



ANEXO DE LECTURAS

TALLER: "CASOS RELEVANTES EN MATERIA
PREVISIONAL"

UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP

1. GONZÁLEZ HUNT, César (2004). “Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional”. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Laboral y Previsional, AMAG y SPDTSS.

2. ABANTO REVILLA, César (2007). “Desafiliación del Sistema Privado de Pensiones. Las causales previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su compatibilidad con la Ley N° 28991”. En: Jus Constitucional N° 01/2007, Editorial Grijley.

UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP

- GONZÁLEZ HUNT, César (2004). “Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional”. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Laboral y Previsional, AMAG y SPDTSS.

En: "Estudios sobre la Jurisprudencia Laboral y Previsional"
Lima, 2004, Academia de la Magistratura y SPDTSS, 428 pp.

Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional

César González Hunt

Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid. Ex Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito medular analizar, a partir de los fallos del supremo intérprete de la Constitución, las tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en dos aspectos centrales del régimen de pensiones del Estado regulado por el Decreto Ley N° 20530: (i) los requisitos de incorporación al referido régimen pensionario; y (ii) la validez de la desincorporación en sede administrativa en el mencionado régimen de previsión social.

A efectos de una más lograda comprensión de las reflexiones que, al hilo de los fundamentos jurídicos del TC en las diferentes sentencias que iremos analizando, aconseja resumir – en cada uno de los temas propuestos – la esencia de los antecedentes que inciden en cada uno de los asuntos debatidos.

Como punto de partida, inclusive con antelación al análisis de los aspectos más relevantes de las sentencias del TC a comentar en los temas propuestos, debe advertirse que los fallos emitidos por el supremo intérprete de la Constitución que serán reseñados denotan en algunos aspectos centrales de los mismos la ausencia de un cabal conocimiento de los conflictos jurídicos a resolver, así como una oscilante toma de posición que ha llevado en algunos casos a variar sustancialmente la jurisprudencia precedente. En este último supuesto, y respecto a la reciente expedición de sendas sentencias²²³ en uno de los temas de análisis propuestos, que a la par de carecer de un adecuado sustento jurídico, tal como lo pondremos de relieve más adelante, generaban un potencial efecto negativo de proporciones catastróficas en el sistema previsional del Estado²²⁴, aparece con diáfana nitidez que el radical cambio de criterio del TC²²⁵ obedece a una saludable rectificación como reacción a las justificadas críticas, casi unánimes, de los operadores del derecho a dichos pronunciamientos.

II. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

1. Evolución normativa del régimen pensionario del estado y ámbito subjetivo. Regla general de incorporación y excepciones

Es precisamente en la sentencia del TC del 18 de junio de 2003, emitida en el Expediente N° 189-2002-AA/TC, dictada en el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de Lima del 10 de mayo de 2001, que declara improcedente la acción de amparo interpuesta contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a través de la cual el Tribunal varía sustancialmente su criterio respecto a determinados supuestos de incorporación al régimen previsional del Es-

223 Nos referimos a la publicación en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 3 de junio de 2003 y del 29 de marzo de 2003, de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 156-2001-AA/TC (caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro) y 403-2000-AA/TC (caso Victoria Yupanqui Mendoza), respectivamente.

224 Según cálculos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud del fallo emitido en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, 506,000 servidores o funcionarios públicos podrían incorporarse al régimen del Decreto Ley N° 20530 y el cálculo actuarial de la reserva pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 se elevaría en US\$ 38,000 millones de dólares. De otro lado, según cálculos realizados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en función al precedente que estaría asentando el TC con el fallo expedido en el caso Victoria Yupanqui Mendoza, hasta 60,000 servidores o funcionarios públicos podrían beneficiarse, generándose potencialmente un impacto económico en la Caja Fiscal ascendente a US\$ 2,900 millones de dólares.

225 Percatándose del mayúsculo error cometido, el TC emite sentencia en el Expediente N° 189-2002-AA/TC (caso Carlos Maldonado Duarte) por la cual en la Separata de Garantías Constitucionales de Diario Oficial "El Peruano" el 27 de junio de 2003 apartándose expresamente de los criterios de aplicación generados en años anteriores en los casos Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro y Victoria Yupanqui Mendoza.

tado, que de forma más lograda se describe la historia de éste régimen pensionario, comúnmente conocido como el régimen del Decreto Ley N° 20530.

Así, la sentencia en mención recuerda que la llamada Ley de Goces de 1850²²⁶ constituye la primigenia norma que regula el régimen de pensiones de los servidores públicos, los mismos que habrían de acceder a pensión de jubilación por tener edad avanzada o por padecer enfermedad crónica comprobada que les impidiera continuar en sus funciones. Así mismo, en ella el TC resalta las disposiciones de la Ley N° 8435 del 7 de agosto de 1936, que incorpora a los beneficios de la Ley de Goces a los funcionarios, profesionales y empleados que prestan servicios al Estado en la Administración Pública y demás dependencias fiscales, incluyendo a los empleados de las Municipalidades, Beneficencias y Compañías Fiscalizadas.

Además, la sentencia en referencia, al hacer la reseña cronológica de las normas de mayor trascendencia del estatuto pensionario de los servidores públicos, menciona al Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 – que crea la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado y que complementa a la Ley N° 13724²²⁷ – que dispone la incorporación al mismo de los empleados particulares y de los empleados públicos nombrados con posterioridad a dicha fecha. Con ello, no solo se unifica el régimen de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada y de los sujetos al régimen laboral de la actividad pública sino, además, “virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario (...)”²²⁸. Más adelante, el TC vuelve sobre el particular al señalar que “(...) el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces”²²⁹.

En este punto debe precisarse que, la Ley del Seguro Social del Empleado unifica las disposiciones sobre la materia relativas a los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte de los empleados particulares y públicos. Y, dado que la norma en referencia no incluye disposiciones relativas a materia pensionaria, es complementada por el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962. Así, se unen en un solo núcleo norma-

226 Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de enero de 1850.

227 Ley del Seguro Social del Empleado del 18 de noviembre de 1961.

228 Fundamento Jurídico Primero de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte.

229 Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte.

tivo las disposiciones que atañen a la salud y pensiones aplicables a quienes inicien una relación laboral en la actividad privada o pública a partir del 12 de julio de 1962.

Igualmente, la sentencia bajo comentario sostiene que el Decreto Ley N° 20530 del 26 de febrero de 1974 "fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío – Ley de Goces -, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4º, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante en diversas ocasiones fue abierto por ley (...)”²³⁰. Acto seguido, el TC enuncia una serie de normas emitidas con posterioridad al 26 de febrero de 1974 que permiten a determinados funcionarios y servidores del Estado incorporarse o reincorporarse al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530²³¹.

Sobre el particular debemos precisar que, con prescindencia de la cita textual que realiza el TC de los considerandos del Decreto Ley N° 20530 como sustento del mismo, la norma legal fue promulgada con posterioridad a la dación del Decreto Ley N° 19990²³², que sustituye e integra diversos sistemas de pensiones²³³, el mismo que considera como asegurados obligatorios a los trabajadores que brindan servicios bajo el régimen laboral privado a empleadores particulares, a los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377 o de la actividad privada ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, a los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares, a los trabajadores al servicio del hogar, a los trabajadores artistas, entre otros; siendo que el Decreto Ley N° 20530 pretende consolidar el régimen de pensiones de los servidores y funcionarios públicos vinculados al Estado mediante una relación estatutaria. Adicionalmente, ésta última norma legal se expide a efectos de perfeccionar el régimen de la Ley de Goces, asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y cautelar el patrimonio fiscal. Es precisamente por ello que el Decreto Ley N° 20530 ha sido titulado como el “Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990”.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí expresado, históricamente ha existido una clara correspondencia entre el régimen laboral al cual se encuentra adscrito el servi-

230 Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte. En este punto cabe apreciar el error en que incurre la sentencia al atribuir al artículo 4º de la Ley la condición de cerrado del régimen pensionario cuando tal referencia aparece en su artículo 2º.

231 Véase Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto, Sexto y Octavo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte, en los que se menciona, entre otras normas, el Decreto Ley N° 22150, la Ley N° 24029, la Ley N° 24366, la Ley N° 25273, la Ley N° 25066 y la Ley Orgánica de Poder Judicial, como disposiciones que “abren” el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

232 Ley del Sistema Nacional de Pensiones del 24 de abril de 1973.

233 Caja Nacional del Seguro Social Obrero, Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado y Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (FEJEP).

dor o funcionario público y el régimen pensionario que le corresponde. En consecuencia, el servidor o funcionario público con relación laboral vigente al 11 de julio de 1962 estaba comprendido necesariamente dentro del régimen laboral de la actividad pública regulado por la Ley N° 11377, correspondiéndole los beneficios pensionarios de la Ley de Goces de 1850, posteriormente consolidada por el Decreto Ley N° 20530. Así, resultaba incompatible con el sistema de seguridad social en pensiones del Estado incorporar a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En resumen, los servidores o funcionarios públicos adscritos a un único régimen previsional, el de la Ley de Goces de 1850, luego reemplazado por el Decreto Ley N° 20530, se encontraban igualmente comprendidos dentro de un único régimen laboral, el público, regulado por la Ley N° 11377.

Con posterioridad, a través de una serie de normas de excepción – mayoritariamente referidas en la sentencia bajo comentario – se permitió que grupos determinados de trabajadores que prestaban servicios al Estado en diversas empresas y entidades públicas cuyo personal se encontraba sujeto al régimen laboral de la actividad privada pudieran ser incorporados o reincorporados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Lo anteriormente señalado ha generado que el régimen de pensiones del Estado haya sido distorsionado en su esencia, dado que los niveles salariales sobre los que se produce la nivelación pensionaria de estos trabajadores que reciben remuneraciones varias veces mayores a las que perciben los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública, resultan económicamente inmanejables, apareciendo al interior de este particular régimen de pensiones un pequeño pero significativo e influyente grupo de privilegiados que reciben beneficios económicos que resultan incompatibles con las posibilidades del Estado que lo sostiene y que ha producido un creciente rechazo ciudadano.

Tal distorsión se produce desde que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 estableció la nivelación progresiva de las pensiones sujetas al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530²³⁴. Y, a pesar que tanto la disposición constitucional como las normas legales de desarrollo aluden expresamente y como es lógico, a una nivelación con los haberes de los servidores públicos en actividad²³⁵, esto es, a los otorgados bajo el régimen laboral de la actividad pública, a

234 Para un cabal conocimiento de los alcances y evolución normativa de la nivelación de pensiones en el régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, vid. ABANTO REVILLA, César: "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530", *Diálogo con la Jurisprudencia*, julio de 2003, Año 9, N° 58, pp. 39 – 41.

235 Tanto la Ley N° 23495 del 19 de noviembre de 1982, que desarrolla el precepto constitucional, como su Reglamento, el Decreto Supremo N° 015-83-PCM, señalan que la nivelación de las pensiones se efectúa sobre la base de la escala remunerativa de los servidores públicos comprendidos en el Decreto Ley N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones de Sector Público.

través de una equívoca interpretación de los alcances de éstas normas por parte del Poder Judicial y el Tribunal, los trabajadores que laboraban en las empresas y entidades públicas de propiedad estatal, incorporados al régimen previsional del Estado mediante normas de excepción, adquirirían también el derecho a que, una vez finalizada su vida laboral, sus pensiones de cesantía o jubilación se nivele con la remuneración del trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada en activo que preste servicios en el puesto en que el pensionista cesó y se reajuste en cada oportunidad en que ésta sea aumentada.

De este recuento histórico de las diversas normas que concurren en el régimen pensionario del Estado, resulta obvio que el régimen, cerrado en principio, se “reabre” por el interés de determinados colectivos que estando excluidos del mismo, pretenden ser incorporados o reincorporados a fin de gozar del singular privilegio de la nivelación pensionaria.

Ahora bien, en este punto cabe precisar que, en todos los supuestos que habilitan – a través de la regla general o mediante normas de excepción - la válida incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Estado, se requiere adicionalmente haber prestado servicios reales y remunerados al Estado por al menos 15 años, en el caso de los hombres y 12 y medio, en el caso de las mujeres, para tener derecho a gozar efectivamente de una pensión, tal como lo establece el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530.

2. Incorporación al régimen de pensiones del Estado por interpretación legal: la errónea aplicación de las normas de excepción (el Caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro)

Es en este contexto que la sentencia del TC emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte introduce la referencia al ya célebre caso de la señora Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro (Expediente N° 156-2001-AA/TC) a efectos de explicar el sustento de la sentencia emitida y las razones por las que se aparta del criterio adoptado, vedando la posibilidad de que a futuro pueda ser utilizado como un precedente vinculante a fin de obtener la incorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Como se recordará, en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro el TC emite sentencia declarando fundada la demanda, en consecuencia, declara inaplicable a la recurrente una resolución de la ONP que deniega su pedido de incorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, y ordena que el Ministerio de Salud cumpla con expedir la resolución correspondiente a efectos

que la demandante acceda a una pensión dentro del mencionado régimen de pensiones.

La sentencia del TC en referencia inicia su fundamentación con una declaración de principio: siendo que el artículo 1º de la Constitución de 1993 establece que "(...) la defensa de la persona humana (...) es el fin supremo de la sociedad y del Estado", corresponde a las autoridades, en aplicación de la normativa correspondiente, dotar a las personas de acceso a la seguridad social la que ha de considerarse como una contraprestación a favor de quienes han entregado su cuota de trabajo en beneficio de la sociedad. En función de lo anterior, la interpretación de las normas jurídicas debe efectuarse dentro de una perspectiva que permita la plena vigencia del derecho a una pensión, sin que una limitación normativa pueda suponer un recorte al acceso a la seguridad social.

Así, dentro del contexto antes indicado, el TC, al resolver el caso bajo comentario, parte de una premisa fundamental: señalar las reglas establecidas para acceder al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 que, como norma sustantiva, fija las condiciones para alcanzar una pensión dentro de su régimen. Y, en tal orden de ideas, resulta de aplicación el artículo 4º del mismo que como ya señalamos prescribe que "el trabajador adquiere derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y de doce y medio, si es mujer".

A partir de esta particular apreciación de las normas jurídicas que concurrirían para resolver la litis, el TC sostiene que en el presente caso nos encontraríamos ante un aparente conflicto de normas en el cual, el Tribunal, como operador de la justicia constitucional, opta por la aplicación de la norma que da acceso a pensión a la demandante y llega a la convicción que ésta sí posee derecho a una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530. Además, al haber cesado la reclamante el 1 de junio de 1985, será de aplicación la norma sustantiva (Decreto Ley N° 20530) más no así la norma que restringe su derecho a la pensión y es posterior a su cese (Ley N° 24366).

Como puede apreciarse, la sentencia del TC bajo comentario tenía una enorme trascendencia, en tanto que constituía un precedente²³⁶ a efectos de interpretar que bastaría que un servidor o funcionario público alcance los quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre, y los doce y medio años de servicios, si es mujer, para tener derecho a percibir una pensión dentro del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

236 A tenor de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, la sentencia en referencia se basa en una artificiosa construcción que no tiene correlato ni con los hechos ni con el derecho invocado. Así, la declaración de principio contenida en su fundamento jurídico segundo daría a entender que nos encontramos ante un caso en el que si no se ampara el derecho de la demandante a ser incorporada en el régimen de pensiones del Estado ésta no tendría derecho a régimen pensionario alguno, cuando de los actuados aparece con nitidez que la reclamante tenía un derecho cierto a gozar de pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 19990.

Adicionalmente, cabe resaltar que la sentencia se sustenta en una errónea interpretación de los alcances de las normas invocadas, esto es, el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530 y el artículo 1° de la Ley N° 24366 y un aparente conflicto entre ellas.

En efecto, el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530 está referido a los años de servicios que se exigen para tener derecho a pensión a aquellas personas que están incorporadas al régimen pensionario del Estado, más no regula un supuesto genérico de incorporación al régimen pensionario, tal como equivocadamente sostiene el TC. La incorporación al régimen se produce – como ya adelantáramos líneas arriba – si se trata de un trabajador no comprendido en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990 y la pertenencia a este régimen – y no al de pensiones del Estado – está determinada por la fecha de ingreso al trabajo en tanto que la Caja Nacional de Pensiones – posterior Sistema Nacional de Pensiones – se aplica de modo obligatorio para servidores públicos y privados a partir del 12 de julio de 1962, lo que significa que toda incorporación a partir de tal fecha no genera – en principio - derecho a acceder al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

De otro lado, resulta igualmente incorrecto señalar – como también lo hace el TC – que el artículo 1° de la Ley N° 24366 es una norma que “restringe el derecho a pensión”. Por el contrario, siendo en principio el régimen de pensiones del Estado cerrado, a través de diversas normas de excepción se fueron ampliando los supuestos por los cuales se podría incorporar a trabajadores que no pertenecían a la Administración Pública, o que perteneciendo a ella, no reunían los requisitos exigidos por el Decreto Ley N° 20530. Precisamente, una de estas normas de excepción es la Ley N° 24366, lo que supone entonces que no constituye una norma de restricción sino de incorporación excepcional cuando precisamente no es aplicable la incorporación por el régimen común.

Igualmente, uno de los equívocos más clamorosos de la sentencia del TC es considerar que en la causa se presenta un conflicto de normas que lleva a que

el Tribunal opte por la aplicación de una en desmedro de la otra. Ello debido a que, como lo señaláramos precedentemente, por un lado, el artículo 4º del Decreto Ley N° 20530 regula un supuesto para acceder al derecho a pensión dentro del régimen del Estado, por el otro, el artículo 1º de la Ley N° 24366 regula un supuesto de incorporación al régimen de pensiones del Estado para quien precisamente no tenía derecho a incorporación directa al Decreto Ley N° 20530.

Ante la solidez y contundencia de los argumentos jurídicos que sustentan la crítica a la sentencia de la causa promovida por la señora Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, en la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte, el TC señala "(...) habida cuenta de la especial trascendencia del caso, ha considerado necesario reabrir y profundizar el examen de la materia y, (...) ha resuelto apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del Decreto Ley N° 20530".²³⁷

Ahora bien, el TC explica el sustento jurídico del precedente del cual se aparta señalando que al fallar debió preferir la aplicación del Decreto Ley N° 20530, toda vez que su Quinta Disposición Transitoria "otorgaba el derecho – durante su vigencia – a los servidores que, como la demandante, al momento de entrar en vigencia el Decreto Ley N° 20530, hubiesen acumulado no menos de 7 años de servicios". Y, como quiera que la Ley N° 24366, invocada por la demandante, no permitía su acceso al régimen de pensiones del Estado, mientras que "(...) el Decreto Ley N° 20530 – en su glosada Quinta Disposición Transitoria, en concordancia con el artículo 4º de dicho Decreto Ley – si parecía hacerlo, el Tribunal, (...) se inclinó por sancionar el derecho reclamado"²³⁸.

A lo sostenido por el TC en dicha sentencia habría que formular, al menos, dos objeciones centrales.

En primer lugar, y tal como señaláramos precedentemente, en el caso Medina Pantoja no se presentó ningún conflicto de normas que pudiera llevar a optar por la aplicación de una (Decreto Ley N° 20530) en desmedro de la otra (Ley N° 24366).

En segundo lugar, y lo que resulta más grave y preocupante, es la invocación a la Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530 para sustentar el fallo. Ello debido a que: (i) la norma en referencia nunca habilitó válidamente incorporación alguna al régimen de pensiones del Estado por estar sujeta a la dación de una norma reglamentaria que nunca se promulgó, por lo que resulta in-

²³⁷ Segundo párrafo de Fundamento Jurídico noveno de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte

²³⁸ Primer párrafo de Fundamento Jurídico noveno de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte

consistente sostener que el “ocio del Ejecutivo no debe impedir el cumplimiento de la ley y sus objetivos”; y (ii) la norma ahora invocada como trascendente para la resolución de la causa – Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530 – no ha sido referida siquiera tangencialmente en la sentencia que resuelve el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro. Así, a pesar que pareciera insólito, el TC pretende justificar el fallo emitido en un sustento inexistente en el texto de la sentencia.²³⁹

En todo caso, y a pesar de la inconsistente “explicación” que brinda el Tribunal, cabe resaltar en este punto la saludable rectificación que realiza el TC del cuestionable precedente de mayúsculo impacto económico que representaba la sentencia emitida en la causa promovida por doña Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, tal como dejáramos señalado con anterioridad²⁴⁰.

3. Incorporación al régimen de pensiones del Estado por interpretación legal: la adición de los años de formación profesional

El artículo 41° del Decreto Ley N° 20530 establecía que a los trabajadores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, se les computaba de abono hasta cuatro años de formación profesional, luego de quince años efectivos de servicios, los hombres y doce y medio años las mujeres, siempre que tales años de formación profesional no fueren simultáneos con los servicios prestados al Estado y se realicen los aportes correspondientes al fondo pensionario.

Luego, a través del artículo 1° de la Ley N° 24156 del 6 de junio de 1985, se modifican los alcances del artículo 41° del Decreto Ley N° 20530, permitiendo que los años de formación profesional puedan ser simultáneos a los prestados al Estado y que los años acumulados se computen también para la determinación de otros derechos distintos a los pensionarios, precisándose que éstos se agregan al tiempo de servicios luego de haber laborado los servidores y funcionarios públicos comprendidos en el régimen laboral de la Ley N° 11377 un mínimo de quince años de servicios en el caso de los hombres y doce y medio años las mujeres.²⁴¹

Es a partir de éstas disposiciones legales, que se promueven ante el Tribunal Nacional del Servicio Civil – ente administrativo encargado de resolver en últi-

239 En el mismo sentido ver GARCÍA GRANARA Fernando “Cecilia y la Seguridad Social y Reforma Previsional”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Julio de 2003, Año 9, N° 58, p. 56

240 Con respecto al impacto económico de la sentencia emitida en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, ver cita N° 2.

