el vínculo conyugal con el acta y/o partida de matrimonio. Tal exigencia para el caso del concubino sobreviviente **de la unión de hecho se plasmará con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o por vía notarial. Ello en tanto contienen un pronunciamiento expedido por autoridad competente; asimismo, su inscripción en el registro personal exhibe su vigencia y oponibilidad frente a terceros y su exclusividad para el reconocimiento de la prestación de viudez.**

Del análisis del caso concreto

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 82, de la sentencia recaída en el expediente acumulado N° 050-2004-AI/TC[27], respecto al derecho fundamental a la pensión desde la perspectiva de los beneficiarios, señala que: *"La Constitución tutela a la familia y a sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución que promueve la tutela social de las personas a través de un sistema de seguridad social que les otorgue beneficios. Teniendo en cuenta ello, y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía".*

En la sentencia recaída en el Expediente N° 03003-2007-PA/TC[28], el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a una pensión de sobreviviente no constituye un derecho adquirido ni uno de carácter expectaticio, sino uno latente y cuyo goce se hace efectivo al fallecimiento del causante, donde la muerte más allá de ser un hecho natural, produce "situaciones" de necesidad merecedoras de protección y que reclaman la atribución de prestaciones". Una de las situaciones que se beneficia con una medida protectora es la supervivencia, la cual se sustenta en el estado de necesidad en que quedan aquellas personas que dependían económicamente del fallecido al no contar más con medios económicos para atender su subsistencia.

Los requisitos que deben cumplir los administrados para acceder a la pensión de viudez se encuentran establecidos en el artículo 51° del Decreto Ley N° 19990, el cual señala que:

[26]Superintendencia Nacional de los Registros Públicos : "FUERO REGISTRAL" [en línea]. Julio de 2014, N°.11. <https://www.sunarp.gob.pe/SCR/DOCS/REVISTA-FUERO-REGISTRAL/FUERO-REGISTRAL-072014.pdf>.

[27] Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente acumulado N° 050-2004-AI/TC y otros, de fecha 3 de junio de 2005, publicada el 6 de junio de 2005. Disponible en: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html

[28] Cfr. Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 03003-2007-PA/TC, de fecha 13 de agosto de 2007, publicada el 26 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03003-2007-AA.html

"Se otorgará pensión de sobrevivientes:

a) Al fallecimiento de un asegurado con derecho a pensión de jubilación o que de haberse invalidado hubiere tenido derecho a pensión de invalidez;
b) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidente común estando en periodo de aportación;
c) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional si los riesgos no se encuentran cubiertos por el Decreto Ley Nº 18846; y
d) ***Al fallecimiento de un pensionista de invalidez o jubilación****.*

Si el causante hubiese tenido derecho indistintamente a dos pensiones de sobrevivientes se tomará en cuenta la de mayor monto". (Subrayado y resaltado agregado).

De conformidad con la Resolución N° 0000004816-2008-ONP/DPR/DL 19990, de fecha 3 de noviembre de 2008, se acredita que don WILLIAM VIVANCO SANEZ mantuvo la condición de pensionista de jubilación a partir del 2 de julio de 2007, por la suma de S/ 415.00.

Asimismo, con la Resolución N° 6 de fecha 11 de marzo de 2016, sobre declaración de unión de hecho expedida por el Décimo Sétimo Juzgado Especializado de Familia de Lima y con su inscripción en el registro personal con partida registral N° 13646984, se acredita la relación de convivencia de la administrada con el causante don WILLIAM VIVANCO SANEZ desde julio de 1983 y del acta de defunción de folios 3, se determina que falleció el 24 de noviembre de 2012, cumpliendo con acreditar el vínculo de convivientes.

En ese orden de ideas, doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** cumple los requisitos para acceder al otorgamiento de una pensión de viudez a partir de la fecha de fallecimiento de don WILLIAM VIVANCO SANEZ, es decir, el 24 de noviembre de 2012.

De la fecha de pago de pensiones devengadas

Mediante escrito de fecha 12 de julio de 2016, doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** solicitó a la Oficina de Normalización Previsional el reconocimiento de la pensión de viudez.