241 Derogado por la Décimo Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, del 23 de abril de 1996.

ma instancia, entre otros, los conflictos derivados de derechos pensionarios de los servidores y funcionarios al servicio del Estado – procesos en los que se pretende sostener que cabe anteponer a la fecha de ingreso al Estado los cuatro años de formación profesional, a fin permitir a los solicitantes acogerse al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Dicha tesis es acogida expresamente en un recordado pronunciamiento emitido con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria por la Primera Sala del Tribunal Nacional del Servicio Civil, la que considera posible que, en mérito de las normas antes reseñadas y por aplicación de los principios del indubio pro operario y retroactividad benigna de la norma en materia laboral cuando es más favorable al trabajador, contemplados en la Constitución de 1979, se retrotraigan los cuatro años de formación profesional al inicio efectivo de servicios, con el único propósito de habilitar el ingreso de la reclamante al régimen de pensiones del Estado.²⁴²

Tal apreciación de los alcances del artículo 41° del Decreto Ley N° 20530 y, centralmente, del artículo 1° de la Ley N° 24156, resulta manifiestamente equívoca, toda vez que dichas normas legales pretenden conceder a quien ya está incorporado al régimen de pensiones del Estado el beneficio de poder gozar de una mayor pensión siempre y cuando éste acredite contar con quince años de servicios reales si es hombre y doce y medio si es mujer.

La Ley N° 24156 no es una norma de excepción para la incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, por el contrario, ésta es una norma que busca favorecer con una mayor pensión a quienes ya están dentro de este régimen de pensiones (las pensiones se reconocen sobre la base a un ciclo laboral máximo de 30 y 25 años, según se trate de hombres o mujeres, de tal manera que más años de servicios permitirán una mayor pensión: 30 o 25 avas partes adicionales; inclusive, se podría acceder a la nivelación de la pensión – efecto espejo – a partir de 20 o más años de servicios, conforme lo dispuesto por la Ley N° 23495).

En este orden de ideas, lo más pernicioso de dicha “interpretación” de los alcances de la Ley N° 24156, es que utilizando una ficción jurídica sin sustento legal alguno al sostener que los cuatro años de formación profesional se anteponen a los años de servicios prestados a favor del Estado, la fecha de ingreso a la Administración Pública se “retrotrae” a un momento en el que la persona no trabajaba para el Estado con el único

²⁴² Resolución N° 009-90-TNSC-1ra. Sala del 23 de julio de 1990, emitida en el proceso de reclamación interpuesto por doña Juana Arce Gracey (Expediente N° 995-89).

propósito de que alguna de las normas excepcionales de incorporación o reincorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 le pueda ser aplicable. En síntesis, mediante una norma legal no se puede modificar la realidad objetiva: la fecha de ingreso real de un servidor o funcionario al servicio de la Administración Pública.

En adición a lo anteriormente señalado, cabe hacer presente que la aplicación de los principios del indubio pro operario y retroactividad benigna de la norma en materia laboral cuando es más favorable al trabajador en la reclamación administrativa seguida por ante el Tribunal Nacional del Servicio Civil resulta manifiestamente impertinente. Ello debido a que, por un lado, no existe duda sobre los alcances y sentido de la norma que ha de aplicarse, y, del otro, no cabe postular que el artículo 1° de la Ley N° 24156 constituya – para los efectos de la eventual “anteposición” de los años de formación profesional a la fecha de ingreso al Estado – una norma más favorable que el artículo 41° del Decreto Ley N° 20530.

Por ello, en función a los argumentos jurídicos antes señalados, el criterio adoptado por la Primera Sala del Tribunal Nacional del Servicio Civil en sede administrativa fue dejado sin efecto por la jurisprudencia uniforme de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.²⁴³

Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional – variando el criterio precedentemente adoptado por él mismo en causas similares en las que sostiene la imposibilidad de anteponer los años de formación profesional a la fecha real de ingreso del servidor o funcionario público a la Administración Pública, a efectos de obtener su incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Estado²⁴⁴ - al emitir la sentencia del 6 de agosto de 2002 que resuelve la demanda de acción de amparo promovida por doña Victoria Yupanqui Mendoza (Expediente N° 403-2000-AA/TC) señala lacónicamente, al analizar los alcances del artículo 1° de la Ley N° 24156, que, “el Tribunal Constitucional considera que este derecho no se adiciona al final, sino que se antepone, por lo que, en el presente caso, procede la reincorporación de la recurrente al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530” (Fundamento Jurídico Segundo).

En este punto, debemos hacer presente que en dicha causa doña Victoria Yupanqui Mendoza solicita su reincorporación al régimen pensionario del Estado

243 Entre otros pronunciamientos, cabe mencionar las sentencias del 26 de setiembre de 1987, correspondiente al Expediente N° 526-96 y del 2 de octubre de 1998, correspondiente a los Expedientes N° 1511-97 y N° 1518-97.

244 Ver sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de mayo de 2002 expedida en la demanda de acción de amparo interpuesta por don Wigberto Dioses Peralta (Expediente N° 244-2000-AA/TC) que cuenta con la firma de los actuales Magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia del 29 de diciembre de 1998 en la demanda de acción de amparo promovida por doña Susana Puémape Fernández (Expediente N° 121-98-AA/TC).

fundamentando su pedido en el hecho de haber ingresado a prestar servicios a la Administración Pública el 20 de junio de 1977 y de haber obtenido – mediante Resolución administrativa – la acumulación a su tiempo de servicios de cuatro años de formación profesional.

Al emitir sentencia en el caso promovido por la señora Yupanqui Mendoza, el TC declara fundada la demanda ordenando la reincorporación de la accionante al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 sin hacer mención expresa a la norma que la sustenta, aún cuando en la parte considerativa del fallo efectúa una sencillamente desconcertante mención a la Ley N° 24366. Tal cuestionamiento a la sentencia se sustancia en el hecho que, inclusive con la anteposición de los años de formación profesional de la demandante a su real fecha de ingreso, ésta sólo podría ser considerada como “ingresante” al servicio del Estado el 21 de junio de 1973, cuando de conformidad con lo dispuesto por la norma legal invocada por el TC (Ley N° 24366) constituye requisito inexorable para su aplicación venir laborando como servidor o funcionario público desde el 27 de febrero de 1967.

Adicionalmente, la sentencia en mención no sólo resulta criticable por la ausencia de motivación jurídica que rebata los argumentos legales antes desarrollados y por no precisar en función a que norma excepcional de incorporación doña Victoria Yupanqui Mendoza tendría derecho a ser reincorporada al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 sino, además, por el potencial impacto económico negativo para las finanzas públicas que traería el precedente que sentaría el TC con su fallo, esto es, que cualquier servidor o funcionario público con formación profesional podría anteponer a su fecha real de ingreso a prestar servicios al Estado hasta cuatro años de servicios para efectos de su incorporación al régimen de pensiones del Estado.²⁴⁵

Ante las fundadas críticas planteadas en contra del fallo del TC sobre este particular, al emitir sentencia en el célebre caso Carlos Maldonado Duarte, el Tribunal efectúa una segunda saludable rectificación de criterio al sostener, respecto al cómputo del abono de los hasta cuatro años de formación profesional, que “(...) Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41° del Decreto Ley N° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince años o doce y medio años según sea el caso”.²⁴⁶

²⁴⁵ Con respecto al impacto económico de la sentencia emitida en el caso Victoria Yupanqui Mendoza, vid. cita N° 2

²⁴⁶ Fundamento Jurídico Décimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte

Y, resaltando el valor de precedente vinculante que le concede a este pronunciamiento en particular, el TC precisa: "*En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta*".

4. La incorporación y reincorporación al régimen de pensiones del Estado por mandato judicial en procesos de amparo constitucional

Como ya lo hemos indicado con anterioridad, aquellas personas que vieron afectados sus derechos, ciertos o expectáticos, en el régimen previsional del Estado, acudieron mayoritariamente al Poder Judicial vía acción de amparo constitucional solicitando ser incorporados al régimen, por entender tener derecho al mismo o por haberse denegado su solicitud en sede administrativa, o su reincorporación al régimen, por cumplir con los requisitos para ello o haber sido desincorporados administrativamente. Ciertamente, el mayor contingente de reclamantes estaba constituido por aquellos que en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 763, que como se recordará establece la nulidad de pleno derecho de toda incorporación o reincorporación realizada con violación de lo dispuesto por el artículo 14° del Decreto Ley N° 20530, habían sido desincorporados administrativamente.

En tales supuestos, los demandantes, alegando la violación o amenaza inminente de su derecho constitucional a la seguridad social por acción u omisión de los funcionarios de las entidades o empresas del Estado, instauran sus procesos de amparo. En algunos casos la pretensión principal radicaba en la incorporación al régimen pensionario, en otros el restablecimiento del pago de las pensiones dejadas de abonar.²⁴⁷

Los pronunciamientos emitidos en sede constitucional han privilegiado mayoritariamente una visión estrictamente formal del conflicto de derecho planteado. No han analizado suficientemente si el recurrente ha venido gozando y ejerciendo el derecho invocado de acuerdo a ley, o ha estado en aptitud de hacerlo con tal carácter. El común denominador de tales fallos estriba en desconocer la facultad de la administración de efectuar las desincorporaciones unilateralmente, debiendo necesariamente recurrir a la acción de nulidad de incorporación en sede judicial para dilucidar la legalidad o no de éstas. Con ello, se desconoce el efecto de la nulidad de pleno derecho sancionada por el Decreto Legislativo N° 763.

²⁴⁷ Una visión panorámica del problema suscitado aparece reseñada en HEREDIA MENDOZA, Madeleine "La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530" Gaceta Jurídica, mayo de 1996, N° 30, pp. 39-46.

En todo caso, en el presente trabajo quisiéramos poner de relieve que el Tribunal en sus últimos pronunciamientos no ha asumido un criterio uniforme sobre el particular. Así, en dos fallos emitidos recientemente en los cuáles se solicita la incorporación y reincorporación, respectivamente, al régimen de pensiones del Estado en entidades y empresas del Estado, el TC ha expedido sentencias asumiendo criterios diversos.

En efecto, en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de ENTEL PERU, el Tribunal sostiene: "queda acreditado que la demandante cumple con los requisitos establecidos por la Ley N° 25273, razón por la que (...) resulta procedente su reincorporación al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530" (sentencia del 17 de octubre de 2002, emitida en el Expediente N° 0036-2002-AA/TC).

Como puede apreciarse de la sentencia glosada, en dicho caso el TC aprecia que la recurrente cumple con los requisitos de reincorporación al régimen previsional del Estado señalados en una norma de excepción (Ley N° 25273), por lo que concluye accediendo a lo peticionado.

Por el contrario, en otra causa que mereció un pronunciamiento del mismo TC en fecha muy cercana a la de emisión de sentencia en el proceso antes mencionado, seguida esta vez contra el INSTITUTO DE SALUD, el Tribunal señala que "dado que la demandante no tiene un derecho reconocido que le asegure el disfrute de una pensión de acuerdo con el régimen del Decreto Ley N° 20530, puesto que no ha demostrado la existencia de acto administrativo alguno que así lo acredite, o que reúne los requisitos para ello, la demanda debe desestimarse" (sentencia del 22 de octubre de 2002, emitida en el Expediente N° 0687-2002-AA/TC).

En este último caso, el Tribunal deniega el pedido de incorporación debido a que la recurrente no acredita contar con una resolución administrativa que de sustento a su reclamación, ni reunir los requisitos para ello.

III. DESINCORPORACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

Tal como se ha señalado precedentemente, un repaso histórico de las disposiciones que han regulado en el tiempo el régimen previsional del Estado revela la existencia de una clara correspondencia entre el régimen laboral en el que se encuentra comprendido el servidor o funcionario público y el régimen pensionario al cual se adscribe. Así, el servidor o funcionario público con relación laboral vigente al 11 de julio de 1962 estaba inexorablemente incorporado al régimen

laboral de la actividad pública regulado por la Ley N° 11377, correspondiéndole los beneficios pensionarios de la Ley de Goces de 1850, posteriormente consolidada por el Decreto Ley N° 20530. En tal escenario, resultaba absolutamente incompatible con el régimen pensionario del Estado incorporar a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Es más, el propio Decreto Ley N° 20530 lo impedía al establecer en su artículo 14°, inciso b), la imposibilidad de acumular los servicios prestados al Sector Público bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector bajo el régimen laboral de la actividad privada. Más aún, el mismo Decreto Ley N° 20530 señala en su artículo 17° que en el caso de reingreso al Estado no cabe adicionar para fines pensionarios los nuevos servicios prestados con los precedentemente laborados en el propio Estado²⁴⁸.

Pero, a partir de mediados de la década de los 80 del siglo pasado y a través de diversas normas de excepción, se permitió que determinados grupos de trabajadores que prestaban servicios al Estado en diversas empresas y entidades públicas cuyo personal se encontraba sujeto al régimen laboral de la actividad privada pudieran ser incorporados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, "reabriéndose" el régimen, en principio cerrado.

Y, a partir de estas normas de incorporación y reincorporación excepcionales, al interior de las diversas empresas y entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada se ensayaron una serie de interpretaciones respecto a los alcances de éstas normas de excepción que tuvieron como común denominador permitir indebidas "incorporaciones" al régimen de pensiones del Estado, así como que en éstas se acumule para efectos pensionarios tiempo de servicios prestado en distintos regímenes laborales, a pesar de la expresa prohibición contemplada por el artículo 14°, inciso b) del Decreto Ley N° 20530. Lamentablemente, tales criterios, carentes de asidero legal, fueron sostenidos por el Tribunal Nacional del Servicio Civil, con el manifiesto agravante de constituir sus resoluciones precedentes de cumplimiento obligatorio en sede administrativa²⁴⁹.

248 Excepcionalmente, el artículo 2° de la Ley N° 23329 permite la reincorporación al régimen de aquellos servidores y funcionarios públicos ingresados antes del 11 de julio de 1962 que, encontrándose en la situación de cesantes, hubiesen reingresado o reingresen al Sector Público. En tal caso, estos deberán percibir la pensión que reciben acumulando el nuevo tiempo de servicios prestado con anterioridad para efectos de cómputo de la pensión definitiva que les ha de corresponder.

249 Incluso el Tribunal Nacional del Servicio Civil llega a sustentar una singular teoría a partir de la cual bastaba que el empleador fuera el Estado, independientemente del régimen laboral al que estuviera adscrito el trabajador, para que éste tenga derecho a ser incorporado al régimen previsional del Estado. Con tal "criterio interpretativo" miles de trabajadores de las empresas del Estado obtendrían indebidamente su incorporación al régimen, tal como se recuerda en: MORALES CORRALES, Pedro: "El fracaso de los sistemas pensionarios a cargo del Estado y la Resolución del Tribunal Constitucional del 18 de junio de 2003", Diálogo con la Jurisprudencia, julio de 2003, Año 9, N° 58, p. 28.

Lo anteriormente señalado, fuera de generar una evidente distorsión en la esencia del sistema de seguridad social en pensiones del Estado ha de derivar en el tiempo a una situación económica inmanejable, incompatible con las reales posibilidades del Estado que lo sostiene.

Percatándose de ello, y como ya ha sido referido con antelación, el Supremo Gobierno emite en el año 1991 el Decreto Legislativo N° 763 que declara la nulidad de pleno derecho de todo acto de incorporación efectuado en clara contravención de lo dispuesto por el artículo 14° del Decreto Ley N° 20530.

Y, a partir de esta norma legal, las empresas y entidades públicas cumplen con emitir resoluciones de carácter administrativo que declaran la nulidad de las incorporaciones indebidas²⁵⁰. Como reacción a tales actos, los afectados interponen demandas de acción de amparo alegando la violación de su derecho constitucional a la seguridad social, solicitando el restablecimiento del pago de sus pensiones.

En este punto, cabe recordar que la primigenia norma que regula la facultad administrativa de declarar la nulidad de oficio de las resoluciones que contraríen el interés público, el artículo 112° del Decreto Supremo N° 006-67-SC²⁵¹, no estableció plazo alguno para que la Administración Pública recurra de sus propias resoluciones. En consecuencia, durante la vigencia de esta norma la facultad de la administración para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas dictadas por ella resultaba imprescriptible.

Es a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 26111²⁵², que modifica el precedente Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y lo eleva a rango de Ley, que se establece a través del agregado de un segundo párrafo a su artículo 113°, el plazo de 6 meses, contados a partir de la fecha en que el acto administrativo queda consentido²⁵³, para que la administración pueda declarar la nulidad de sus propias resoluciones.

Posteriormente, la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960, que modifica el Decreto Supremo N° 02-94-JUS – Texto Unico Ordenado de la Ley de

250 En torno a la posibilidad que empresas estatales de Derecho Privado emitan resoluciones vinculadas con la incorporación y desincorporación en el régimen pensiones del Estado, véase GASTALBUJALASH MOTO Carlos y ZARATE SALAS Gerardo: "La nulidad administrativa de los actos de incorporación", e Registro 20530, Anales Laborales marzo de 1997, pp. 7- 10.

251 Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente desde el 12 de noviembre de 1967.

252 Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente desde el 1 de enero de 1993.

253 La resolución queda consentida vencido sea el plazo de impugnación en sede administrativa, adquiriendo la calidad de "cosa decidida".

Normas Generales de Procedimientos Administrativos –²⁵⁴, fija el plazo para la declaración de nulidad de las resoluciones en sede administrativa en 3 años, contados a partir de la fecha en que éstos hayan quedado consentidos.

Hecha esta necesaria aproximación a los temas en cuestión respecto a la viabilidad de la desincorporación al régimen de pensiones del Estado en sede administrativa y el plazo para ejercitarla²⁵⁵, cabe analizar los pronunciamientos del TC en esta materia. Y, en este punto se pone de manifiesto, una vez más, la errática jurisprudencia del Tribunal en materia pensionaria.

Así, de un lado, una serie de sentencias emitidas en el tiempo consideran como válidas las resoluciones de desincorporación, centralmente por haberse emitido éstas dentro de los parámetros establecidos por las normas habilitantes, pero, de otro lado, el mismo Tribunal en diversas sentencias cuestiona las resoluciones de desincorporación a pesar de haber sido emitidas dentro de los plazos señalados para declarar la nulidad de las mismas. Veamos.

Por un lado, el TC sostiene en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) que *"la Resolución de desincorporación fue dictada cuando aún se encontraba vigente el Reglamento General de Normas de Procedimientos Administrativos (D.S. N° 006-SC-67), que no contemplaba plazo para que la Administración anule las resoluciones dictadas en agravio del interés público. Por lo tanto, no se ha vulnerado ningún derecho constitucional"* (sentencia del 9 de octubre de 2002, emitida en el Expediente N° 0204-2000-AA/TC).

Tal criterio ya había sido adelantado en una serie de sentencias expedidas por el Tribunal en procesos constitucionales de amparo interpuestos en contra de diversas empresas y entidades del Estado. Así, cabe recordar que en un caso seguido contra ENACE, el TC señalaba que *"la Ley N° 26111 establece el plazo de seis meses para declarar en la vía administrativa la nulidad de los actos administrativos. Por lo tanto, a la fecha de emisión de la resolución de desincorporación ENACE aún contaba con capacidad para declarar la nulidad de la incorporación"* (sentencia del 8 de julio de 1998, emitida en el Expediente N° 1268-

254 Vigente desde el 31 de mayo de 1998.

255 A efectos de tener una visión completa sobre el plazo para la declaración administrativa de nulidad de las resoluciones de incorporación al régimen de pensiones del Estado y la aplicación temporal de las normas sobre el particular, vid. CALDERÓN VERA, Víctor y ZEVALLOS ALEGRE, Ronald: "El plazo legal en la facultad administrativa de declarar la nulidad de sus propias resoluciones. Su institución y reglamentación en la legislación vigente", *Diálogo con la Jurisprudencia*, abril de 2001, pp. 29 – 33, así como ABANTO REVILLA, César: "Decreto Ley N° 20530: La nulidad administrativa y las incorporaciones indebidas", *Diálogo con la Jurisprudencia*, abril de 2002, Año 8, N° 43, pp. 101 – 102.

97-AA/TC). Y, en otro proceso seguido en contra del INGEMMET, establecía que *"la ONP declaró la nulidad de la resolución de incorporación de la demandante, en aplicación del Decreto Legislativo N° 763 y el Decreto Ley N° 25456, incorporándola al Sistema de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990, por lo cual la acción de amparo es declarada improcedente"* (sentencia del 13 de agosto de 1998, emitida en el Expediente N° 1056-97-AA/TC).

Este criterio puede resumirse en lo expresado en un último pronunciamiento del TC en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de ENACE, al sostener: *"Este Tribunal tiene establecido que los derechos pensionarios obtenidos al amparo del Decreto Ley N° 20530, no pueden ser desconocidos en forma unilateral y fuera de los plazos de Ley, salvo que se determine su nulidad en un proceso regular seguido en sede judicial"* (sentencia del 20 de enero de 2003, emitida en el Expediente N° 1751-2002-AA/TC).

Y es que la administración, entendiéndose por ella en estos casos a las empresas y entidades del Estado, está habilitada legalmente a desincorporar en sede administrativa del régimen previsional del Estado a aquellas personas que fueron incorporadas indebidamente, siempre y cuando tal desincorporación se haya realizado dentro de los plazos señalados en la ley. Vencido el plazo establecido, la empresa o entidad estatal podrá recurrir al Poder Judicial, a fin de obtener un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de tal incorporación.

Por ello resulta sorprendente que el Tribunal, en otros procesos judiciales similares a los anteriormente reseñados, haya concluido, a pesar de resultar claro y manifiesto que los plazos para declarar la nulidad en sede administrativa no habían vencido, que las desincorporaciones resultan inválidas²⁵⁶.

En dicho sentido se pronuncia el TC al sostener en una causa seguida en contra de ENAPU que *"conforme se ha expresado en la sentencia recaída en el expediente N° 008-96-I/TC (sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817) (...) los derechos pensionarios adquiridos no pueden ser desconocidos unilateralmente (...) sólo procede declarar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial"* (sentencia del 9 de octubre de 2002, emitida en el Expediente N° 1077-2001-AA/TC).

Del mismo modo, el Tribunal en un proceso seguido contra Enace señala que *"la resolución de desincorporación emitida cuando el beneficiario venía perci-*

²⁵⁶ A guisa de ejemplo, a efectos ilustrar el criterio del Tribunal contrario a la desincorporación en sede administrativa cabe referirse, entre otras muchas, a la sentencia del 22 de enero de 2003, emitida en el Expediente N° 2547-2002-AA/TC.

biendo pensión carece de eficacia porque atenta contra su bienestar y significa una renuncia al régimen de pensiones consolidado a su favor, en contravención del principio de irrenunciabilidad establecido por la Constitución (26º.2)" (sentencia del 5 de setiembre de 2002, emitida en el Expediente N° 0182-2002-AA/TC).

En primer término, cabe apreciar que las sentencias antes glosadas parecen desconocer que la protección en sede constitucional concedida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 está circunscrita a los "derechos legalmente obtenidos", esto es, aquellos derechos pensionarios otorgados dentro del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 con arreglo a la ley. Por ende, las incorporaciones indebidas al régimen previsional del Estado no pueden, bajo ningún punto de vista, gozar de amparo constitucional.

En segundo lugar, en cuanto a la última sentencia reseñada, aparece nítidamente un grueso error conceptual del TC al pretender sustentar su fallo en la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, reconocido efectivamente por el artículo 26º, 2 de la Constitución de 1993. Ello debido a que el citado principio resulta de aplicación en el caso en el que el trabajador resigna voluntariamente un derecho surgido de una norma imperativa. Pues bien, en el presente caso no existe disposición o renuncia de derechos por parte del pensionista. Todo lo contrario, es más bien la acción judicial del pensionista afectado por una resolución de desincorporación dispuesta sin su intervención la que motiva el pronunciamiento en sede constitucional del Tribunal. De otro lado, resulta igualmente cuestionable la invocación de un derecho de estricto contenido laboral para amparar un pretendido supuesto en materia previsional.

De otro lado, el Tribunal tampoco expone un criterio uniforme en el supuesto de aquellas incorporaciones realizadas en virtud de una mera comunicación que, en principio, no reuniría los requisitos establecidos para ser considerada, en puridad, como una resolución administrativa, que luego han merecido otra comunicación de desincorporación al régimen de pensiones del Estado. Dos sentencias del TC expedidas en sendas demandas de acción de amparo seguidas en contra de Petroperú reflejan lo antes señalado. Veamos.

En una última sentencia del TC que resuelve un caso en el que la incorporación del pensionista se dio el 5 de marzo de 1986 y su desincorporación el 5 de junio de 1991, llevándose a cabo éstas a través de una simple carta y no mediante una resolución administrativa, el Tribunal sostiene: "*si la empresa Petróleos del Perú consideraba que el demandante fue incorporado indebidamente (...) debió proceder a anular o modificar la citada carta, de acuerdo a las disposicio-*

nes contenidas en el artículo 112º y siguientes del D.S. Nº 006-67-SC, aplicable al asunto materia de autos; o, en todo caso, debió recurrir para dicho fin a la sede judicial" (sentencia del 23 de enero de 2003, emitida en el Expediente Nº 0531-2002-AA/TC).

El razonamiento que trasunta la sentencia bajo comentario resulta curioso. De un lado, el Tribunal no cuestiona que la incorporación al régimen de pensiones del Estado se haya realizado mediante una simple carta. Es más, resulta obvio que la considera absolutamente válida. Y, por el contrario, la desincorporación efectuada también a través de una carta resultaría contraria a derecho por no haberse expedido una resolución administrativa *"de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 112º y siguientes del D.S. Nº 006-67-SC"*.

Además, *cabe reparar* que dicha sentencia varía radicalmente un criterio anteriormente expuesto por el mismo TC que en un caso similar seguido contra Petroperú sostuvo que *"al no tener el demandante un derecho reconocido para el disfrute de una pensión de acuerdo al régimen del Decreto Ley Nº 20530, su pretensión no resulta amparable"*. Ello debido a que la carta que lo incorpora al régimen pensionario del Estado no cumple tal propósito pues *"de acuerdo al artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 las pensiones se otorgan en base al reconocimiento de servicios mediante Resolución de Pensión expedida por el Titular del Pliego correspondiente"* (sentencia del 23 de octubre de 1998, emitida en el Expediente Nº 218-98-AA/TC).

Y es que, efectivamente, el artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 dispone que las pensiones dentro del régimen previsional del Estado se otorgan de oficio a través de la emisión de resolución administrativa. Así, el acto de otorgamiento de pensión de cesantía o jubilación prescindiendo de la formalidad exigida por la ley resultaría cuestionable. Sobre el particular, cabe recordar que, en principio, las empresas del Estado – tales como Petroperú – no se encontraban habilitadas para emitir tales resoluciones. Solo de forma excepcional, un número reducido de éstas fueron facultadas expresamente para ello²⁵⁷.

257 En torno a la aplicación del artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 en las empresas del Estado, vid. GASTIABURI JASHIMOTO, Carlos y ZARATE SALAS, Gerardo: art. cit., p. 8.

UNIDAD I: INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL DECRETO LEY N° 20530 Y LIBRE DESAFILIACIÓN DE LAS AFP

- ABANTO REVILLA, César (2007). “Desafiliación del Sistema Privado de Pensiones. Las causales previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su compatibilidad con la Ley N° 28991”. En: Jus Constitucional N° 01/2007, Editorial Grijley.

César ABANTO REVILLA(*)

DESAFILIACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: LAS CAUSALES PREVISTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU COMPATIBILIDAD CON LA LEY N° 28991

RESUMEN

En el presente comentario el autor realiza un exhaustivo examen de dos sentencias del Tribunal Constitucional, las recaldas en los Expedientes N°s 1776-2004-AA/TC y 7281-2006-PA/TC. Para tal efecto, no solo analiza su contenido sino también verifica la compatibilidad de los criterios plasmados en ellas con los preceptos comprendidos en la Ley N° 28991.

1. Desafiliación: el origen del problema

J89 Desde hace más de un cuarto de siglo asistimos a una etapa de reformas en el campo de los sistemas de pensiones, que tuvo su punto de partida en Chile —hacia el año 1981— cuando entró en vigencia el Decreto Ley N° 3.500, por el cual se creó un régimen previsional basado en la capitalización individual plena, quedando así de lado el antiguo modelo de reparto entonces imperante de manera universal. Tal

medida tuvo el efecto de un cataclismo que remeció las bases de lo que en ese entonces era un esquema clásico de pensiones, pasando de la teoría a una aplicación práctica de un sistema en el cual se soslaya uno de los principios fundamentales de la seguridad social, el de solidaridad⁽¹⁾.

Esta situación de exclusión de la solidaridad en los regímenes privados de pensiones, que funcionan en un sistema de capitalización individual, lleva a la mayoría de estudiosos del tema

(*) Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asesor Legal Externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) por el Estudio González & Asociados.

(1) Como señala de manera clara y objetiva: MESA-LAGO, Carmelo, «La reforma estructural de pensiones en América Latina: tipología, comprobación de supuestos y enseñanzas», en *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*, OIT, Perú, 1999, p. 80. Los especialistas chilenos han tratado de justificar la presencia de una solidaridad de orden exógeno con el subsidio del Estado para el pago de la pensión mínima, empero, ello no forma parte del sistema mismo; GUZMÁN M., José Antonio, «Revisión de algunas críticas al nuevo Sistema Previsional», en *Quince años después. Una mirada al Sistema Privado de Pensiones*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1995, pp. 21-22.

a señalar que son opciones de administración de pensiones que no forman parte de la seguridad social⁽²⁾.

En efecto, si nos remontamos a los orígenes del concepto de seguridad social podremos apreciar que la base fundamental sobre la cual se concebía dicha institución era el fin de brindar al individuo —con el apoyo colectivo— una prestación (sanitaria o dineraria) que le permitiera afrontar una situación objetiva que hubiera afectado temporal o definitivamente su capacidad para trabajar (la denominada contingencia: vejez, enfermedad, accidente, muerte, etc.). El esquema de reforma que se plantea desde Chile, con anuencia del Banco Mundial y los economistas, nos acerca a un ideal de prevalencia financiera respecto de la tutela de los derechos sociales.

En este escenario, dentro de un esquema de reestructuración del sistema pensionario en el Perú, se creó a finales de 1992 el Sistema Privado de Pensiones⁽³⁾ (en adelante SPP) a fin que entidades privadas (AFP) asuman la recaudación de los aportes y el pago de las pensiones de los trabajadores afiliados a dicho régimen, que existiría de manera paralela al Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP) en aparente competencia⁽⁴⁾. Se inició así un proceso masivo de afiliación al SPP que estuvo rodeado de cuestionamientos.

En un inicio, se rebusó la forma en la cual se afilió a cientos de miles de trabajadores que en

ese entonces cotizaban al SNP, alegándose una información insuficiente respecto del supuesto derecho a un bono de reconocimiento y/o los beneficios que se obtendría en el SPP al momento de jubilarse, a lo cual se sumaron posteriormente casos de asegurados que al inscribirse en el nuevo régimen privado ya contaban con la edad y los años de aportaciones para jubilarse bajo el régimen estatal (Decreto Ley N° 19990), así como los supuestos de falsificación de firmas, documentos y suplantación de personas.

Pero es con posterioridad al año 1998, cuando se pasa del sistema de reversibilidad (sin excesiva restricción) a un procedimiento de nulidad de afiliación bajo causales taxativas y llegan a conocimiento de la colectividad los primeros casos de pensionistas cuyo monto de pensión en el SPP estaba por debajo del mínimo establecido en el SNP, que se gesta un movimiento de reclamo social dirigido a conseguir el retorno al sistema público, ante lo cual se elaboran en el Congreso de la República una serie de proyectos de ley con el fin de materializar la anhelada libre desafiliación del SPP⁽⁵⁾.

Dentro de tal discusión, y mientras se debatía en el Congreso de la República un reciente proyecto presentado por el Poder Ejecutivo (Proyecto N° 026/2006-PE) respecto a dicha materia, se publica en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007 la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, en el proceso de amparo

(2) Por todos, ver: Pasco Cosmópolis; Mario, «¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?», en *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*, OISS, Madrid, 1998, pp. 169-179. En palabras del autor: «Allí donde la Seguridad Social se basa en la solidaridad, el sistema privado se basa en el individuo».

(3) En realidad fue creado originalmente en el año 1991 por el Decreto Legislativo N° 724, pero es recién en el año 1992 (con la norma citada *supra*) que entra en verdadero funcionamiento.

(4) La competencia era solo aparente, pues al SPP se le otorgaron una serie de medidas y privilegios que de largo superaban —en teoría— los derechos reconocidos en el SNP.

(5) La mayoría de ellos con fines populistas y sin mayor sustento técnico, como por ejemplo el Proyecto N° 1119/2004-CR, presentado el 10 de agosto de 2004 por la ex Congresista Dora Dávila Núñez, por el cual se permitía la desafiliación de los asegurados con 40 o más años de edad.

seguido por Víctor Morales Medina contra la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante SBS) y la AFP Unión Vida, en la cual se establecen tres supuestos de retorno (denominado «parcial») del SPP al SNP.

Poco más de un mes después, el 27 de marzo de 2007, es publicada la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, que —entre otros aspectos— contemplaría también tres causales para iniciar el proceso de desafiliación del SPP para retornar al SNP, empero, omite regular uno de los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional: el caso de la ausencia de información (veraz, suficiente y completa) para decidir afiliarse al SPP.

Es ante dicha omisión, que el Tribunal Constitucional ha emitido un fallo complementario —que será materia del presente trabajo— recaído en el Expediente N° 7281-2006-PA/TC⁽⁶⁾, en el proceso de amparo seguido por Santiago Terrones Cubás contra la AFP Profuturo, que busca compatibilizar las causales de desafiliación previstas por la Ley N° 28991 con los supuestos contenidos en la sentencia del citado Expediente N° 1776-2004-AA/TC, fallo en el cual no solo se precisa la obligación de incluir a la soslayada dentro del catálogo de causales reguladas legalmente para iniciar el proceso de desafiliación, sino que —además— establece una serie de medidas adicionales para aplicar los referidos precedentes.

2. Primera sentencia: Expediente N° 1776-2004-AA/TC

El Tribunal Constitucional desde hace más de diez años ha venido emitiendo una serie de pro-

nunciamentos trascendentales en el campo pensionario, sentencias entre las cuales es necesario aludir al Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado)⁽⁷⁾, en cuyo Fundamento N° 107 ha delimitado los componentes del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, que —a su entender— son los siguientes:

- a) El derecho de acceder a una pensión
- b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- c) El derecho a una pensión mínima vital

En el Fundamento N° 140 de la sentencia antes citada el Tribunal Constitucional concluía que el SPP no podría considerarse dentro del concepto de la seguridad social, al señalar que:

«Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad».

Se verifica claramente que, ante la ausencia de la solidaridad, el Tribunal Constitucional era

(6) Publicado en el *El Peruano* el 15 de mayo de 2007.

(7) Publicada en el *El Peruano* el 12 de junio de 2005. Proceso de inconstitucionalidad en contra de las Leyes N°s 28389 y 28449, que —respectivamente— aprobaron la reforma de la Constitución de 1993 (artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final) y establecen las nuevas reglas para el régimen del Decreto Ley N° 20530.



de la opinión —inicialmente— que el SPP no era parte de la seguridad social, lo cual se ve plasmado en sus pronunciamientos iniciales sobre desafiliación (por todos: Expediente N° 2156-2003-AA/TC)⁽⁸⁾, en los que se declaraba la improcedencia de dichas demandas.

Ratificando dicha afirmación, es decir, que el Tribunal Constitucional excluía al SPP del campo de acción de la seguridad social, en el literal a) del Fundamento N° 37 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC⁽⁹⁾, proceso de amparo seguido por Manuel Amicarna Hernández contra la ONP, que determina el contenido constitucional protegido del derecho a pensión y señala las pretensiones viables a través del amparo en materia previsional, se establecía que —en cuanto a la protección del acceso a una pensión (en lo referido al inicio del aporte)— únicamente se contemplaría al SNP:

J91

«a) En primer lugar, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos de libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (...).»

Resulta claro que limitarse el ámbito de tutela en sede constitucional del inicio del periodo de

aportaciones para el caso del SNP⁽¹⁰⁾ se corrobora la exclusión del SPP del ámbito de la seguridad social, empero, es a partir de dicho componente (libre acceso) que ahora se justifica el reconocimiento del derecho a reclamar el inicio del proceso de desafiliación.

A pesar de lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha emitido la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC⁽¹¹⁾, en la cual se establecen tres supuestos de retorno parcial del SPP al SNP:

2.1. *La titularidad no ejercida del derecho a pensión (de jubilación)*

En este supuesto se encuentran aquellos afiliados al SPP que al momento de suscribir el contrato con la AFP respectiva —a través del cual se formalizó su incorporación al SPP— ya contaban con la edad y los años de aportación para acceder a una pensión de jubilación en el SNP. El Fundamento N° 36 alude expresa y únicamente a dicha prestación, razón por la cual no alcanzará a los casos de pensiones de invalidez y sobrevivientes:

J92

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

(8) Fallo publicado en la página web del TC el 13 de junio de 2006, que constituye el precedente obligatorio sobre desafiliación anterior a la sentencia materia del presente comentario.

(9) Publicada en el *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

(10) No se menciona al régimen previsional de los funcionarios públicos (Decreto Ley N° 20530), al haber quedado cerrado de manera definitiva por mandato de las Leyes N°s 28389 y 28449.

(11) Con relación a dicha sentencia hemos formulado algunas anotaciones previas en: ABANTO REVILLA, César, «El Tribunal Constitucional y su propuesta de retorno parcial en el debate sobre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones: ¿sumando o restando?», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 102, Lima, 2007, pp. 47 a 53.

Para tener derecho a una pensión de jubilación en el SNP es necesario que el asegurado reúna la edad y los años de aportación

fijados en el Decreto Ley N° 19990, norma que en la actualidad contempla dos modalidades:

Modalidad	Años de edad	Aportación
1. Régimen general ⁽¹²⁾ artículos 38° y 41°	65	20
2. Pensión adelantada artículo 44°	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 25

En el caso de los regímenes especiales de jubilación, como los trabajadores marítimos, de construcción civil, amas de casa, aviadores comerciales, entre otros, se deben exigir los requisitos correspondientes para cada supuesto.

El Tribunal Constitucional reconoce la imposibilidad material de declarar en vía de amparo la titularidad del derecho a una pensión jubilatoria al no existir un registro ordenado de los aportes en el SNP, por lo tanto, solo se permitirá el retorno al régimen estatal si se cumple previamente el proceso administrativo respectivo (entendemos, ante la ONP).

2.2. La falta de información suficiente (previa a la afiliación al SPP)

- J93 En los Fundamentos N°s 38 al 43 del fallo comentado, el Tribunal Constitucional considera que es constitucionalmente legítimo disponer el ejercicio del derecho al retorno parcial de los asegurados que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia que percibirían bono de reconocimiento o si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP.

Este supuesto es justamente el que no fue incluido en la Ley N° 28991, originando que el

Tribunal Constitucional emita la sentencia recaída en el Expediente N° 7281-2006-PA/TC.

El Tribunal Constitucional señala, con relación a este supuesto, que era labor del Estado (mediante la SAFF, la SBS y la ONP) —tanto como de las AFP— brindar al potencial afiliado información veraz, actual y completa de las ventajas y desventajas de permanecer en un sistema o ingresar a otro, sin embargo (pese a reconocer que no cuenta con los datos suficientes para tener una opinión concluyente), la cantidad de reclamos en ese sentido muestran que habrían existido niveles deficientes en la difusión de información adecuada que permitiese al asegurado sustentar debidamente su decisión de incorporarse al SPP.

Para el Tribunal Constitucional, la ausencia de una información que induce a una persona a cambiar de sistema de pensiones no solo comporta un vicio a la voluntad que afectaría con sanción de nulidad el acto de traslado, sino que al haber afectado también el derecho a ser informado en forma veraz, se vulnera el derecho a la pensión (Fundamento N° 30).

De tal manera, al catalogar al pensionista como «usuario de la prestación de pensión», se aplicará a su favor los principios y derechos en materia de

(12) Con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley N° 25967 y la Ley N° 26504.

protección al consumidor, que en el caso particular de la afiliación masiva al SPP producida en los noventa, a criterio del Tribunal Constitucional, no habrían sido respetados al incumplir con la realización de un alto grado de publicidad de las diversas normas referidas a los sistemas pensionarios, así como de los pros y contras de los servicios del SPP en comparación con los del SNP.

- J94 Para resolver el natural problema probatorio derivado de su aplicación, el Tribunal recurre a la inversión de la carga de la prueba, que ha denominado prueba dinámica. En materia procesal, la regla general es que «quien alega un hecho que sustenta su pretensión debe probarlo», sin embargo, tomando de referente los criterios utilizados en el caso bancario y financiero (Ley N° 28587), se concluye que corresponde a las AFP y al Estado demostrar que sí informaron de manera adecuada a los asegurados antes de su afiliación al SPP.

En el literal c) del Fundamento N° 50 de la sentencia bajo comentario se añade que en estos casos sería necesaria la intervención del Indecopi a través de un informe con carácter de peritaje referido al nivel o grado de la información, correspondiendo a la SBS —por ser la entidad supervisora del SPP— la decisión administrativa definitiva sobre el particular.

2.3. Los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o la salud

- J95 De acuerdo con este supuesto, debería permitirse el inicio del trámite de desafiliación de los

trabajadores que realizan labores riesgosas, en consonancia con el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución, pues solo así la aplicación del derecho a la pensión posibilitará el cumplimiento del principio de respeto a la dignidad humana (Fundamentos N°s 44 al 46).

Según el Tribunal Constitucional, el Estado debe brindar un especial cuidado y atención a quienes laboran en actividades como la minería, donde terminado el vínculo laboral será probable que la persona sufra una deficiencia física de carácter sobrevenido.

En el Fundamento N° 46 de la sentencia reseñada se precisa que un trabajador minero podrá iniciar trámite de desafiliación si padece enfermedad profesional como la neumoconiosis⁽¹³⁾.

Como correctamente precisan algunos autores⁽¹⁴⁾, y se indica expresamente en el numeral 5 de la resolución aclaratoria de la citada sentencia (de fecha 6 de marzo de 2007), en la causal comentada solo se alude a la pensión jubilación, excluyéndose expresamente al régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El Tribunal Constitucional señala que se trata de un supuesto que en el pasado también fue reconocido como causal de nulidad de afiliación (Resolución N° 185-99-EF), pero que actualmente no está disponible, debiendo reconducirse a través del proceso de amparo.

En tanto, este supuesto será aplicable principalmente al caso de los trabajadores mineros, regulados en el SNP por la Ley N° 25009; la

(13) La neumoconiosis es una enfermedad pulmonar producida por la inhalación de partículas de polvo mineral que produce alteraciones en el alvéolo pulmonar de tipo irreversible, una de sus formas más comunes de presentación son la silicosis (causada por la exposición, entre 6 a 8 años, al sílice libre) y la asbestosis (que es producida por la exposición al asbesto, amianto, silicato de magnesio, etc.). Las pautas para evaluar y diagnosticar neumoconiosis se realizan sobre la base de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT que fue adoptada por el Perú a través de la Resolución Suprema N° 014-93-TR (ABANTO REVILLA, «El Tribunal Constitucional y su propuesta de retorno parcial en el debate sobre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones: ¿sumando o restando?», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 102, Lima, 2007, p. 52).

(14) DE LA PUENTE PARODI, Jaime y SILVA HUALLANCA, Jesús, «El derecho al libre acceso a los sistemas previsionales como parte del contenido del derecho a la pensión en la jurisprudencia constitucional», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 102, Lima, 2007, p. 64.

autoridad administrativa y el Poder Judicial —en especial en los procesos de amparo— deben tener en cuenta que en diversas zonas del país existen casos de falsificación de certificados médicos⁽¹⁵⁾, sobre cuya base se tramitan solicitudes de otorgamiento de pensión, razón por la cual el juzgador de primera instancia deberá disponer, a partir de la facultad contenida en el artículo 9° de la Ley N° 28237, la actuación de todas las pruebas dirigidas a constatar la veracidad de los certificados o dictámenes médicos que sean anexados a dichas demandas, cursando oficio a EsSalud, el Ministerio de Salud o la Superintendencia de EPS, para verificar si tales documentos son legítimos, de lo contrario, se deberá aplicar las sanciones administrativas y judiciales (incluso penales) que sean necesarias para establecer los niveles de responsabilidad⁽¹⁶⁾.

Tal cual indica Castillo Córdova⁽¹⁷⁾, la inexistencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales no anula la facultad del juez de realizar actuaciones dirigidas a solucionar el conflicto cuando son indispensables para determinar la validez del petitorio, por lo cual resulta viable (y necesaria) la validación de los certificados médicos en lo concerniente a las pensiones de jubilación minera relacionadas a esta causal.