Asimismo, de conformidad con el fundamento jurídico 3 de la Sentencia recaída en el expediente N° 01349-2012-PA/TC[29], el cual señala que: *"El artículo 81° del Decreto Ley 19990 precisa 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. Dicha norma legal ha generado como línea jurisprudencial que <u>este Tribunal precise de modo uniforme que su aplicación responde a la demora en solicitar el reconocimiento del derecho en sede administrativa, al configurarse una negligencia del asegurado</u> (STC 05392-2009-PA/TC, STC 00984-2009-PA/TC, STC 00272-2009-PA/TC, STC 02080-2009-PA/TC y STC 03581-2008-PA/TC)"* (Subrayado agregado)

[29] Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 01349-2012-PA/TC, de fecha 3 de mayo de 2012, publicada el 14 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01349-2012-AA.html

En ese sentido del estudio del expediente administrativo, este Órgano Colegiado ha determinado, para este caso en particular, que la administrada en la solicitud presentada con fecha 12 de julio de 2016, reunía los requisitos para acceder a la pensión de viudez, por lo que, **el abono de las pensiones devengadas es desde los 12 meses anteriores a la presentación de su solicitud**, correspondiendo tomarse en cuenta el pago de devengados a partir del 12 de julio de 2015.

De la necesidad de expedir un precedente administrativo de observancia obligatoria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8°[30] y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 385-2015-EF, Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, concordante con el numeral 1 del artículo VI de la Ley N° 27444, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal Administrativo Previsional tiene la facultad de expedir y publicar precedentes administrativos de observancia obligatoria en materias de su competencia.

En tal sentido, atendiendo a que al resolver la presente controversia este Tribunal Administrativo Previsional ha interpretado de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación relativa al Sistema Nacional de Pensiones, se deberá reconocer el acceso de la pensión de viudez a los beneficiarios de la unión de hecho que demuestren el vínculo de convivientes con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal; por ende, se considera relevante que el criterio interpretativo contenido en la presente resolución sea declarado precedente administrativo de observancia obligatoria, permitiendo que las controversias derivadas de los procedimientos administrativos que se pronuncien sobre derechos a pensión de viudez sean resueltos conforme a aquel y siendo su aplicación obligatoria por parte de la Entidad.

Finalmente, este Tribunal Administrativo Previsional concluye que el recurso administrativo interpuesto por doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR**, contra la Resolución N° 0000045688-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 18 de agosto de 2016, debe ser declarado fundado en todos sus extremos.

Estando a lo dispuesto por el artículo 209° de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", el Decreto Ley N° 19990 "Crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social", el Decreto Ley N° 25967 "Modifica el Goce de Pensiones de Jubilación que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social – IPSS", el Decreto Supremo N° 011-74-TR "Reglamento del Decreto Ley N° 19990", el Decreto Supremo N° 258-2014-EF "Modificación del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de

[30] Perú. Decreto Supremo n. 385-2015-EF : 23-12-2015: Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de diciembre de 2015.

> "Artículo 8.- Precedentes administrativos de observancia obligatoria
> 8.1 Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal Administrativo Previsional interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la normativa previsional de su competencia y aprueba criterios recurrentes de calificación, los cuales constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para los órganos que administren la materia previsional. Dichos acuerdos son publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)".

Normalización Previsional aprobado mediante Resolución Ministerial N° 174-2013-EF/10", Octogésima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114 "Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014", el artículo 26° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, el Decreto Supremo N° 304-2012-EF y el Decreto Supremo N° 385-2015-EF "Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional".

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR**, contra la Resolución N° 0000045688-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 18 de agosto de 2016, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo 2°.- RECONOCER la pensión de viudez a doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR**, a partir del 24 de noviembre de 2012, disponiendo el pago de pensiones devengadas desde el 12 de julio de 2015, en aplicación al artículo 81° del Decreto Ley N° 19990, procediendo a efectuar el cálculo respectivo, de conformidad a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar que de acuerdo con el artículo 8° y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 385-2015-EF, Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, concordante con el numeral 1 del artículo VI de la Ley N° 27444, la presente resolución constituye precedente administrativo de observancia obligatoria respecto al artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, en los siguientes términos:

"Tienen derecho a pensión de viudez, en los términos del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, el integrante sobreviviente de la unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal".

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución a doña **BETTY DOMINGUEZ TAFUR** y remitir el expediente a la Dirección de Producción de la Oficina de Normalización Previsional, para los fines pertinentes.

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional de la Oficina de Normalización Previsional (www.onp.gob.pe).

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE

Jaime Pedro de la Puente Parodi
Presidente
Tribunal Administrativo Previsional

Roberto Rolando Burneo Bermejo
Vocal
Tribunal Administrativo Previsional

Hugo Andrés León Manco
Vocal
Tribunal Administrativo Previsional