3. Segunda sentencia: Expediente N° 7281-2006-PA/TC

El 27 de marzo de 2007 fue publicada la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, norma que contempla tres causales de desafiliación:

- a) Para todos los afiliados al SPP que ingresaron 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 (artículo 1°).
- b) Para todos los afiliados al SPP que al momento de su afiliación contaban con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP (artículo 2°).
- c) Para todos los afiliados al SPP que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentren bajo el alcance de la Ley N° 27252⁽¹⁸⁾, cuando cumplan los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP (Primera Disposición Transitoria y Final).

Como se apreciará claramente, la Ley N° 28991 comprendía únicamente dos de los tres supues-

(15) Por ejemplo, en la ciudad de Huancayo (Junín), como consta en la edición del diario *Primicia* del día 26 de mayo de 2006, existe un reciente proceso penal en trámite con más de 300 inculcados.

(16) El artículo 3° del Código de Procedimientos Penales obliga al juzgador civil (precepto extensible al juez constitucional) a poner a conocimiento del Ministerio Público de la existencia de indicios de la comisión de un ilícito penal al interior del proceso a su cargo, pudiendo disponer incluso que aquel sea suspendido en su tramitación, si se requiere del pronunciamiento previo del Juez Penal.

(17) CASTILLO CORDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, ARA, Lima, 2004, pp. 252-253. Al analizar justamente el artículo 9° de la Ley N° 28237.

(18) La citada Ley data del 7 de enero de 2000, y estableció el derecho a una jubilación anticipada para los afiliados al SPP que realizaban labores de riesgo para la vida o la salud; conforme al artículo 2° de su Reglamento (Decreto Supremo N° 164-2001-EF) comprende a los trabajadores de minas subterráneas, minas a tajo abierto, centros de producción minera, metalúrgica y siderúrgica (que laboraron expuestos a riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad), y a los trabajadores de construcción civil.

tos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 1776-2004-AA/TC, lo cual —obviamente— no impedía la ejecución de la causal soslayada, sin embargo, para evitar dudas respecto de tal situación se emite el pronunciamiento (con carácter de precedente obligatorio) recaído en el Expediente N° 7281-2006-PA/TC, en el cual se indica (Fundamento N° 23) que los jueces, las autoridades administrativas y las AFP están obligadas a aplicar los criterios establecidos en el primero de los fallos citados y la Ley N° 28991, de manera «directa, inmediata y obligatoria».

El Tribunal Constitucional señala —en la segunda de las sentencias bajo comentario— que si existe un mandato constitucional expreso y directo concerniente a la falta o ausencia de información como causal de desafiliación y el legislador ha omitido regular la concreción de dicha disposición, corresponde al Tribunal regular dicha situación, pues frente a la citada omisión legislativa no se puede dejar de administrar justicia, pues —de lo contrario— se estaría afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Dicho organismo añade que, en la medida que sus precedentes vinculantes constituyen fuente del Derecho, frente a un supuesto como el presente en que el legislador no prevé en la Ley N° 28991 una causal de desafiliación establecida en la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, se presentará una relación de integración jurídica entre dicha norma y el fallo aludido, antes que vinculación de jerarquía o de exclusión de una respecto de la otra (Fundamento N° 28). De manera incuestionable, señala que el hecho que el legislador haya omitido prever dicha causal de desafiliación (avalada por el artículo 65° de la Constitución Política) no quiere decir de modo

alguno que los poderes del Estado, órganos constitucionales y entidades administrativas o privadas, puedan sustraerse del cumplimiento del citado precedente, en la medida que constituye la concretización de la disposición constitucional antes mencionada (Fundamento N° 29).

De la lectura de los Fundamentos N°s 34 y 37 de la segunda sentencia, se apreciará que el Tribunal Constitucional ha establecido que en la medida que la eficacia de los derechos fundamentales no puede quedar mediatizada hasta la expedición del Reglamento de la Ley N° 28991 es constitucionalmente necesario que se aplique supletoriamente el proceso establecido por el artículo 52° de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP⁽¹⁹⁾, que señala que con el objeto de solicitar y declarar la nulidad de una afiliación, deberá observarse el siguiente procedimiento:

- a) Presentación.- Según la causal, la solicitud será presentada ante la AFP por:
 - i. Causales a) y b) del artículo 51°: el trabajador, heredero, AFP o empleador, según sea el caso.
 - ii. Causal c) del artículo 51°: la AFP es responsable de iniciar de oficio el procedimiento.
 - iii. Causal f) del artículo 51°: el trabajador o sus herederos, según el caso. En los casos a que se refiere el inciso f) del artículo 51°, la solicitud de nulidad será admitida a trámite siempre que no se encuentre bajo alguna de las situaciones siguientes:
 - iv. El afiliado o sus beneficiarios estuvieran percibiendo o no hubieran percibido pensión alguna con cargo a su CIC;

(19) Modificado por la Resolución SBS N° 751-2001, publicada el 13 de octubre de 2001.

- v. Hubiesen presentado solicitud de pensión de jubilación por cumplimiento de edad legal ante la AFP, de acuerdo con lo establecido por el Título VII del presente Compendio;
 - vi. Hubiesen presentado solicitud de pensión de jubilación anticipada ante la AFP y hubiesen cumplido con los requisitos para acceder a una pensión, de acuerdo con lo establecido por el Título VII del presente Compendio;
 - vii. Hubiesen presentado solicitud de pensión de invalidez ante la AFP y hayan sido calificados como inválidos por parte de los Comités Médicos, de acuerdo con lo establecido en el Título VII del presente Compendio.
- b) Plazo de evaluación.- La AFP evaluará la solicitud de nulidad en un plazo de cinco (5) días de recibida la documentación sustentatoria y opinará por la procedencia o la improcedencia de la solicitud, empleando para ello el formato que se describe en el Anexo N° VII. Para dicho efecto, se adjuntará al expediente la documentación sustentatoria correspondiente.
- c) Documentación sustentatoria.- Sin perjuicio de la evaluación que corresponda, se considera como documentación sustentatoria la siguiente, según cada caso que contempla el artículo 51°:
- i. Inciso a): Pericia grafotécnica correspondiente;
 - ii. Inciso b): Copia del contrato de afiliación y copias de las boletas de pago que acrediten que el empleador conocía los antecedentes previsionales del trabajador;
 - iii. Inciso c): Certificación emitida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, indicando la inexistencia del nombre en el registro y consignando el nombre de la persona a quien corresponde el número del documento de identidad materia de verificación;
- iv. Inciso f): Dictamen de evaluación y calificación de invalidez emitido por el Comafp o Comec.
- d) Información incompleta.- En caso se hubiese alcanzado a la AFP la documentación sustentatoria en forma incompleta, la AFP deberá comunicar por escrito con indicación expresa de los documentos faltantes al solicitante de la nulidad dentro de los siguientes diez (10) días, a efectos de que proceda a subsanar las observaciones de forma comunicadas.
- e) Calificación de improcedencia.- Si luego de la evaluación, la AFP considera improcedente la solicitud presentada, dejará constancia de ello en el Anexo N° VII, archivará en la Carpeta Individual del Afiliado el expediente a que se refiere el inciso b) anterior y cursará notificación al solicitante de la nulidad comunicándole el resultado de la verificación, detallando los motivos de la improcedencia dentro de los diez (10) días siguientes.
- f) Calificación de procedencia.- Si luego de la evaluación, la AFP considera procedente la solicitud, remitirá dicha información a la Superintendencia, el último día hábil de cada semana, bajo la forma de una declaración jurada a través del Anexo N° XXXIII. La referida declaración deberá ser suscrita por el gerente general o representante de la AFP debidamente facultado para tal efecto. Sin perjuicio de ello, la AFP archivará el Anexo N° VII antes señalado, en la Carpeta Individual del Afiliado.

- g) Información.- La AFP informará vía red a la Superintendencia el estado de situación de todas las solicitudes evaluadas. La AFP deberá verificar que todos los expedientes reúnan el sustento, los requisitos y las condiciones correspondientes.

En cualquier caso, las AFP conservarán los expedientes de nulidad de afiliación.

- h) Resolución de Superintendencia.- La Superintendencia resolverá en mérito al contenido de la declaración jurada antes señalada, sin perjuicio de requerir a la AFP la información adicional que considere pertinente.

Cuando la causal de nulidad sea alguna de las previstas en los incisos a) o c) del artículo 51° del presente Título, la Superintendencia emitirá previamente una resolución de sanción al promotor de ventas, de conformidad con el procedimiento y plazos establecidos en el Título III del Compendio. Dentro de los cinco (5) días posteriores a que la sanción impuesta al promotor de ventas haya quedado consentida o ejecutoriada, la AFP solicitará a la Superintendencia la declaración de nulidad de la afiliación.

- i) Baja.- Por el mérito de la resolución en la que se declara la nulidad de la afiliación, se dará de baja al trabajador afiliado tanto de los archivos de la Superintendencia como de la AFP respectiva, procediendo la AFP a la devolución de aportes de conformidad con el artículo 53° del presente Título.

Como se aprecia del literal b) del Fundamento N° 27 de la sentencia del Expediente N° 7281-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional esta-

blece como precedente vinculante—por demás cuestionable— que las demandas en trámite ante el Poder Judicial y dicho organismo que versen sobre la causal de falta de información suficiente para afiliarse al SPP deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente para que se inicie el procedimiento de desafiliación, de acuerdo con la norma mencionada (Resolución N° 080-98-EF-SAFP).

De la misma manera, el Fundamento N° 35 de dicha sentencia precisa que —para las demás causales— no será necesario que el asegurado presente una solicitud de desafiliación, en tanto dicha petición está contenida en el precedente del Expediente N° 1776-2004-AA/TC.

Resulta claro que ambas medidas disponen la remisión de las demandas en trámite a la autoridad administrativa correspondiente (pendiente de determinar) como la exoneración al asegurado de la presentación de la solicitud de desafiliación (¿revisión de oficio?), han de generar una innecesaria saturación de carácter operativo en todas las entidades que, de uno u otro modo, tienen participación en dicho trámite (SBS, ONP, AFP, e inclusive el Indecopi⁽²⁰⁾), situación que únicamente perjudicará a los asegurados interesados en la solución de sus reclamos, afectando el trámite ordenado y programado que debería darse en este tipo de procesos administrativos.

En conclusión, de la aplicación conjunta de las sentencias del Tribunal Constitucional y la Ley N° 28991 podemos afirmar que existen actualmente cuatro supuestos para iniciar el proceso de desafiliación, el cual debería sujetarse a las normas previstas por la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, en tanto no se dicte el Reglamento de la citada Ley^(*).

(20) Entidad que conforme al numeral 3 de la resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC deberá emitir su informe «sobre cada caso en particular».

(*) Al cierre de esta edición, mediante D.S. N° 063-2007-EF (29 may. 2007), se ha aprobado el Reglamento de la Ley N° 28991 [Nota del Editor].

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

1. ABANTO REVILLA, César (2014). “Manual del Sistema Nacional de Pensiones”. Editorial Gaceta Jurídica.
2. ABANTO REVILLA, César (2006). “La exigencia del juicio de comparación para el otorgamiento de la pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 99, Editorial Gaceta Jurídica.

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- ABANTO REVILLA, César (2014). “Manual del Sistema Nacional de Pensiones”. Editorial Gaceta Jurídica.

III. LA PROBLEMÁTICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS APORTES PREVISIONALES

1. Evolución legislativa de la regulación de los aportes

Las aportaciones, según establece el artículo 7 del Decreto Ley N° 19990, constituyen un porcentaje de la remuneración asegurable que percibe el trabajador⁽¹³³⁾, y, dentro de la estructura del SNP, representan no solo uno de los requisitos básicos para acceder a una pensión, sino, además, una de sus fuentes principales de financiamiento.

También son relevantes en el SPP, al ser requeridas para el otorgamiento de beneficios como el bono de reconocimiento, la pensión mínima y la desafiliación.

Para acceder a alguna de las pensiones reguladas en el SNP, sea invalidez, jubilación o sobrevivientes⁽¹³⁴⁾, es necesario que el asegurado —o causante— cumpla los requisitos fijados por ley, dentro de los cuales se incluye necesariamente la acreditación de una cantidad específica de años de aportación, por tanto, resulta

(131) LANZILOTTA, Bibiana. Ob. cit., pp. 35-83.

(132) CIFUENTES LILLO, Hugo. *Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes*, pp. 69-81.

(133) Desde el 1 de enero de 1997 la tasa de aporte en el SNP es de 13 % mensual, asumida totalmente por el asegurado. En el pasado, era pagada entre el empleador (2/3) y el trabajador (1/3).

(134) Pues el goce de tal prestación dependerá del hecho que el asegurado tuviera derecho a pensión.

fundamental analizar el desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido este tema en las pasadas cuatro décadas.

Como señalamos anteriormente, el texto original del artículo 70⁽¹³⁵⁾ indicaba que para los asegurados obligatorios eran periodos de aportación los meses, semanas o días en que hubieran prestado servicios, aun cuando su empleador no hubiese efectuado el pago de dichas cotizaciones, por tanto, el trabajador solo tenía que probar sus labores, sin que se exigiera el aporte efectivo –al fondo del SNP– de las mismas. Su derecho a una pensión estaba garantizado, independientemente del pago de sus cotizaciones.

Si bien esta norma fue modificada por la Cuarta Disposición Transitoria Final de la Ley N° 28991, precisándose –en la parte final del segundo párrafo– que para el otorgamiento del derecho a pensión la ONP debería verificar el aporte efectivo, dicho precepto fue dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante.

Para acreditar los periodos de aportación, el artículo 54 del Reglamento establecía –en el pasado– que se tendría en cuenta cualquiera de los siguientes documentos:

- La cuenta corriente individual del asegurado,
- Las boletas de pago de remuneraciones, conforme al Decreto Supremo N° 015-72-TR⁽¹³⁶⁾,
- Los libros de planillas de pago de remuneraciones, y
- Los demás libros y documentos llevados por los empleadores o empresas, y los que presenten el asegurado o sus derechohabientes.

Este precepto fue reformulado por el Decreto Supremo N° 122-2002-EF⁽¹³⁷⁾, agregándose un párrafo que precisaba –respecto a las empresas que ya no estuvieran operando– que si las planillas de pago estaban en custodia de persona o entidad no autorizada para ello, la ONP no estaba obligada a tener por cierto lo que en dichos documentos se expresaba.

La acreditación de las aportaciones, sin embargo, se dificultaba por el hecho que el IPSS no había llevado un manejo adecuado de los documentos de registro

(135) La norma fue modificada por Ley N° 28991 (Cuarta Disposición Transitoria Final), precisándose que para el otorgamiento de la pensión debería verificarse el aporte efectivo, sin embargo, dicho precepto fue soslayado por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 04762-2007-PA/TC).

(136) Posteriormente, el Decreto Supremo N° 001-98-TR.

(137) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de agosto de 2002.

de las cotizaciones, lo cual originó un problema paralelo: la falsificación de dichos medios de prueba.

En efecto, al trasladarse la administración del SNP –del IPSS a la ONP– se constató⁽¹³⁸⁾ que la Oficina de Registro de Cuentas Individuales Nacional de Empleadores y Asegurados (Orcinea) tenía unos 40 millones de documentos pendientes de ingresar en su base de datos, por tanto, la información de las aportaciones anteriores a la década de los noventa estaba incompleta, dificultándose de esta manera el proceso de calificación⁽¹³⁹⁾, lo cual ha llevado a algunos asegurados a recurrir a tramitadores para fraguar documentos con los cuales realizaron sus trámites –administrativos y judiciales– de otorgamiento de pensión.

Para mediatizar dichos trámites irregulares, el citado artículo 54 fue modificado por el Decreto Supremo N° 063-2007-EF⁽¹⁴⁰⁾, precisando los documentos con los cuales podrían acreditarse las aportaciones, de acuerdo a tres periodos temporales específicos:

- a) Para aportaciones comprendidas entre julio de 1999 hasta marzo de 2007, con el Sistema de la Cuenta Individual de la Sunat.
- b) Para aportaciones anteriores a julio de 1999, con los libros de planillas de pago de remuneraciones, llevados de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, declarados por el asegurado al inicio del trámite de pensión. De no contarse con los mencionados libros o de contarse solo con parte de ellos, se consideraría, supletoriamente, además de la inscripción del asegurado en Orcinea, el Sistema de Cuenta Individual de Empleadores y Asegurados (SCIEA), el Sistema de Cuenta Individual de la Sunat o en registros complementarios establecidos por la ONP, cualquiera de los siguientes documentos:
 - Las boletas de pago de remuneraciones, debidamente firmadas y/o selladas por el empleador;
 - La liquidación de beneficios sociales, debidamente firmada y/o sellada por el empleador;

(138) Revisar la edición del diario oficial *El Peruano* del 22 de octubre de 2001.

(139) En el fallo recaído en el Expediente N° 03746-2011-PHD/TC, proceso de hábeas data seguido por Carlos Ojeda Ruíz contra ONP, publicado en su página web el 18 de enero de 2013, el Tribunal Constitucional ha establecido –en tutela del derecho a la autodeterminación informativa– que la entidad previsional estatal tiene el deber de conservar toda la documentación referida a las aportaciones, incluso la correspondiente a la Caja Nacional del Seguro Social, y, en todo caso, deberá agotar los medios para recabar o reconstruir dicha información, al ser indispensable para la realización del derecho fundamental a la pensión.

(140) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de mayo de 2007.

- La declaración jurada del empleador, solo para el caso de persona jurídica o sucesión indivisa, suscrita por el representante legal, condición que se acreditaría con la copia literal de la correspondiente ficha emitida por Registros Públicos, en la que se señale que existió la correspondiente retención al SNP a favor del asegurado;
 - Los informes de verificación de aportaciones emitidos por la ONP dentro del proceso de otorgamiento de pensión;
 - La declaración jurada del asegurado, de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto Supremo N° 082-2001-EF;
 - Los documentos probatorios de aportaciones emitidos por el IPSS o EsSalud.
- c) Para aportaciones efectuadas a partir de abril de 2007, la información obtenida del Sistema de Cuenta Individual de la Sunat o registros complementarios que estableciera la ONP. Solo se consideraría aquellos periodos con aportes efectivos al SNP, es decir, que hubieran sido cancelados en su totalidad.

La documentación supletoria mencionada debía presentarse en original, y de verificarse que era falsa, adulterada o contenía datos inexactos, se atribuía responsabilidad penal y administrativa al solicitante y quienes corresponda, quedando facultada la ONP a revisar –en virtud del principio administrativo de control posterior (Ley N° 27444)– los derechos pensionarios otorgados, suspendiéndolos de constatarse indicios de irregularidad⁽¹⁴¹⁾.

El problema del reconocimiento de las aportaciones no se limita a los casos en que no han podido ser acreditadas documentalmente, sino también a reclamos vinculados con los regímenes que antecedieron al SNP y otros temas paralelos, que en su mayoría generaron pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han sido recogidos por normas legales expresas, como las Leyes N° 28407 y N° 29711. Ello ratifica la influencia –como fuente del derecho– que ha tenido la jurisprudencia en las últimas décadas en lo pensionario.

(141) El Tribunal Constitucional ha reconocido en el Expediente N° 05985-2008-PA/TC, proceso de amparo seguido por Alfredo Peña Calderón contra ONP, publicado en su página web el 14 de abril de 2010, que dicha medida será válida, en tanto la resolución administrativa –por la cual se anula o suspende el derecho pensionario– esté debidamente motivada y fundamentada.

2. Principales reclamos administrativos y judiciales

a) La pérdida de validez de las aportaciones de los obreros

A inicios del siglo pasado, la seguridad social –y la pensión– eran derechos comunes a los cuales se les aplicaba gravámenes y/o plazos que, en la actualidad, serían impensables, en tanto se trata de derechos fundamentales, intangibles e inalienables.

En dicho escenario, tanto la Ley N° 8433 (artículo 23) como el Reglamento de la Ley N° 13640⁽¹⁴²⁾ (artículo 95), en su momento, fijaron periodos de validez para los aportes de los trabajadores particulares en condición de obreros.

Estas normas señalaban que si un obrero dejaba de laborar por un periodo igual o mayor a la tercera parte –o la mitad– del anteriormente cotizado, sus aportaciones primigenias no tendrían validez. Por ejemplo, si Juan Pérez laboraba desde 1940 hasta 1946 (seis años) y dejaba de trabajar –y cotizar– por tres años, sus aportes iniciales perdían validez.

La posibilidad de establecer plazos de validez a las aportaciones, que como indicamos– en la actualidad resultaría inaudito, era plenamente aceptado en esa época, tanto es así, que estas normas eran coincidentes con el criterio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), contenido en los Convenios Internacionales N° 35 a N° 40, incorporados a nuestra legislación por las Resoluciones Legislativas N° 10195 y N° 13284.

Este criterio fue aplicado por el IPSS y la ONP a los asegurados que habían aportado en fechas previas al 1 de mayo de 1973, en calidad de obreros, sujetos a las Leyes N° 8433 y N° 13640, ante lo cual los reclamantes recurrieron ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, obteniendo fallos favorables⁽¹⁴³⁾ que –reiterados en el tiempo– originaron la emisión de la Ley N° 28407⁽¹⁴⁴⁾, norma que obligó al Estado al reconocimiento –en sede administrativa– de los años de aportación sancionados con pérdida de validez.

La ONP sostenía que las citadas normas –y sus efectos– operaron de pleno derecho en el momento que los asegurados (obreros) dejaron de

(142) Aprobado por Decreto Supremo del 7 de agosto de 1961.

(143) Por todos, el Expediente N° 00377-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por José Cigueñas Sandoval contra ONP, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de febrero de 2002.

(144) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2004.

aportar por el periodo a que se hacía referencia, mientras el Tribunal Constitucional recurría al artículo 57 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, que precisa que los aportes no pierden validez, a menos que haya sido declarada su caducidad por resoluciones consentidas antes del 1 de mayo de 1973, que en ningún caso existen. Las denegatorias de pensión fueron rechazadas.

Este reclamo ha sido resuelto en sede legal, por imposición jurisprudencial.

b) El inicio de aportación para pensiones de los empleados

Como precisamos al inicio de este capítulo, si bien en 1946 la Ley N° 10624 reguló el otorgamiento de una pensión de vejez –por parte del empleador– para ciertos empleados particulares, fue recién con la Ley N° 10807 (1947) que se creó el Seguro Social para el Empleado Público y Particular, a cargo del Estado, que no entró en funcionamiento, por lo que fue recién a fines de 1948, con el Decreto Legislativo N° 13 y los Decretos Leyes N° 10902 y N° 10941, que se iniciaron sus labores, pero solo para atenciones sanitarias (médicas), maternidad y beneficios específicos en caso de muerte.

En tal sentido, fue el 18 de noviembre de 1961, con la promulgación de la Ley N° 13724, que se reformula este régimen, al constituirse las Cajas de Enfermedad Maternidad y de Pensiones, sin embargo, esta última recién entró en funcionamiento el 1 de octubre de 1962, de acuerdo a lo establecido en el artículo IV de las Disposiciones Generales del Estatuto de la citada Caja de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo s/n del 11 de julio de 1962, emitido al amparo de la Ley N° 14069, que señalaba lo siguiente:

Artículo IV

Las cotizaciones que se establece en la presente Ley se devengarán a partir del primer día del tercer mes siguiente al de su promulgación y las prestaciones se otorgarán a partir de la misma fecha, con excepción de aquellas para las que esta Ley establece plazos determinados.

En este sentido se pronuncia el fallo recaído en el Expediente N° 05299-2009-PA/TC, que en su fundamento 15 reconoce expresamente que la fecha de inicio de aportaciones para pensiones de los empleados es el 1 de octubre de 1962, validando así el carácter progresivo de la regulación del tema pensionario en nuestro país:

15. En consecuencia, en atención a la implementación progresiva de la seguridad social en su expresión de prestaciones pensionarias y a la configuración legal del derecho a la pensión, no es posible, en la realidad peruana afirmar que el actor ha realizado aportaciones con fines pensionarios del 22 de setiembre de 1952 al 15 de junio de 1957, pues estas recién empezaron a cotizarse desde el 1 de octubre de 1962 (...),

Dejamos constancia que en el Expediente N° 04762-2007-PA/TC este tema no ha sido resuelto, pero si bien hasta la fecha no existe un precedente en contra del criterio –a favor del Estado– expuesto en el párrafo anterior, en el Expediente N° 06120-2009-PA/TC⁽¹⁴⁵⁾ el Tribunal ha desarrollado una (nueva) posición encontrada:

14. (...) la posibilidad de desconocer los aportes efectuados, en contra de la doctrina jurisprudencial y con el argumento del destino que tuvieron los aportes, o de la finalidad que persiguieron los mismos, no recoge en lo absoluto los alcances del principio de solidaridad; muy por el contrario, lo excluye del análisis, sin advertir que el Sistema Nacional de Pensiones ahora, y en su momento el Seguro Social del Empleado, la Caja Nacional del Seguro Social Obrero y el Fondo Especial de Empleados Particulares respondieron a un sistema contributivo que tuvieron como fuente generadora los aportes efectuados por los trabajadores, los empleadores y también por el propio Estado. Esto se corrobora del artículo 1 del Decreto Ley 10941 que señala que: “El Seguro Social del Empleado se financiará con las contribuciones del Estado, los empleadores y los empleados”. En tal medida, no resulta constitucionalmente legítimo negar el acceso a la pensión desconociendo aportes efectuados a la luz del principio de solidaridad y que, tal como se ha precisado, en su momento correspondió a trabajadores, empleadores y al Estado, este último, como obligado a brindar las prestaciones previsionales derivadas de la edad, desocupación, enfermedad y muerte, según la Carta Constitucional de 1933, y cuya posición como destinatario del derecho fundamental a la pensión se ha acentuado en las Constituciones de 1979 y 1993, como se advierte del tratamiento jurisprudencial que este Colegiado le ha dado al derecho a la pensión y a la seguridad social.

(145) Proceso de amparo seguido por Manuel Tapia Yauyo contra ONP, publicado en su página web el 28 de febrero de 2011.

Este reclamo no ha sido aún resuelto en sede legal, ni por un precedente vinculante.

c) La Tabla de Referencia de Inicio de Aportación por Zonas

La Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 8433 precisó que el Poder Ejecutivo determinaría las provincias y departamentos en los cuales sería aplicado –de manera inmediata– el seguro social obligatorio de los obreros. La Cuarta Disposición Transitoria, complementando lo indicado y reconociendo que la implementación del nuevo régimen sería gradual, autorizó a la Caja de Depósitos y Consignaciones la cobranza transitoria de los recursos y rentas de la Caja Nacional del Seguro Social.

El mismo día en que se dictó la citada norma –12 de agosto de 1936–, fueron emitidas las Disposiciones Provisionales para su aplicación inmediata en los departamentos de Lima, Piura, Áncash, Arequipa, Cusco, Huancavelica, Ica, Junín, Lambayeque, La Libertad y Puno, y en las provincias de Callao y el litoral de Tumbes.

Si bien en dichas normas se estableció que la recaudación de las imposiciones obreras y patronales serían efectivas a partir del 1 de setiembre de 1936, un decreto supremo s/n del 2 de setiembre de 1936 indicó que “por razón de dificultades de orden material no ha sido posible organizar debidamente el servicio de recaudación de las cuotas patronales y obreras del Seguro Social Obligatorio en los departamentos y provincias enumerados en el artículo 1 del Decreto Supremo del 12 de agosto último”, razón por la cual tuvo que ser diferida su implementación hasta el 1 de noviembre de dicho año.

Ello nos demuestra que si bien existió un mandato a partir del cual se podría considerar la aplicación casi inmediata de la Ley N° 8433, la implementación del nuevo régimen no se materializó en los plazos fijados, sino en fechas posteriores específicas que fueron compiladas por el IPSS en la Tabla de Referencia de Inicio de Aportaciones por Zonas, que –entre otros– consigna los siguientes datos de locación temporal:

- La Oroya, 10 de junio de 1953.
- Cerro de Pasco, 10 de marzo de 1958.
- Casapalca, 25 de junio de 1961.
- Cajamarca, 24 de agosto de 1964.
- Huancayo, 26 de octubre de 1964.

El Tribunal Constitucional no se había pronunciado –de manera expresa– respecto a la aplicación de la Tabla Referencial, limitándose a

declarar fundadas las demandas bajo los mismos fundamentos utilizados en los casos de pérdida de validez de los aportes de los obreros, pre-tensión distinta a la analizada, como consta –por todos– en el Expediente N° 02469-2007-PA/TC⁽¹⁴⁶⁾, sin embargo, el literal e del fundamento 26 del Expediente N° 04762-2007-PA/TC ha zanjado la discusión, al inaplicar dicho documento.

d) La doble condición del reclamante como asegurado y empleador

El criterio administrativo de interpretación de la Cuarta Disposición Complementaria del TUO de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Supremo N° 005-95-TR), establecía que la prestación de servicios del cónyuge y parientes consanguíneos –hasta el segundo grado– para el propietario de una persona jurídica, o titular de una empresa individual de responsabilidad limitada –conduzca o no el negocio personalmente–, o para una persona jurídica cuyo socio mayoritario sí conduzca directamente el negocio, no genera relación laboral, por tanto, los aportes serían inválidos y se reputaban como pagos indebidos.

En efecto, el numeral 4.1 de la Directiva N° 001-97/GG-ONP, aprobada por Resolución de Gerencia General N° 010-97/GG-ONP, de fecha 17 de marzo de 1997, estableció que una persona no podría reunir en sí misma las cualidades de trabajador y empleador, a la vez, por tanto, no le correspondería percibir prestación alguna del SNP por los periodos que hubiera laborado en tal condición.

Fallos reiterados del Tribunal Constitucional resolvieron en contrario, como consta en el Expediente N° 02150-2005-AA/TC⁽¹⁴⁷⁾, que –citando una sentencia previa– señalaba:

6. (...) en la sentencia del Expediente N° 05711-2005-PA/TC se determinó que, estando acreditadas las aportaciones efectuadas, la negativa de la administración de otorgarle pensión al demandante se motivaba en una interpretación sin sustento legal y constitucional de las normas precitadas, ya que estas no establecen como requisito que el empleador deba estar constituido como persona jurídica. Es decir, la convergencia de la figura del empleador y del trabajador en una persona no implica que, necesariamente, los aportes realizados por dicha persona tengan que ser declarados inválidos. Con ello

(146) Proceso de amparo seguido por Gerónima Cornejo de Castillo contra ONP, publicado en su página web el 28 de setiembre de 2007.

(147) Proceso de amparo seguido por Urbano del Pino Gálvez contra ONP, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de noviembre de 2006.

debe comprenderse que se pretende resguardar los aportes efectiva y acreditadamente efectuados por una persona asegurada. (...)

Cabe precisar que este supuesto –doble condición de asegurado y empleador– es distinto al caso de quien presta servicios para su cónyuge, en que se aplica la Ley N° 26513, que en su Artículo Único precisaba que, en dicho supuesto, no existe relación laboral. Sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁸⁾, indicando que solo podrán ser reconocidos como válidos los periodos laborados en dicha condición hasta el 29 de julio de 1995, es decir, hasta un día antes de la entrada en vigencia de la norma citada.

El literal e del fundamento 26 del Expediente N° 04762-2007-PA/TC ha zanjado toda discusión sobre el tema comentado, rechazando el criterio administrativo denegatorio.

3. El caso Tarazona: Acreditación documentaria de las aportaciones

Si bien los reclamos mencionados representan un serio problema en lo previsional, en la actualidad, el principal escollo para acceder a una pensión es acreditar documentalmente las labores realizadas, para que estas sean computadas como aportes en el SNP.

Como consecuencia de la informalidad que caracteriza al mercado laboral peruano desde hace varias décadas, un número considerable de empleadores realizó sus actividades sin un manejo adecuado de su información y documentación laboral, lo que, unido a la falta de control y fiscalización de las autoridades administrativas previsionales, ha originado que los trabajadores no cuenten con el respaldo tangible que corrobore todos los años de labores –y aportes– que realizaron.

Es decir, que cuando un asegurado del SNP se apersona a la ONP para solicitar pensión al haber trabajado –y aportado– cumpliendo el periodo fijado por ley para acceder a una pensión, a veces se encuentra con que resulta materialmente imposible la comprobación de su declaración, pues su empleador ya no existe, o nunca llevó el registro documental de las labores de sus trabajadores, por tanto, si el asegurado no ha tenido la diligencia de conservar –si le entregaron– sus boletas de pago de remuneración, certificado de trabajo, liquidación de beneficios

(148) Por todos, el Expediente N° 01143-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Prudencio Arboleda Cortez contra ONP, fallo publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de marzo de 2005.

sociales, etc., es probable que su pedido de otorgamiento de una prestación pensionaria le sea denegado.

Este escenario, que –como hemos mencionado en los puntos precedentes– ha originado la existencia de procesos administrativos y judiciales irregulares, basados en documentos e información falsa o adulterada, es una de las principales causas de la denegatoria de las solicitudes de pensión presentadas a la ONP, tanto para acceder a prestaciones del SNP, como a ciertos beneficios del SPP (bono de reconocimiento, pensión mínima, etc.). Ello deriva, paralelamente, en un incremento desmesurado de la carga del Poder Judicial.

Durante muchos años, la tendencia jurisprudencial –en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional– se inclinaba por rechazar las demandas formuladas a través del proceso de amparo⁽¹⁴⁹⁾, al ser una vía carente de estación probatoria, por tanto, el reclamo debía ser formulado en la sede contencioso-administrativa, que –como es de conocimiento público– es uno de los procesos más prolongados⁽¹⁵⁰⁾, lo cual resulta incongruente si se pretende dar solución a los requerimientos de tutela de personas de la tercera edad.

Es así que, a pesar que en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC (fundamento 37, literal f) el Tribunal Constitucional había precisado que “para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada”, a finales de 2008 se emitió la sentencia recaída en el Expediente N° 04762-2007-PA/TC⁽¹⁵¹⁾ (Caso Tarazona), en la cual no solo se permite recurrir a la vía constitucional del amparo para el reconocimiento de las aportaciones previsionales, sino que se incluye –como medios probatorios– a algunos documentos que, por su incidencia en los casos de falsificación, habían sido suprimidos del listado del artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990.

Corresponde entonces analizar no solo los criterios fijados en el caso Tarazona, sino las pautas adicionales previstas en su Resolución Aclaratoria⁽¹⁵²⁾, así como los requisitos que en fallos posteriores y complementarios a dicho precedente han sido impuestos para que se otorgue validez formal a los documentos –medios probatorios– con los cuales podrán ser acreditadas las aportaciones del

(149) Por todos, el Expediente N° 00030-2002-AA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Landa Soto contra ONP, fallo publicado en su página web el 7 de marzo de 2003.

(150) Informe Defensorial N° 121, “Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”, aprobado por la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de mayo de 2007.

(151) Proceso de amparo seguido por Alejandro Tarazona Valverde contra ONP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de octubre de 2008.

(152) Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 16 de octubre de 2008.

SNP, en la vía del proceso constitucional de amparo, parámetro que resultará también de aplicación para la justicia ordinaria (contencioso-administrativa, laboral, etc.), por mandato del Expediente N° 01417-2005-AA/TC⁽¹⁵³⁾.

Dejamos constancia que las reglas establecidas en el citado precedente, así como en su Resolución Aclaratoria y fallos posteriores y complementarios, han sido recogidas en la Ley N° 29711⁽¹⁵⁴⁾ y su Reglamento (Decreto Supremo N° 092-2012-EF)⁽¹⁵⁵⁾, lo cual ratifica la importancia de la jurisprudencia en materia previsional.

Considerando lo extenso del citado precedente y la variedad de temas desarrollados, nos limitaremos a efectuar observaciones puntuales con relación a los aspectos que –a juicio del autor– pueden resultar discutibles.

a) La excepción probatoria en el proceso de amparo previsional

La sentencia desarrolla, en los fundamentos 6 a 12, lo relativo a la prueba en el proceso constitucional de amparo, reconociendo la ausencia de dicha etapa en esta vía⁽¹⁵⁶⁾.

Hubiera sido conveniente que se justifique la aplicación de una excepción a dicha regla general para las demandas relativas al reconocimiento de las aportaciones previsionales, pues posteriormente se reconoce la existencia de procesos en los cuales se presentaron documentos falsificados (fundamento 22).

Consideramos que la alternativa adecuada hubiera sido dejar abierta la opción de recurrir a la vía procesal constitucional del amparo –en esta pretensión– solo para aquellos casos en que el demandante padeciera un grave estado de salud o tuviera una edad muy avanzada, superior a los 70 años.

En tanto se dispone la remisión del expediente administrativo del demandante, se estaría convirtiendo al proceso de amparo –sobre reconocimiento de aportaciones del SNP– en uno de carácter ordinario, y –en virtud del principio de igualdad de condiciones– debería permitirse al demandado (ONP) que ofrezca la actuación de determinadas pruebas

(153) Fundamento 60: “Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional, en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado”.

(154) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de junio de 2011.

(155) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de junio de 2012.

(156) Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional, artículo 9.

por las cuales se constaten las afirmaciones del accionante, sobre todo en aquellos casos en que se adjunta a la demanda documentos que no figuran en su legajo administrativo.

El juzgador debe tener presente que no toda la documentación relativa a la vida laboral del asegurado obra en el expediente administrativo, sino únicamente aquella presentada por este ante el IPSS y la ONP, y la recabada durante las inspecciones practicadas por dichas entidades, por tanto, existe información y/o documentos que figuran en poder del trabajador que no obran en su legajo, sea porque fueron redactados con posterioridad al pronunciamiento de la autoridad administrativa, o porque fueron emitidos por su(s) empleador(es) antes y/o durante la tramitación del propio proceso judicial.

Si bien, como precisan algunos autores⁽¹⁵⁷⁾, no puede atribuirse al asegurado la obligación de conservar los documentos que deberían ser llevados por sus empleadores, así como el destino final que estos deberían darles, entregándolos a sus liquidadores, al Ministerio de Trabajo o la ONP, ello no puede llevarnos a reconocer todo reclamo administrativo o demanda a la cual se adjunte un certificado de trabajo, una liquidación de beneficios sociales o una boleta de pago de remuneraciones, pues la entidad previsional tiene la obligación constitucional de resguardar los fondos y reservas pensionarias (artículo 12), lo cual la lleva a agotar los medios para constatar la veracidad –y existencia– de la documentación e información que sustenta cada solicitud de pensión.

b) La interpretación flexible de las normas modificatorias

En los fundamentos 13 a 20 del citado precedente, el Tribunal procede a interpretar la modificación del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990 por la Ley N° 28991, en el que se disponía que –a partir de la reforma– solo se considerarían aportes aquellos que fueran efectivamente pagados, lo que –considerando el alto porcentaje de morosidad en el SNP– de seguro habría reducido el número de pensionistas.

En el fallo se precisa que la obligación de pago de las aportaciones, así como el deber de conservar y/o entregar la documentación laboral de sus trabajadores correspondería –en primer lugar– al empleador, en su calidad de agente retenedor de las cotizaciones, y –en segundo orden– al

(157) PILOTTO CARREÑO, Luigino. *El reconocimiento de años de aportación dentro del régimen del Decreto Ley N° 19990. Comentarios a un reciente precedente del Tribunal Constitucional*, p. 30.

Estado, a través de la entidad previsional (IPSS u ONP), por tener la responsabilidad de fiscalizar el cumplimiento de las normas pensionarias y poseer la facultad para exigir las y ejecutarlas, en sede administrativa, coactiva y/o judicial, ante la naturaleza jurídica tributario-laboral de las aportaciones.

Tal interpretación conlleva a una modificación de la reforma del artículo 70, que no nos parece adecuada, pues fue realizada para reducir los casos de procesos irregulares, pero, para algunos autores⁽¹⁵⁸⁾ constituye una medida positiva, pues origina la supresión de la “prueba diabólica” que se le imponía al asegurado, al exigirle que presente documentos que no tenía la obligación legal de tener en su poder.

c) Las reglas para acreditar aportaciones en el amparo previsional

En la parte medular del precedente, el fundamento 26⁽¹⁵⁹⁾ establece –a partir de soslayar la modificatoria del artículo 54 del Reglamento– que constituyen instrumentos de prueba que pueden adjuntarse a las demandas de amparo sobre reconocimiento de aportes, entre otros (númerus apertus), los siguientes documentos:

- Los certificados de trabajo,
- Las boletas de pago de remuneraciones,
- Los libros de planillas,
- Las liquidaciones de tiempo de servicios o de beneficios sociales,
- Las constancias de aportaciones de Orcinea, el IPSS o EsSalud, entre otros documentos.

La precisión inicial del Tribunal, era que dichos documentos debían ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, no en copias simples –pues reconocía la existencia de procesos irregulares–, sin embargo, ajustando posteriormente este criterio, el literal a del numeral 7 de la Resolución Aclaratoria del precedente, efectuó el siguiente añadido:

- a) Cuando en el fundamento 26.a, se precisa de manera enunciativa que los documentos allí mencionados pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, este Tribunal no está

(158) DE LA PUENTE PARODI, Jaime. *El precedente constitucional vinculante, la tutela de urgencia y el amparo previsional. A propósito de los nuevos precedentes en materia pensionaria*. pp. 394-395.

(159) Declarado precedente vinculante en el numeral 3 de la parte resolutive de la citada sentencia.

estableciendo que en el proceso de amparo no se puedan presentar los mismos documentos en copia simple, sino que la sola presentación de dichos documentos en copia simple no puede generar en el juez suficiente convicción sobre la fundabilidad de la pretensión, razón por la cual se le solicita al demandante que, en principio, los presente en original, copia legalizada o fedateada. Por tanto, en el proceso de amparo sí pueden presentarse, conjuntamente con los documentos en original, copia legalizada o fedateada o documentos en copia simple, los cuales han de ser valorados conjuntamente por el juez.

Esto implica, que los demandantes podrán presentar copias simples, pero estas no serán prueba suficiente de su pretensión, pues –complementando esa precisión–, el literal b del numeral 7 de la citada Resolución Aclaratoria agrega a continuación:

- b) (...) teniendo presente que una de las justificaciones para establecer el precedente sobre las reglas de acreditación ha sido la presentación de documentos falsos para acreditar años de aportaciones, este Tribunal considera oportuno precisar que en aquellos casos en los que el demandante presenta tan solo un certificado de trabajo en original, copia legalizada o fedateada como único medio probatorio, el juez con la finalidad de generarse convicción suficiente sobre la veracidad de lo alegado, le deberá solicitar que en un plazo de 15 días hábiles presente documentación adicional que puede ser en original, copia legalizada, fedateada o simple a efectos de corroborar el periodo que se pretende demostrar con el certificado de trabajo.

Dentro de la opción de incorporar en el amparo previsional la actuación de pruebas, esta resulta una precisión pertinente, para evitar que el juzgador estime una demanda sobre la base de un certificado de trabajo, pues le fija como obligación –al utilizar el término “deberá”– que se requiera al accionante la presentación de documentación complementaria: boletas de pago de remuneraciones, libros de planillas, liquidación de beneficios sociales, etc.

d) La valoración conjunta de las pruebas y las actuaciones de oficio

En la medida que estamos frente a un proceso de amparo con “actuación probatoria”, se deberá permitir al juzgador que haga uso de las facultades que rodean a la Teoría General de la prueba, en particular, los artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil, que son fundamentales para cotejar los documentos aparejados a la demanda, sea para confirmar su validez o para desenmascarar su falsedad.

Es de conocimiento público que –desde hace muchos años– existen en el Perú “fábricas” de documentos falsos para la tramitación administrativa y judicial de las solicitudes de pensión, sean evaluaciones médicas –para las pensiones de invalidez–, o certificados de trabajo, boletas de pago de remuneraciones, libros de planillas y demás documentos que probarían la existencia de una relación laboral, para acceder a una pensión de jubilación.

En tal sentido, consideramos que los jueces deberían cursar oficios a Registros Públicos, la Sunat, el Ministerio de Trabajo y/o EsSalud, no solo para corroborar si quienes suscriben esos documentos eran los representantes legales de los empleadores a la fecha de su redacción, sino también para verificar la fecha de inicio y conclusión de labores de los mismos, así como la cantidad de trabajadores registrados ante la autoridad laboral, a fin de evitar empleadores “de fachada” o “fantasma”: personas jurídicas que tuvieron en la realidad cinco, diez o veinte trabajadores, pero que repentinamente originan cientos o miles de solicitudes de pensión ante la ONP.

Las respuestas a dichos oficios, junto con la documentación presentada con la demanda y la que figura en el expediente administrativo del accionante, deberán ser valoradas de forma conjunta por el juzgador, tomando en cuenta el principio de unidad de la prueba y los sistemas de valoración aceptados (libre apreciación y prueba legal)⁽¹⁶⁰⁾.

En el supuesto que los documentos adjuntos con la demanda no figuren en el expediente administrativo del asegurado, debería procederse con el cotejo judicial, pues si lo que se cuestiona es la decisión administrativa de ONP de denegar el otorgamiento de pensión, no debería tomarse como referente un documento que no fue actuado oportunamente en el proceso administrativo.

e) La revisión de las pruebas complementarias y adicionales

En cuanto a la nueva documentación que puede presentar el accionante, se deberán tener presente los requisitos establecidos en las normas legales que se encontraban vigentes al momento de su redacción. Por ejemplo, tratándose de los libros de planillas, el Decreto Supremo N° 015-72-TR –sustituido por el Decreto Supremo N° 001-98-TR– establecía

(160) La sana crítica no es un sistema de valoración, sino una modalidad de apreciación de las pruebas que se expresa en la apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional y la apreciación razonada.

en sus artículos 2 y 6 la obligación de registrarlos ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y la Caja Nacional del Seguro Social, asimismo, su artículo 3 precisaba que la autoridad laboral debía numerar, sellar y rubricar cada hoja de las planillas, por tanto, el juzgador debería verificar el cumplimiento de las formalidades legales correspondientes, antes de validar dichos documentos –como medios de prueba– al interior del proceso.

En el mismo sentido, el artículo 12 de la norma citada señalaba que el empleador debía entregar a cada trabajador –al momento de pagar sus remuneraciones– una boleta sellada y firmada por este o por un representante autorizado. Dicho dato es importante, pues –en muchos casos– algunos accionantes adjuntan boletas sin sellos, ni firmas, sino con visos buenos y/o rúbricas, incluso – pese a corresponder a los setenta y años anteriores– algunas confeccionadas en impresoras láser o de inyección de tinta, y otras que citan conceptos remunerativos que no existían en la fecha de su elaboración.

Cabe precisar, en todo caso, que en el numeral 5 de la Resolución Aclatoria se indica que si el juzgador constata la presentación de documentos respecto de los cuales existe un indicio razonable de falsedad, estará obligado a aplicar el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, lo cual implica suspender el proceso constitucional y remitir copia de los actuados a la Fiscalía Provincial Penal, para los fines correspondientes.

f) La presentación del expediente administrativo

En cuanto a la presentación del legajo administrativo, resulta excesivo lo señalado en el literal d del fundamento 26 del precedente, en el sentido que si la ONP no cumple con presentar el expediente, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa (accionante) o el artículo 282 del Código Procesal Civil – conclusiones en contra de los intereses de la demandada –, pues es de público conocimiento que dicha entidad afronta una sobrecarga laboral derivada justamente del incremento de demandas en su contra, lo que dificulta una pronta ubicación, fotocopiado y fedateado de los files administrativos, que en casos como la aplicación de la Ley N° 23908 o el pago de intereses legales de los devengados, sobre los cuales existen precedentes vinculantes, resultan innecesarios⁽¹⁶¹⁾.

(161) A ello debe agregarse el incendio del Archivo Externo de la entidad, ocurrido el 3 de diciembre de 2009 en uno de los depósitos de Ransa Comercial S.A., siniestro en que se incineraron cientos de legajos, que se encuentran en proceso de reconstrucción.

El segundo párrafo del numeral 2 de la Resolución Aclaratoria precisa –con relación al plazo de remisión del expediente– lo siguiente:

(...) el plazo para la remisión de los actuados administrativos debe ser fijado por los jueces, caso por caso. Para ello, los jueces deben tener presente que el plazo que establezcan para la remisión de los actuados administrativos no puede generar la lentitud procesal (...) en el fundamento 26 de la sentencia de autos no se estableció plazo alguno porque se consideró que los jueces, atendiendo a los criterios antes expuestos, son los que deben evaluar las particularidades de cada caso concreto para determinar cuál es el plazo que consideran conveniente para la remisión de los actuados administrativos y la realización de los fines del proceso.

Cabe señalar que al haberse dispuesto la remisión del expediente administrativo para los casos de reconocimiento de aportaciones del SNP, algunos jueces han extendido –sin la justificación debida– dicha medida para reclamos pensionarios de otros regímenes.

Finalmente, debe tenerse presente que no será exigible la presentación del expediente en dos supuestos, detallados en los literales e y f del fundamento 26, a saber:

- i) Cuando la demanda sea manifiestamente fundada, porque la pretensión se refiere a la pérdida de validez de las aportaciones de los obreros, a la doble condición de asegurado y empleador, o a la aplicación de la Tabla Referencial del IPSS.
- ii) Cuando la demanda sea manifiestamente infundada, porque no se adjunta prueba alguna que sustente la pretensión, los medios probatorios no acreditan el mínimo de años de aportación para acceder a la jubilación, o se presentan certificados de trabajo suscritos por terceras personas, no por el empleador.

**UNIDAD II: SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES:
RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES, PENSIÓN
MÍNIMA Y PENSIÓN MÁXIMA**

- ABANTO REVILLA, César (2006). “La exigencia del juicio de comparación para el otorgamiento de la pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 99, Editorial Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA

LABORAL Y PREVISIONAL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	LEY N° 23908. La exigencia del juicio de comparación para el otorgamiento de la pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones	269
JURISPRUDENCIA VINCULANTE	Si se celebró un convenio colectivo cuando el sindicato no representaba a la mayoría de trabajadores. ¿Las condiciones beneficiosas logradas deben ser gozadas por los afiliados posteriores?	277
BUZÓN DE ÚLTIMAS JURISPRUDENCIAS	Cuando el trabajador cumple los requisitos legales pero el empleador no realizó los aportes ¿Corresponde que la ONP otorgue pensión de jubilación?	287
TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES	Gratificaciones legales	290



Análisis y crítica jurisprudencial

LEY N° 23908

La exigencia del juicio de comparación para el otorgamiento de la pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones

César ABANTO REVILLA(*)

TEMA RELEVANTE



Con el fallo materia de comentario, el Tribunal Constitucional ha establecido la obligación del Poder Judicial de efectuar una comparación entre la pensión otorgada a cada beneficiario y el triple del valor del sueldo mínimo vital (o su sustitutorio) vigente en la fecha de contingencia, para determinar si procede el otorgamiento de la pensión mínima de acuerdo con la fórmula que estableció la Ley N° 23908, complementando así sus pronunciamientos anteriores.

EXPEDIENTE N° 5189-2005-PA/TC(**)

JUNÍN

JACINTO GABRIEL ANGULO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2005,

reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

(*) Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asesor legal externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(**) Sentencia publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de octubre de 2006.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacinto Gabriel Angulo contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 86, su fecha 26 de mayo de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90, de fecha 23 de diciembre de 1990 y, en consecuencia, se actualice y se nivele su pensión de jubilación con arreglo a la Ley N° 23908, debiendo ordenarse el pago de las pensiones devengadas que correspondan. Considera tener derecho al beneficio establecido en la referida ley, por haber adquirido su derecho pensionario antes del 23 de abril de 1996.

La emplazada solicita que la demanda se declare improcedente, señalando que esta no es la vía idónea para solicitar el incremento de la pensión, toda vez que no se puede modificar los derechos otorgados en un proceso que carece de estación probatoria. Agrega que la pensión mínima establecida por la Ley N° 23908 es un beneficio establecido para aquellos pensionistas que acrediten 30 años de aportaciones, y que, por expreso mandato de su artículo 3, no es aplicable a quienes perciben pensiones reducidas de invalidez o jubilación.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancaayo, con fecha 27 de octubre de 2004, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandante no cumple con los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de jubilación.

La recurrida declaró improcedente la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5, inciso 1), y 38 del Código Procesal Constitucional, se determina que en el presente caso, aun cuando la pretensión tiene por objeto cuestionar la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, resulta procedente que este colegiado efectúe su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital.

2. El demandante pretende que se incremente el monto de su pensión de jubilación en aplicación de la Ley N° 23908 y se le abonen las pensiones dejadas de percibir por la inaplicación de dicha norma.

Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación con la Ley N° 23908

3. En la STC N° 703-2002-AC, el Tribunal Constitucional interpretó que:

- a) La determinación de la pensión inicial o mínima, con arreglo al criterio de la Ley N° 23908, desaparece a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, del 23 de abril de 1996, y que, tienen derecho al reajuste correspondiente aquellos reclamantes que hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del dispositivo sustitutorio. Al efecto, señaló que se tomará en cuenta el sueldo mínimo vital mencionado en la Ley N° 23908 (o, en su caso, el de los mínimos vitales sustitutorios) vigente al momento de producirse la contingencia.
- b) Tienen derecho a la indexación automática los que hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 757, del 13 de noviembre de 1991, el cual puso fin, definitivamente, al régimen de indexación reclamado en estos casos.

4. Posteriormente, en la STC N° 198-2003-AC, el Tribunal determinó que:

- a) La Ley N° 23908, vigente desde el 8 de setiembre de 1984, fue tácitamente derogada por el Decreto Ley N° 25967, publicado el 18 de diciembre de 1992, por lo que el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N° 23908 resulta aplicable a quienes hubieran alcanzado la contingencia antes de dicha fecha.
- b) Respecto del reajuste de las pensiones, señaló que se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Todo ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto Ley N° 19990, que establece que los reajustes de las pensiones otorgadas serán fijados, previo estudio actuarial, considerando las variaciones en el costo de vida, y que en ningún caso podrá sobrepasarse el límite señalado en el artículo 78, por efecto de uno o más reajustes, salvo que dicho límite sea, a su vez, reajustado.

Aplicación de la Ley N° 23908

5. Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley N° 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, este Tribunal señaló lo siguiente:

- a) La Ley N° 23908 modificó el Decreto Ley N° 19990, que en su diseño estableció la pensión inicial como la resultante de la aplicación del sistema de cálculo previsto para las distintas modalidades de jubilación, creando el concepto de pensión mínima, la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, se convirtió en el monto mínimo que correspondía a todo pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, salvo las excepciones previstas en la propia norma.
- b) La pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente, las modificaciones legales

- que regularon los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores la transformaron en el Ingreso Mínimo Legal, el mismo que, solo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.
- c) La pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad; más bien, se determinó utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, que era uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.
- d) El Decreto Ley N° 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N° 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia –19 de diciembre de 1992–, inaplicable la Ley N° 23908.
- e) Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N° 25967.
- f) Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N° 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión en un monto mínimo equivalente a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el Ingreso Mínimo Legal, en cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo.
- g) A partir del 19 de diciembre de 1992 resulta de aplicación el Decreto Ley N° 25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, hasta que el Decreto Legislativo N° 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.
6. No obstante todo lo precisado, este Colegiado ha tomado conocimiento durante el proceso de evaluación jurisdiccional de los expedientes que ha revisado, que el cambio jurisprudencial ha generado una confusión y despropósito en los justiciables y los operadores judiciales:
- a) En los demandantes, pues a partir de una inadecuada interpretación de la Ley N° 23908, pretenden percibir por concepto de pensión mínima una suma superior a la pensión máxima vigente. Ello, porque consideran, erróneamente, que la pensión mínima establecida por la Ley N° 23908 es el resultado de multiplicar por tres la remuneración mínima de un trabajador;
- b) En la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad que escudándose en el cumplimiento de las sentencias o con la clara intención de obtener la conclusión de los procesos de los mismos, ha encontrado la manera de reducir el monto de algunas pensiones por aplicación de la Ley N° 23908, expidiendo resoluciones que perjudican económicamente a los pensionistas cuando la norma solo se aplica en su beneficio y de ninguna forma en su perjuicio; y,
- c) En los operadores judiciales, porque en atención a la incorrecta pretensión de los demandantes, amparan las mismas ordenando que se reajuste la pensión en el monto mínimo vigente a la fecha de la contingencia, aun cuando ello importe la reducción del monto de la pensión inicial del pensionista.
7. Por ello, este Tribunal, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N° 23908, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria, en los siguientes términos:
- La pensión mínima de la Ley N° 23908
8. Al crearse el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990, se estableció que el monto de la pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73. El monto resultante se denominó pensión inicial.
9. El artículo 1 de la Ley N° 23908 estableció un beneficio con la finalidad de mejorar el monto de inicio –pensión inicial– de aquellas pensiones que resultasen inferiores a la pensión mínima legal. Es decir, si efectuado el cálculo establecido en el Decreto Ley N° 19990 se obtenía un monto inferior a la pensión mínima legal, se debía abonar esta última.
10. En los casos en que se debió aplicar, conforme a ley, el beneficio de la pensión mínima legal, esta equivalía y sustituía a la pensión inicial.
11. La pensión mínima legal es la base inicial mínima a partir de la cual comienza la percepción de las pensiones de jubilación e invalidez beneficiadas con la aplicación de la Ley. Es decir, esta base inicial es aplicable solo a aquellos pensionistas que, por los ingresos percibidos durante su actividad laboral, no alcancen, por lo menos, el monto de la pensión mínima legal.
12. La disposición contenida en el artículo 1 de la Ley N° 23908, supuso el incremento de todas aquellas pensiones que al 8 de setiembre de 1984, eran inferiores al mínimo legal (equivalente a tres sueldos mínimos vitales). Consiguientemente, en dicha fecha la pensión mínima quedó establecida en S/. 216,000.00 soles oro (monto resultante de multiplicar tres veces el sueldo mínimo vital,

de S/. 72,000.00 soles oro, establecido por el Decreto Supremo N° 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984).

13. Como el monto de la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908 se determinaba en base a uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores (denominado sueldo mínimo vital), durante su vigencia, su aumento o el aumento de su sustitutorio (el ingreso mínimo legal), suponía el aumento de la pensión mínima legal y, por tanto, el aumento de todas aquellas pensiones que, por efecto de dicho incremento, resultarían inferiores al nuevo monto mínimo de la pensión.

14. El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N° 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido montos superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago.

15. Conforme al artículo 3 de la Ley N° 23908, el beneficio de la pensión mínima legal no fue aplicable para: a) Las pensiones que tuvieran una antigüedad menor de un año, computado a partir de la fecha en que se adquirió el derecho a la misma, pensiones que se reajustarán al vencimiento del término indicado; y, b) Las pensiones reducidas de invalidez y jubilación a que se refieren los artículos 28 y 42 del Decreto Ley N° 19990, así como las pensiones de sobrevivientes que pudieran haber originado sus beneficiarios, las que se reajustarán en proporción a los montos mínimos establecidos y al número de años de aportación acreditados por el pensionista causante.

16. El monto de la pensión mínima legal establecida por la Ley N° 23908 se incrementó posteriormente, cuando los Decretos Supremos N°s 023 y 026-85-TR, del 1 de agosto de 1985, aumentaron el sueldo mínimo vital a S/. 135,000 soles oro, quedando establecida una pensión mínima legal de S/. 405,000 soles oro, y así sucesivamente hasta que el sueldo mínimo vital fue incorporado y sustituido por el ingreso mínimo legal.

17. Se deberá tener en cuenta que, cuando la Ley N° 23908 quedó tácitamente derogada por el Decreto Ley N° 25967, la pensión mínima legal vigente era de S/. 36.00 (treinta y seis nuevos soles), importe equivalente a la suma de tres veces el Ingreso Mínimo Legal (sustitutorio del sueldo mínimo vital) establecido por el Decreto Supremo N° 03-92-TR.

18. Entre el 19 de diciembre de 1992 –fecha de vigencia del Decreto Ley N° 25967– y el 23 de abril de 1996 –fecha de publicación del Decreto Legislativo N° 817–, la pensión inicial retornó a ser el resultado del cálculo establecido por las disposiciones legales pertinentes según la fecha de contingencia de la prestación, hasta que, a partir del 24 de abril de 1996, el Decreto Legislativo N° 817 establece nuevamente montos mínimos, determinados atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas en beneficio de los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones.

19. Ejemplificación de la aplicación de artículo 1 de la Ley N° 23908

Con el objeto de aclarar cualquier duda respecto a la interpretación y aplicación señalada por este Tribunal,

resulta necesario resolver algunos casos hipotéticos que, de hecho y de manera notoria, se presentaron al entrar en vigencia el beneficio de la pensión mínima legal, así como, durante su vigencia, hasta el 18 de diciembre de 1992, siendo pertinente reiterar que con posterioridad a dicha fecha la norma en cuestión no es aplicable.

CASO 1:

Al entrar en vigencia la Ley

Incremento del monto de la pensión percibida al monto mínimo

Pensión comprendida en la Ley N° 23908 con un monto de S/. 200,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984.

Por efecto de la Ley N° 23908, la pensión mínima que debía percibir todo asegurado comprendido en el beneficio era de S/. 216,000.00 soles oro, por lo que la pensión de el pensionista debía incrementarse hasta el monto mínimo a partir de dicha fecha y, de ser el caso, de la misma manera, luego de los siguientes incrementos del referente de la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

CASO 2:

Al entrar en vigencia la Ley

Inaplicación de la pensión mínima

Pensionista del Sistema Nacional de Pensiones que percibía S/. 300,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984

Como el monto de la pensión supera el mínimo, el beneficio dispuesto en la Ley N° 23908 resulta inaplicable al caso concreto, pues su aplicación importaría la reducción del monto de la pensión.

CASO 3:

Durante la vigencia de la Ley

Incremento del monto de la pensión percibida

Pensionista que a la fecha de vigencia de la Ley percibía un monto superior al mínimo, por ejemplo de S/. 350,000.00 soles oro

Como se ha señalado, al caso concreto no era aplicable la pensión mínima porque no beneficiaba al pensionista; sin embargo, cuando la pensión mínima aumentó a partir del 2 de agosto de 1985 a S/. 405,000.00 soles oro por efecto del incremento del sueldo mínimo vital (Decretos Supremos N°s 023 y 026-85-TR), correspondía aumentar el monto de la pensión, pues a partir de dicho momento resultaba inferior a la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

El reajuste establecido en el artículo 4 de la Ley N° 23908

20. Al respecto, este Tribunal reafirma lo establecido en los fundamentos 13, 14 y 15 de la STC N° 198-2003-AC, en el sentido de que se encuentra condicionado a factores

económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Asimismo, que ello fue previsto de esta forma desde la creación del Sistema Nacional de Pensiones y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias.

21. Por lo tanto, el reajuste trimestral automático de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones no resulta exigible.

Análisis del agravio invocado

22. En el presente caso de la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90 se evidencia que: a) se otorgó al demandante la pensión del régimen especial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, regulado por los artículos 47 al 49 del Decreto Ley N° 19990; b) como fecha de contingencia se estableció el 2 de julio de 1990, día en que cumplió 60 años de edad; c) acreditó 10 años de aportaciones; y, d) el monto inicial de la pensión otorgada fue de I/m. 1.88 intis millón.

23. Respecto al monto inicial de la pensión, se debe precisar que a la fecha de inicio de la pensión se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 040-90-TR, que estableció en I/. 700,000.00 intis el sueldo mínimo vital, por lo que, en aplicación de la Ley N° 23908, la pensión mínima legal se encontraba establecida en I/. 2'100,000.00 intis, equivalentes a I/m. 2.1 intis millón, monto que no se aplicó a la pensión del recurrente.

24. De otro lado, fluye de la resolución cuestionada que, mediante la Carta Normativa N° 017-DNP-IPSS-90, por una liberalidad de la entidad encargada del pago de la prestación, estableció el monto de la pensión mínima vigente en I/. 8'000,000.00 intis, equivalentes a I/m. 8.00 intis millón, importe que tampoco se aplicó en favor del demandante.

25. Para justificar la inaplicación del monto de la pensión mínima legal, la ONP ha sostenido en la contestación de la demanda que, conforme a la Ley N° 23908, dicho beneficio no se aplica al recurrente por pertenecer al régimen especial de jubilación regulado en los artículos 47 a 49 del Decreto Ley N° 19990, hasta su derogación tácita por el Decreto Ley N° 25967.

26. Al respecto, se reitera que, conforme se ha señalado en el fundamento 15 supra, el beneficio de la pensión mínima legal excluyó expresamente, entre otras, a las pensiones reducidas reguladas en el artículo 42 del Decreto Ley N° 19990, pero no a las comprendidas en el régimen especial de jubilación que se encontró regulado en los artículos 47 a 49 del Decreto Ley N° 19990.

27. En consecuencia, ha quedado acreditado que se otorgó al demandante la pensión por un monto menor al mínimo

establecido a la fecha de la contingencia, debiendo ordenarse que se regularice su monto con aquel aprobado institucionalmente, por ser más beneficioso, y se abonen las pensiones devengadas generadas hasta el 18 de diciembre de 1992, así como los intereses legales correspondientes con la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil.

28. De otro lado, conforme a los criterios de observancia obligatoria establecidos en esta sentencia, se precisa y reitera que, a la fecha, conforme a lo dispuesto por las Leyes N°s 27617 y 27655, la pensión mínima establecida para el Sistema Nacional de Pensiones está determinada en atención al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.

29. En ese sentido y en concordancia con las disposiciones legales, mediante la Resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03/01/2002), se dispuso incrementar los niveles de pensión mínima mensual de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, en el monto de S/. 346.00 nuevos soles para los pensionistas que acrediten más de 10 pero menos de 20 años de aportaciones.

30. Por consiguiente, al constatarse, de la resolución cuestionada, que el demandante acredita 10 años de aportaciones y, de la boleta de pago de la pensión, que percibe S/. 346.53 nuevos soles, se evidencia que actualmente se encuentra percibiendo el monto que corresponde a los años de aportaciones acreditadas al Sistema Nacional de Pensiones.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo.
2. Declarar NULA la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90
3. Ordenar que la ONP expida en favor del demandante la resolución que reconozca el pago de la pensión mínima y abone las pensiones devengadas e intereses correspondientes, conforme al fundamento 27 supra .
4. Declarar que los criterios de interpretación y aplicación de la Ley N° 23908, desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 supra, constituyen precedente vinculante inmediato de observancia obligatoria, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTTI; LANDAARROYO



I. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PENSIÓN MÍNIMA

En el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) regulado por el Decreto Ley N° 19990⁽¹⁾ el monto de la pensión se determina sobre la base de las remuneraciones efectuadas en los 12, 36, 48 o 60 meses previos a la fecha de la contingencia (según la norma que se aplique)⁽²⁾, lo cual origina que el valor de la prestación fluctúe entre un extremo mínimo o uno máximo.

En efecto, en la medida en que el SNP actúa como un sistema de reparto en el cual los aportes de todos los asegurados (trabajadores en actividad) se depositan en un fondo común del cual se pagarán las pensiones de los actuales beneficiarios, es necesario que se ponga un tope o techo (pensión máxima) a quienes efectuaron mayores aportes –en tiempo o dinero– para permitir el acceso a una prestación básica a aquellos cuyas contribuciones no les alcanzaría siquiera para atender sus necesidades esenciales (pensión mínima). Ello se bosqueja de esta manera, sobre la base del principio de solidaridad previsional intrageneracional.

Si bien el texto original del Decreto Ley N° 19990 no contemplaba el instituto de la pensión mínima⁽³⁾, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 23908⁽⁴⁾ se introduce dicho concepto –de manera formal– en el SNP, siendo regulado de la manera siguiente:

Artículo 1.- Fíjase en una cantidad igual a tres sueldos mínimos vitales establecidos por la actividad industrial en la Provincia de Lima, el monto mínimo de

las pensiones de invalidez y jubilación a cargo del Sistema Nacional de Pensiones⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

Si bien una lectura rápida de dicha norma nos haría pensar que la pensión mínima (PM) sería igual a tres veces el ingreso del trabajador en actividad (equiparando erróneamente el sueldo mínimo vital –SMV– con una RMV), se deberá tener en cuenta –como ha aclarado el Tribunal

Constitucional⁽⁷⁾– que dicha equivalencia no existe, pues al dictarse la Ley N° 23908, el ingreso de los trabajadores estaba compuesto por el SMV, la unidad de referencia y las bonificaciones suplementaria y especial. Es decir, que el SMV era uno de los elementos que conformaban la remuneración mínima (RM)⁽⁸⁾, que actualmente conocemos como RMV.

En ese sentido, puede concluirse que el legislador no dispuso que un pensionista debería ganar el triple de un trabajador en actividad (3 RM), sino que tomó uno de los conceptos que conformaban la RM (el segundo de menor valor: SMV) para multiplicar-

lo por tres y obtener de esta manera la pensión mínima (PM = 3 SMV).

Por ejemplo, si Juan Pérez era un asegurado obligatorio (trabajador dependiente) que trabajó hasta el 31 de octubre de 1987, fecha en la cual regía el Decreto Supremo N° 010-87-TR que fijaba el SMV en I/. 135 Intis, la PM sería igual a tres veces este monto, es decir: I/. 405 Intis.

Esta norma fue aplicada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), como consta en las cartas normativas, circulares y directivas de dicha entidad, empero, al

“En ese sentido, puede concluirse que el legislador no dispuso que un pensionista debería ganar el triple de un trabajador en actividad (3 RM), sino que tomó uno de los conceptos que conformaban la RM (el segundo de menor valor: SMV) para multiplicarlo por tres y obtener de esta manera la pensión mínima (PM = 3 SMV)”

- (1) También comprende a los regímenes especiales de jubilación, como el de los trabajadores mineros, de construcción civil, aviadores comerciales, marítimos, estibadores terrestres, etc.
- (2) Sea el artículo 1 del Decreto Ley N° 19990 o el artículo 2 del Decreto Ley N° 25967.
- (3) Por el contrario, sí regulaba el instituto de la pensión máxima (artículos 10 y 78).
- (4) El 23 de setiembre de 1984, después del periodo de *vacatio legis* de 16 días dispuesto –en ese entonces– por el artículo 195 de la Constitución Política de 1979.
- (5) El artículo 2 de la citada norma precisó que para las pensiones derivadas o de sobrevivientes el monto sería igual al 100% (viudez) y 50% (orfandad y ascendientes).
- (6) El artículo 3 señala expresamente que el beneficio de la pensión mínima no era aplicable para quienes percibían una pensión reducida de invalidez o jubilación (Decreto Ley N° 19990, artículos 28 y 42).
- (7) En el precedente obligatorio recaído en el Expediente N° 198-2003-AC/TC (fundamento 11).
- (8) En ese sentido ver: Decretos Supremos N° 018-84-TR hasta el N° 016-85-TR.

dictarse la Ley N° 24786 (Ley General del IPSS, vigente a partir del 13 de enero de 1988) se produjo –según nuestro punto de vista– la derogación tácita⁽⁹⁾ del citado artículo 1 de la Ley N° 23908, en tanto el segundo párrafo del artículo 31 estableció un nuevo sistema para regular la PM:

Artículo 31.- (...)

Las pensiones mínimas se regulan en función al ingreso mínimo legalmente establecido para los trabajadores en actividad.

Es decir que a partir del 13 de enero de 1988 la PM sería establecida por el IPSS sobre la base del ingreso mínimo legal (IML), que sustituyó a la RM a partir del 1 de agosto de 1985, como lo hizo al emitir la Carta Normativa N° 007-DNP-IPSS-89.

A partir del 24 de abril de 1996, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, se establecen nuevos parámetros para la PM, cuando en la Cuarta Disposición Complementaria se señalan montos fijos que dependían de la cantidad de años aportados por el asegurado. En la actualidad, las Leyes N° 27617 y 27655⁽¹⁰⁾ regulan el tema en términos similares:

- 1) Para pensionistas de derecho propio:

Con 20 o más años de aportación	S/. 415
Con 10 años y menos de 20 de aportación	S/. 346
Con 6 años y menos de 10 de aportación	S/. 308
Con 5 años o menos de 5 de aportación	S/. 270
- 2) Para pensionistas por invalidez: S/. 415

El literal b) del artículo 1 de la resolución citada precisa que a los pensionistas por derecho derivado (sobrevivientes: viudez, orfandad y ascendientes) se les aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley N° 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante pudo haber generado un monto inferior a los S/. 270 nuevos soles.

El problema administrativo y judicial⁽¹¹⁾ relacionado con la aplicación de la pensión mínima, de acuerdo con la fórmula establecida por la Ley N° 23908 (PM = 3 SMV), se suscitó a partir del año 2003, cuando un fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 703-2002-AC/TC señaló que dicho beneficio podría ser reclamado por todo

pensionista que alcanzó el punto de contingencia (mal entendido como el momento en que se cumple la edad y años de aportación previstos por la ley) hasta el 23 de abril de 1996, más aún cuando a partir del voto singular del magistrado Magdiel Gonzales algunos pensionistas consideraron que el derecho a la PM equivalía a reclamar el triple del valor de la RMV vigente en la actualidad, lo cual nos conduce a un absurdo, en primer lugar, porque carece de lógica y equidad que un pensionista perciba tres veces el ingreso mínimo de un trabajador en actividad; en segundo lugar, porque la PM –así planteada– equivaldría a casi el doble de la pensión máxima (tope)⁽¹²⁾.

Si bien fallos posteriores⁽¹³⁾ acortaron el periodo de vigencia de la Ley N° 23908 del 23 de abril de 1996 al 18 de diciembre de 1992 (un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967), a nivel judicial el problema suscitó una serie de críticas, en especial cuando por la aplicación de la citada ley se redujeron las pensiones de los demandantes que tenían derecho a una prestación por encima de la PM, que fue el beneficio que reclamaron. Los jueces apenas constataban si la contingencia se produjo hasta el 18 de diciembre de 1992 sin verificar si el monto de la pensión otorgada en su momento (y la percibida en la actualidad) eran superiores al triple del valor del SMV o el sustitutorio vigente en su momento.

En este escenario, la sentencia bajo comentario es de fundamental importancia, pues se exige que –en lo sucesivo– el juzgador (constitucional u ordinario) realice un juicio de comparación entre la pensión otorgada (por el IPSS o la ONP) y el triple del valor del SMV o el sustitutorio vigente en la fecha de contingencia de cada beneficiario, para determinar si procede aplicar o no la PM de acuerdo con la fórmula establecida por la Ley N° 23908 (PM = 3 SMV). Solo en el supuesto mencionado una pretensión de esta naturaleza podría ser estimada favorablemente.

II. LOS CRITERIOS CAMBIANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El primer precedente: vigencia hasta 1996

El 20 de enero de 2003 fue publicada en el diario oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, fallo cuestionado⁽¹⁴⁾ que señalaba que tenían derecho a una pensión mínima (de acuerdo a la Ley

(9) De acuerdo al artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil de 1984, aplicable supletoriamente a los diversos ordenamientos jurídicos en tanto no sea incompatible, la derogación se produce por declaración expresa o tácita (incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia regulada por esta es íntegramente normada por la nueva ley).

(10) Complementadas por la Resolución N° 001-2002-JEFATURA/ONP, publicada el 3 de enero de 2002 en el diario oficial El Peruano.

(11) Solo entre los años 2003 a 2006 se incoaron unas 67,000 nuevas demandas judiciales contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la mayoría de ellas relacionadas a la Ley N° 23908.

(12) Que actualmente asciende a S/. 857.36 nuevos soles, según el Decreto de Urgencia N° 105-2001

(13) Ver la sentencia recaída en el Expediente N° 1816-2002-AA/TC publicada el 11 de marzo de 2004 en el diario oficial El Peruano.

(14) Sobre las críticas a este pronunciamiento: PARÉDEZ NEYRA, Magno y otro. “Ley N° 23908: Pensión mínima e indexación en el Sistema Nacional de Pensiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional” En: *Asesoría Laboral* N° 156,

N° 23908) aquellos asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 23 de abril de 1996 (un día antes a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, que –como dijimos– estableció nuevos parámetros para la PM)⁽¹⁵⁾.

Como hemos referido, este fallo originó una avalancha de demandas judiciales en contra de la ONP solicitando la aplicación de la citada ley, pues los pensionistas consideraron que podían acceder a una PM que fuese el equivalente a tres veces el valor de la RMV vigente, lo que era un absurdo fáctico y jurídico. En esta creencia abonaron algunos (seudo) medios de prensa y abogados inescrupulosos que lucraron con las expectativas de los pensionistas por obtener el incremento de su prestación, cuando en muchos casos se produjo exactamente lo contrario.

2. El segundo precedente: vigencia hasta 1992

El 11 de marzo de 2004 fue publicada en el diario oficial El Peruano la sentencia recaída en Expediente N° 1816-2002-AA/TC, en la cual se dispone de manera escueta que la referida Ley N° 23908 solo alcanzaba a los pensionistas que alcanzaron la contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992, un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967. Si bien la sentencia aludía de manera genérica al concepto “reajuste”, se entendía que incluía dentro de tal definición tanto a la PM como al reajuste con prioridad trimestral.

Pese a lo genérico de este pronunciamiento, su importancia radicó en el hecho de reducir el campo de acción de la Ley N° 23908 desde el 23 de abril de 1996 hasta el 19 de diciembre de 1992, lo que originaría la disminución de los beneficiarios potenciales de dicha norma.

3. El tercer precedente: aclarando zonas grises

El 29 de octubre de 2004 es publicada en la página web del Tribunal Constitucional el fallo recaído en el Expediente N° 2704-2002-AA/TC, en el cual se ratifica que la Ley N° 23908 es aplicable a los asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 19 de diciembre de 1992 (fundamento 11, literales d y g), pero a la vez se indica que la PM nunca fue igual a tres veces el ingreso de un trabajador en actividad, habiendo el legislador tomado de referente para fijar dicho concepto (PM) uno de los elementos que integraban la remuneración mínima.

Posteriormente, el 22 de noviembre de 2004 fue publicada en la misma página web el fallo recaído en el Expediente N° 198-2003-AA/TC seguido por Carlos Briones Vigo, suscrito por todos los magistrados del Tribunal (que

constituye precedente obligatorio), en el cual –además de ratificar lo expuesto en la sentencia glosada en el párrafo precedente– se establece que no procede el reclamo del reajuste automático trimestral (Ley N° 23908, artículo 4), en tanto los incrementos de pensión están condicionados a la capacidad financiera del SNP y la situación de la economía nacional (fundamentos 13 a 15).

Estas sentencias fueron fundamentales para reducir las pretensiones de otorgamiento de una PM que fuera igual a tres veces el valor de la RMV actual, empero, los jueces se limitaban a constatar la fecha de la contingencia para estimar las demandas, por lo cual era necesario que el Tribunal Constitucional estableciera con carácter obligatorio la realización previa del juicio de comparación del monto de pensión otorgado con el triple del valor del SMV vigente en la fecha de contingencia de cada accionante, como ocurre con el fallo bajo comentario⁽¹⁶⁾.

III. NOTAS CONCLUSIVAS PERSONALES

1. A estas alturas de la discusión respecto de la PM en la Ley N° 23908 queda claro que dicho concepto nunca fue igual a tres veces el ingreso de un trabajador en actividad, pues ello hubiera constituido una situación de inequidad manifiesta.

2. El Tribunal Constitucional ha tenido, de 2003 a la fecha, una serie de criterios sobre la aplicación de la PM en la Ley N° 23908 que han ido restringiendo a los beneficiarios que podría reclamar dicho beneficio, aclarando incluso algunos conceptos dudosos.

3. La sentencia bajo comentario es de fundamental importancia, pues exige del juzgador (constitucional u ordinario) que se realice un juicio de comparación entre la pensión otorgada (por el IPSS o la ONP) y el triple del valor del SMV o el sustitutorio vigente en la fecha de contingencia de cada beneficiario, para determinar si procede aplicar o no la PM de acuerdo a la fórmula establecida por la Ley N° 23908 (PM = 3 SMV). Solo en el supuesto mencionado una pretensión de esta naturaleza podría ser estimada.

4. Está aún pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional, a la fecha de elaborar el presente comentario, su posición expresa (a favor o en contra) respecto del argumento uniforme de defensa de la ONP, en el sentido de que el artículo 31 de la Ley N° 24786 habría derogado tácitamente al artículo 1 de la Ley N° 23908, con lo cual se debería considerar al 13 de enero de 1988 como la fecha de extinción de sus alcances.

Lima. Diciembre, 2003. Págs. 11-15; y, LÓPEZ TRIGOSO, Edwin. “Sobre el respeto al debido proceso en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley N° 23908”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 67, Lima. Abril, 2004. Págs. 55-77.

(15) El citado fallo también señaló que tendría derecho a reclamar el reajuste trimestral previsto en el artículo 4 de la Ley N° 23908 los asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 13 de noviembre de 1991 (un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 757).

(16) Estos criterios son también aplicables para la justicia ordinaria, de acuerdo con el fundamento 60 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

1. ABANTO, César y FALCÓN, Giorgio (2015). “Los intereses legales en materia previsional no son capitalizables. Comentarios al último precedente del Tribunal Constitucional”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 204, Editorial Gaceta Jurídica.
2. OSPINA SALINAS, Estela (2015). “Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”. En: Revista Laborem N° 15, SPDTSS.

**UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO
COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**

- ABANTO, César y FALCÓN, Giorgio (2015). “Los intereses legales en materia previsional no son capitalizables. Comentarios al último precedente del Tribunal Constitucional”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 204, Editorial Gaceta Jurídica.



LOS INTERESES LEGALES EN MATERIA PREVISIONAL NO SON CAPITALIZABLES. COMENTARIOS AL ÚLTIMO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

César ABANTO REVILLA^(*)

Giorgio FALCÓN CANGAHUALA^(**)

TEMA RELEVANTE

En el precedente jurisprudencial vinculante contenido en la STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC (Caso Puluche) se determinó que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable. Para los autores este criterio está acorde con naturaleza previsional de los intereses provenientes de las obligaciones pensionarias, pues el sistema jurídico pensionario se estructura sobre la base de un fondo común de reparto en el que prima el principio de solidaridad, por tanto, el bienestar colectivo priman sobre los beneficios individuales.

I. EL ORIGEN DE LOS INTERESES PREVISIONALES

Es materia del presente comentario revisar los alcances del precedente jurisprudencial vinculante contenido en la STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC¹ (Caso Puluche).

Para dicho análisis, consideramos necesario dar una mirada previa a la evolución que en el tiempo ha recibido el tratamiento del cálculo (y pago) de los intereses en materia previsional, tanto a nivel judicial como normativo.

Pero antes de desarrollar este artículo será necesario absolver una interrogante inicial: ¿deben pagarse intereses por una deuda u obligación previsional?

Cuando una persona solicita el otorgamiento de una pensión de invalidez, jubilación o sobrevivientes del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), creado por D.Ley N° 19990, transcurrirá un lapso –a veces corto, otras, prolongado– desde que presenta su pedido hasta que la prestación reclamada le sea reconocida.

Se considera pensiones **devengadas** las que deben pagarse a partir del día siguiente en que el asegurado adquiere la condición de pensionista (contingencia), dentro de las cuales se incluyen las generadas durante el tiempo que dure el proceso administrativo –y, de ser el caso, el judicial– de otorgamiento de la prestación.

(*) Abogado y maestro en Derecho por la USMP. Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la PUCP. Profesor de Derecho Previsional en la Maestría de Derecho del Trabajo de la USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo.

(**) Abogado por la UNMSM. Profesor de Derecho Previsional. Miembro del Grupo de Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “Luis Aparicio Valdez” de la UNMSM.

1 Proceso de amparo seguido por Inocente Puluche Cárdenas contra ONP, fallo publicado en su página web el 07/07/2015.

¿En qué consiste



Se considera pensiones devengadas las que deben pagarse a partir del día siguiente en que el asegurado adquiere la condición de pensionista (contingencia), dentro de las cuales se incluyen las generadas durante el tiempo que dure el proceso administrativo –y, de ser el caso, el judicial– de otorgamiento de la prestación.

Por **reintegro**, entendemos al diferencial existente entre lo que se pagó al pensionista y el monto que en realidad le correspondía percibir. Por ejemplo, Juan Pérez tiene una pensión de S/. 500, pero por la aplicación de una norma determinada, considera que deben ser S/. 800. De obtener un pronunciamiento a su favor, existiría un diferencial a su favor de S/. 300 por cada mes.

En ambos casos resulta de aplicación el artículo 81 de la norma citada, que establece que se abonarán los devengados (y reintegros) de un periodo no mayor a doce (12) meses anteriores a la presentación de la solicitud. Por ejemplo, Juan Pérez cesó el 01/01/2008 con la edad y años de aportes para jubilarse, sin embargo, recién solicita su pensión el 01/01/2012: solo tendría derecho a los devengados generados desde el 01/01/2011, es decir, doce (12)

meses antes de presentada su solicitud. A dicho monto se agregarán los devengados o reintegros por los meses (o años) que dure el proceso administrativo y, de ser el caso, el judicial.

El derecho a solicitar el otorgamiento de una pensión es imprescriptible, pero el pago de los devengados y reintegros sí está supeditado a la presentación de la solicitud, lo cual demuestra que ambas fechas –de otorgamiento de pensión e inicio de pago de los devengados– no tienen que ser las mismas. En el caso anterior, Juan Pérez tendría derecho a pensión desde el 02/01/2008, pero a sus devengados desde el 01/01/2011.

La validez de este criterio ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional –por todos– en la STC Exp. N° 02187-2003-AA/TC², al señalar que la aplicación del artículo 81 para calcular los devengados no implica la vulneración del derecho a la pensión, al ser consecuencia de la demora del asegurado en la presentación de su solicitud.

En tal sentido, a nivel normativo y jurisprudencial no existía duda alguna respecto de la forma de cálculo de los devengados y reintegros; sin embargo, un día a alguien se le ocurrió que si el Estado debía pagar dichos conceptos, por la demora en el trámite y/o por un error en el cálculo de la prestación, esta demora debería generar intereses.

Ni el D.Ley N° 19990 ni su Reglamento (D.S. N° 011-74-TR) hacían referencia alguna al pago de intereses por los devengados y/o reintegros de pensión; por tanto, para que este derecho fuera reconocido era necesario un mandato judicial expreso.

En efecto, hasta la emisión de la STC Exp. N° 00065-2002-AA/TC³, se discutía si resultaba viable el pago de intereses legales en materia previsional, al tratarse de un concepto de naturaleza patrimonialista, perteneciente al campo del Derecho Civil (obligaciones), que a primera vista resultaba incompatible con los principios del Derecho Previsional, en el que prima la necesidad colectiva (solidaridad) sobre el beneficio individual.

En la medida en que el Código Civil, invocado por el Tribunal Constitucional en dicho fallo, prevé que los intereses pueden ser, por su finalidad, compensatorios⁴ o moratorios⁵, y, por su origen, convencionales⁶ o legales, era necesario determinar dónde se ubicaban entonces los intereses aplicables en materia previsional.

Si el pago de interés previsional nacía de la demora del proceso administrativo y/o judicial, estamos frente a uno moratorio; por otro lado, si entre la ONP y los asegurados no existe un convenio, contrato o similar que regule las condiciones de dicho pago, la obligación se originaría por un mandato legal (el Código Civil).

2 Proceso de amparo seguido por María Arroyo Cobián contra ONP, fallo publicado en su página web el 31/10/2003.

3 Proceso de amparo seguido por Álvarez Príncipe De La Cruz contra ONP, fallo publicado en su página web el 21/04/2003. El Tribunal señaló –de manera escueta (fundamento 3)– que la petición de pago de intereses legales debía ampararse según los artículo 1242 y siguientes del Código Civil.

4 Contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien ajeno.

5 Como indemnización por la demora en el pago de la obligación al acreedor.

6 Cuando ha sido pactado por las partes intervinientes en un acuerdo.

En tal sentido, como se reconoce en el fundamento 12 del fallo comentado, en materia de pensiones el interés que se paga es uno “moratorio legal”.

Si bien durante algún tiempo existió una discusión complementaria respecto a la fecha de inicio del cálculo del interés, pues en aplicación del artículo 1334 del Código Civil se entendía que deberían calcularse a partir de la fecha de notificación de la demanda, al ser una obligación nacida de un mandato judicial, este cuestionamiento fue zanjado a finales de 2008, cuando la Cas. N° 1128-2005-La Libertad⁷ y la STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC⁸, que constituían precedentes vinculantes, señalaron que los intereses debían calcularse desde la misma fecha de los devengados, al ser un concepto accesorio.

El fallo del Tribunal Constitucional fue criticado desde la perspectiva procesal, en tanto ordenaba a los jueces a disponer el pago de los devengados e intereses legales en los reclamos previsionales, aunque dichos

conceptos **no** estuvieran incluidos en el petitorio de demanda, pues contra-venía manifiestamente la prohibición del fallo *extra petita*⁹, sin embargo, dicho criterio viene siendo aplicado hasta la fecha.

Superada la discusión relativa a la fecha de inicio del cálculo de los intereses, subsistía una duda: ¿para el cálculo se debería aplicar la tasa laboral¹⁰ o la tasa efectiva?

Por un lado, la capitalización (anatocismo) está prohibida para las obligaciones que no deriven de cuentas mercantiles, bancarias o similares (Código Civil, art. 1249), pero, por el otro, tampoco podía utilizarse la tasa laboral, pues el D.S. N° 070-98-EF señala que los aspectos relativos a los regímenes previsionales no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social (Sexta Disposición Transitoria).

En el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de la Corte Superior de Lima del 13/11/2009 se concluyó (Tema N° 1, punto III) que los intereses

legales previsionales (en ejecución) debían ser pagados **sin capitalización**, criterio seguido por algunas Salas Superiores del distrito judicial de Lima en lo contencioso-administrativo¹¹ y lo constitucional¹².

Pese a ello subsistían posturas discordantes sobre el tema¹³, incluso algunos jueces –en ejecución de sentencia– remitían los autos a los peritos judiciales, quienes aplican (hasta hoy) el Sistema Informático Interleg¹⁴, en cuyo procedimiento de cálculo se utiliza la capitalización de los intereses.

En el plano normativo la discusión fue resuelta –aunque de forma temporal– por la Ley N° 29951¹⁵, que en su Nonagésimo Séptima Disposición Complementaria estableció:

“(…) a partir de la vigencia de la presente Ley, el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. **El referido interés no es capitalizable,**

7 Sentencia de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el proceso contencioso seguido por Augusto García Sandoval contra ONP.

8 Proceso de amparo seguido por Alfredo De La Cruz Curasma contra ONP, fallo publicado en el diario oficial *El Peruano* el 04/11/2008.

9 Artículo VII.- El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

10 Regulada por el D.Ley N° 25920.

11 Sentencia de vista de la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de fecha 28/10/2011 en el proceso seguido por Constantino Zamudio Pacheco contra la ONP (Exp. N° 21448-2007), en cuyo octavo considerando se señaló expresamente que “(…) al ser una deuda pensionaria, los intereses que deben abonarse no resultan capitalizables, pues no existe norma que así lo establezca (...), además, no podemos perder de vista que el obligado es el Estado y que el Sistema Pensionario peruano se basa en la solidaridad, por lo tanto, el disponer el pago de intereses efectivos, que significa ir sumando a la obligación principal los intereses y aplicar a ello los nuevos intereses, perjudicaría enormemente los recursos de la demandada que son necesarios para proveer las pensiones a otros trabajadores (...)”.

12 Auto de vista de la Sexta Sala Civil de fecha 12/12/2012 en el proceso de amparo seguido por Asunción Suárez Jurado contra la ONP (Exp. N° 58826-2004), cuyo décimo tercer considerando precisa que resulta “(…) siendo aplicable al caso la tasa de interés legal efectiva en forma simple, toda vez que una tasa legal efectiva con metodología capitalizable es inaplicable (...) en tanto solo es permitida en las cuentas mercantiles, bancarias o similares, conforme lo establece el artículo 1249 del Código Civil; entonces, reiteramos, se utiliza la tasa de interés legal efectiva aplicando el factor simple, y no la tasa de interés laboral (...)”.

13 El artículo segundo de la R.A. N° 477-2012-P-PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 08/12/2012, exhortaba a los jueces a ordenar el pago de los intereses previsionales conforme a los artículos 1242 y 1244 del Código Civil, conforme a la tasa fijada por el BCRP.

14 Sistema para el Cálculo de Intereses aprobado mediante la R.A. N° 026-2004-CE-PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 05/03/2004.

15 Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 04/12/2012.

Comentario relevante de los autores

A nivel normativo y jurisprudencial no existía duda alguna respecto de la forma de cálculo de los devengados y reintegros; sin embargo, un día a alguien se le ocurrió que si el Estado debía pagar dichos conceptos, por la demora en el trámite y/o por un error en el cálculo de la prestación, esta demora debería generar intereses.

de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil, y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno (...) los procedimientos administrativos, judiciales en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición”.

A nivel judicial existieron diversos criterios respecto a la aplicación de la norma, pues algunos jueces consideraban que solo alcanzaría a las deudas generadas a partir de su entrada en vigencia (**no** para las pasadas), otros, que regiría solo para las deudas calculadas durante el 2013 (**no** para las futuras), al ser un mandato contenido en la ley relativa al presupuesto de dicho año, por tanto, limitada a dicho periodo específico.

En fin, subsistían las dudas en cuanto a la naturaleza de la tasa aplicable en materia previsional, más aún cuando al ser cuestionada la liquidación realizada por la ONP –con el porcentaje fijado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), pero **sin** capitalización– el juez ordenaba una nueva liquidación a través de peritos judiciales.

En dicho escenario, el fallo comentado resulta determinante para pacificar el tema, ya que si bien la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema estableció en la Cas. N° 5128-2013-Lima¹⁶ que los intereses previsionales deberán ser calculados con la tasa fijada por el BCRP, con la limitación del artículo 1249 del Código Civil (prohibición del anatocismo o capitalización), era necesario que el Tribunal Constitucional también se pronuncie de forma expresa sobre este tema, pues –como hemos indicado– no puede pretenderse que reglas aplicables a las deudas comerciales, bancarias o mercantiles, se utilicen en obligaciones previsionales que por su naturaleza privilegian las necesidades de la mayoría, en cumplimiento del mandato de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social.

II. REVISIÓN DEL CASO CONCRETO

La resolución analizada no es una sentencia, sino un auto que rechaza –sin vista de la causa– el recurso de agravio constitucional interpuesto por Inocente Puluche Cárdenas contra la resolución del 08/01/2014 de la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lambayeque, que

declaró la nulidad de la Res. N° 36 del Sexto Juzgado Civil de Chiclayo, que declaró infundada la observación de la ONP contra el Informe Pericial N° 278-2012-DRLL-PJ, aprobando la liquidación de intereses legales en la suma de S/. **93,486.60**.

Es decir, que el cuestionamiento se produce dentro de un proceso de amparo que está en etapa de ejecución de un fallo que dispuso, a favor del accionante, la aplicación de la Ley N° 23908, en mérito al cual se emitió la Res. N° 69717-2005-ONP/DC/DL19990, que reajustó su pensión de jubilación, actualizándola a S/. 686.09, y le reconoció el pago de devengados e intereses legales por el periodo del 01/06/1990 al 09/08/2005. Por este concepto (intereses legales) se le pagarían S/. **20,533.95**, monto cuestionado por el accionante, lo cual determinó que el juez disponga la remisión de los actuados al Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial.

Como se aprecia claramente, la liquidación pericial contable judicial (S/. 93,486.60) es casi cinco veces mayor a la practicada por la ONP (S/. 20,533.95), en la medida en que al realizar su cálculo se ha aplicado el interés legal con capitalización (anatocismo), en manifiesta contravención a la prohibición del artículo 1249 del Código Civil.

En dicho escenario, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional hace un repaso de la regulación de los intereses legales en nuestro Código Civil (fundamentos 10 a 14), precisando correctamente en el fundamento 13 lo siguiente:

16 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25/06/2014.

“(…) existe una diferencia entre los conceptos de ‘interés legal’ y ‘tasa de interés legal’. Ambos conceptos no son equivalentes. Los intereses legales son simplemente los que se deben por mandato de la ley. En cambio, la expresión ‘tasa de interés legal’ se refiere a la que hay que pagar cuando las partes han pactado intereses, pero sin haber fijado la tasa (…)”.

Posteriormente (fundamentos 15 a 21) se pronuncia en relación a la tasa de interés legal aplicable a las deudas previsionales, con base en sus criterios jurisprudenciales y la normativa que han delineado este tema, precisando (fundamento 18) que para la solución de esta controversia deben considerarse los siguientes elementos de juicio:

- i) Que el modo de calcular el pago de los intereses previsionales es una labor a ser determinada por el legislador, y este no ha regulado de forma permanente tal modo de cálculo, salvo la estipulación temporal prevista en la Ley N° 29951;
- ii) Que el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC que los intereses previsionales deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, no pronunciándose en dicho expediente sobre el modo de cálculo del pago de intereses legales;
- iii) Que en algunos casos el Tribunal Constitucional ha asumido que

los intereses previsionales deben ser liquidados aplicando la tasa de “interés legal efectiva”;

- iv) Que en procesos de amparo en materia previsional se han presentado controversias como la de autos, en cuanto a la forma de calcular los intereses, específicamente si estos deben capitalizarse o no; y,
- v) Que la protección y optimización de la efectiva tutela jurisdiccional en procesos de amparo previsionales exige que el Tribunal Constitucional establezca de modo vinculante dicha forma de cálculo.

Este análisis secuencial lo lleva a concluir, tomando en cuenta que la capitalización (o anatocismo) solo se puede pactar en obligaciones o cuentas mercantiles, bancarias o similares, que la limitación del artículo 1249 del Código Civil debe considerarse para las deudas previsionales, por tanto, el interés legal aplicable en materia pensionaria **no** es capitalizable, coincidiendo así con la Cas. N° 5128-2013-Lima (fundamento 21).

Dejamos constancia que la solución de este problema no es un aspecto secundario en la discusión previsional, pues como bien indica el Proyecto de Ley N° 1968/2012-CR¹⁷, a diciembre de 2012 de los 100,000 procesos que tenía la ONP cerca de 20,000 se referían a pago de intereses, habiendo representado solo en el 2011 un pago cercano a los S/. 160 millones por dicho concepto específicamente.

¿Qué dice el TC?

El Tribunal Constitucional ha asumido que los intereses previsionales deben ser liquidados aplicando la tasa de "interés legal efectiva".

III. EVOLUCIÓN DE LA TASA DE INTERÉS LEGAL

Desde la vigencia del Código Civil de 1936 hasta antes del 01/07/1985, la tasa del interés legal era del 5% anual, por tanto, era nominal.

Por efectos de la modificatoria del citado artículo 1325 por la Ley N° 23413, vigente desde el 19/06/1982, el BCRP emitió diversos avisos entre el 02/07/1982 y el 25/08/1985, de acuerdo a los cuales por operaciones no sujetas al reajuste de deudas, la tasa de interés legal era la tasa nominal anual, en un porcentaje fijo de la deuda.

Posteriormente, como consecuencia de la regulación de los artículo 1242 al 1250 del Código Civil de 1984, el BCRP estaba facultado a fijar la tasa de interés legal.

Entre el 26/08/1985 y el 31/03/1991, en virtud a diversos avisos emitidos por el BCRP, para las operaciones no sujetas al reajuste de deudas se aplicó la tasa de interés legal efectiva, en algunos casos la anual y en otros la mensual, en un porcentaje variable según el plazo de la deuda o en un porcentaje fijo¹⁸:

- 1) Del 26/08/1985 al 15/02/1986, la tasa de interés legal era la efectiva anual, en un porcentaje fijo.

17 Proyecto de Ley que establece el interés legal aplicable para el pago de deudas de carácter previsional en el SNP, presentado el 05/03/2013 por el Congresista Juan José Díaz Dios.

18 Como precisan: OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Vol. XVI, Tomo VI, Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, p. 32.

**Conclusión
de los autores**



Tomando en cuenta que la capitalización (o anatocismo) solo se puede pactar en obligaciones o cuentas mercantiles, bancarias o similares, que la limitación del artículo 1249 del Código Civil debe considerarse para las deudas previsionales; por tanto, el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, coincidiendo así con la Cas. N° 5128-2013-Lima (fundamento 21).

- 2) Del 16/02/1986 al 30/11/1988, la tasa de interés legal era la efectiva anual, en un porcentaje variable según el plazo de la deuda.
- 3) Del 01/12/1988 al 31/03/1991, la tasa de interés legal era la efectiva mensual, en un porcentaje establecido según el plazo de la deuda, que fluctuaron en el tiempo.

Desde el 01/04/1991 al 15/09/1992, la tasa de interés legal fue fijada en función al TAMN (Tasa Activa de Mercado Promedio Ponderado en Moneda Nacional), en términos efectivos mensuales, en función al plazo de la deuda, conforme lo dispuso la Circular N° 006-91-EF/90 de fecha 11/03/1991.

No obstante haberse fijado el interés legal tomando como referencia la tasa activa, lo cierto es que hubo una diferenciación en el caso de los intereses legales aplicables a las personas ajenas al Sistema Financiero

frente a los intereses convencionales, de manera que la tasa aplicada a estos últimos era mayor a la del interés legal.

La aplicación de la TAMN para los devengados pensionarios durante dicho periodo fue instituida como una medida de cambio, en un panorama en el que desde hacía varios años existía una ruptura entre el valor de la deuda original y el valor de recuperación en el tiempo.

La tasa del interés legal sobre la base de la TIPMN (Tasa de Interés Promedio Ponderado sobre Depósitos en Moneda Nacional) fue establecida en circulares del BCRP durante diferentes periodos de efectivización¹⁹:

- a) Por primera vez, en la Circular N° 028-92-EF/90 de fecha 04/09/1992, que fijó la tasa de interés legal en dos (2) veces la TIPMN a partir del 16/09/1992, precisando que debía ser calculada diariamente por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) en términos efectivos mensuales.
- b) Luego, la Circular N° 016-94-EF/90 de fecha 21/05/1994, que reiteró que la tasa de interés legal era igual a dos (2) veces la TIPMN a partir del 01/06/1994.
- c) La Circular N° 024-96-EF/90 de fecha 23/07/1996, que fijó la tasa de interés legal en 1.4 veces la TIPMN a partir del 01/08/1996.
- d) La Circular N° 007-99-EF/90 de fecha 09/03/1999, que fijó la tasa de interés legal en 1.2 veces la TIPMN a partir del 15/03/1999, y,

- e) La Circular N° 009-2000-EF/90 de fecha 23/02/2000, que fijó la tasa de interés legal en 1.1 veces la TIPMN a partir del 01/03/2000.

Igual criterio al consignado en la Circular N° 021-2007-BCRP, en el sentido que el interés legal era igual a la TIPMN en términos efectivos anuales para deudas no sujetas a reajuste, estuvo presente también en las circulares que la antecedieron, a saber, la N° 006-2003-EF/90 y la N° 027-2001-EF/F.

El empleo de una tasa expresada en términos efectivos anuales importa la capitalización de intereses, sin embargo, el debate no se limita a este primer asunto –si debe emplearse dicha tasa en detrimento del interés laboral–, el asunto relevante es la metodología que se emplea para el cálculo del interés en cada caso concreto.

Respecto a los intereses se debe distinguir dos conceptos:

- La dimensión: Es el tamaño o magnitud de la tasa de interés.
- La metodología: Puede ser con capitalización de intereses o sin ella.

Para operaciones en moneda nacional el interés legal es el equivalente a la TIPMN, y según las publicaciones de la SBS puede advertirse que tanto la TIPMN como la Tasa de Interés Legal Efectiva representan diariamente el mismo porcentaje anual.

Por ejemplo, el 12/02/2012 la TIPMN representó el 2.48% anual y la Tasa de Interés Legal Efectiva el mismo valor. Al día siguiente, el

¹⁹ Según se detalla en los literales f y g del num. 6.13 del sexto considerando de la resolución de vista de la Segunda Sala Contencioso-administrativa de Lima de fecha 16/08/2011 en el proceso seguido por Blanca Alva Aranguri contra la ONP (Exp. N° 17441-2007), p. 14.

13/02/2012, la TIPMN fue de 2.51% anual, al igual que el valor de la Tasa de Interés Legal Efectiva.

Es importante que se tome en cuenta que la tasa de interés anual publicada diariamente en el portal de la SBS (TIPMN y Tasa de Interés legal Efectiva) incluso es similar a la Tasa de Interés Laboral, por lo que se puede hablar de un único tamaño o magnitud de la tasa de interés (dimensión).

Como se puede advertir, tanto en el interés legal laboral como en el interés legal efectivo, la tasa (%) es la misma, al igual que el factor diario en moneda nacional.

La diferencia radica justamente en la capitalización de intereses, que se encuentra inmerso en el factor acumulado (metodología). Siendo las mismas tasas y factores diarios, los “factores acumulados” son distintos, y esto se debe a que el interés de cada unidad de tiempo materia de liquidación (periodo pactado: tasa anual, mensual, etc.). En el interés legal efectivo se irá adicionando al capital.

Para no dejar margen de dudas, nos remitimos a la declaración de la SBS²⁰ en su portal, donde dice lo siguiente:

“La fórmula utilizada para calcular los factores diarios y acumulados de la tasa de interés efectiva anual, es decir con capitalización de intereses (...)”.

“El cálculo del factor acumulado de la tasa de interés legal para actualizar una deuda laboral supone que los intereses no son capitalizados”.

En el factor acumulado de la Tasa de Interés Legal Efectiva se aplica la capitalización, a diferencia del factor acumulado de la Tasa de Interés Legal Laboral.

En sede judicial no se cuestionaba la dimensión (factor anual, diario, mensual, etc.), sino el procedimiento implícito en la Tasa de Interés Legal Efectiva (metodología con capitalización) y en la Tasa de Interés Legal Laboral (metodología sin capitalización), pues cuando un juez ordenaba aplicar la Tasa de Interés Legal Efectiva, se estaba disponiendo el pago del factor equivalente a la TIPMN –que, como se mencionó, es un factor igual en las diferentes tasas–, pero con una metodología que utilizaba factores acumulados, por tanto, con capitalización de intereses.

IV. CAPITALIZACIÓN (ANATOCISMO) E INTERESES PREVISIONALES

Como hemos señalado, los intereses previsionales no surgen en compensación por el uso del dinero que el Estado administra para el pago de las pensiones, sino que tienen por finalidad indemnizar al pensionista afectado con la demora por el daño (aparente) ulterior que pueda derivarse del retraso del pago de la pensión o un recalcu, por ello se considera que tienen una naturaleza moratoria, de origen legal.

El Tribunal Constitucional ha reconocido ciertos errores en la STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC, a los cuales habría que agregar el hecho que en los fundamentos 14 y 23 se limitó a señalar que corresponden

Comentario relevante de los autores

En sede judicial no se cuestionaba la dimensión (factor anual, diario, mensual, etc.), sino el procedimiento implícito en la Tasa de Interés Legal Efectiva (metodología con capitalización) y en la Tasa de Interés Legal Laboral (metodología sin capitalización), pues cuando un juez ordenaba aplicar la Tasa de Interés Legal Efectiva, se estaba disponiendo el pago del factor equivalente a la TIPMN –que, como se mencionó, es un factor igual en las diferentes tasas–, pero con una metodología que utilizaba factores acumulados, por tanto, con capitalización de intereses.

el pago de los “intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil”, lo que generó confusión en la interpretación y aplicación (judicial) de las normas del Código Civil, puesto el referido artículo²¹ no hace referencia a la “tasa”, sino solo al tipo de interés.

Es por ello que en la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional precisa que los intereses generados por el incumplimiento de una deuda previsional se regularán de acuerdo al artículo 1246 del Código Civil, al ser de **naturaleza** moratoria y **tipo** legal, sin hacer referencia a la “tasa”, por el contrario, diferencia los conceptos “interés legal” y “tasa de interés legal”, pues dichos términos **no** son equivalentes.

20 <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/Metodologia/Metodologia_Factores_Diarios_y_Acumulados.pdf>.

21 Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

¿En qué consiste ?

Los intereses previsionales no surgen en compensación por el uso del dinero que el Estado administra para el pago de las pensiones, sino que tienen por finalidad indemnizar al pensionista afectado con la demora por el daño (aparente) ulterior que pueda derivarse del retraso del pago de la pensión o un recálculo, por ello se considera que tienen una naturaleza moratoria, de origen legal.

El **interés legal** está relacionado con la fuente u origen de creación de los intereses, que nace por imperio de la ley y sin voluntad de las partes, puesto la ley fija el monto a pagar por los intereses²²; en cambio, la **tasa de interés** está relacionada con la forma de cálculo de los intereses: es una medida que fijará la cuantía de los intereses, que puede ser legal o convencional.

En esta línea, en cuanto a la tasa de interés legal su regulación estaría recogida en el artículo 1244 del Código Civil, que establece que la institución facultada para determinar su tasa es el BCRP, órgano regulador de la moneda y crédito del Sistema Financiero.

Cabe aclarar que no toda la regulación sobre intereses del Código Civil concierne a los intereses

“previsionales”, por ello, resulta erróneo señalar que para el cumplimiento de dichos adeudos pensionarios corresponde aplicar los artículos 1242 al 1250, cuando los únicos pertinentes serían los artículos 1244, 1246 y la limitación del artículo 1249.

Como señala Polanco²³, el anatocismo es la capitalización de intereses. La palabra proviene del griego *anatokismos*, que representa el interés del interés. Por principio, fue prohibido en el Derecho peruano. Tanto el Código Civil de 1852 (art. 249), como el artículo 1586 del Código Civil de 1936 estipulaban que:

“No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos”.

En el Derecho Comparado existen dos teorías sobre la prohibición del anatocismo:

- a) Una absolutista, como por ejemplo, el caso del Código Civil alemán, que sanciona con nulidad la convención estipulada para que los intereses vencidos puedan producir a su vez intereses, y,
- b) Una relativista, que admite el anatocismo en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en la legislación peruana: pacto posterior y retraso no menor al año en el incumplimiento de pago de intereses adeudados.

Para Vidal²⁴, los griegos fueron los primeros que se dieron cuenta de lo peligroso y usurario que era la capitalización de intereses, peligro que fue advertido por los romanos recién en la Ley de las XII Tablas, en las que se empezó a imponer topes a los intereses que se cobraban. El Corpus Iuris Civilis de Justiniano, influenciado por el cristianismo, proscribió la usura y el anatocismo; sin embargo, fue posteriormente permitido por los artículos 1154 y 1155 del Código Civil Napoleónico, pero siempre que ello derive de una demanda judicial o que exista un convenio entre acreedor y deudor y luego de vencido un año de atrasos en el pago de intereses.

En la práctica, sin embargo, existiría una contradicción, pues si el Código Civil prohíbe la capitalización de intereses, ¿cómo es posible que la tasa de interés legal fijada por el BCRP, en términos efectivos permita dicha capitalización?

Castillo²⁵ sostiene que el cambio se produjo en 1991, cuando mediante un aviso del BCRP, de fecha 12/03/1991, se estableció la aplicación de tasas de interés efectiva. En su opinión, los artículos 1249 y 1250 del Código Civil devinieron en inaplicables.

En todo caso, no se discute si deben pagarse los intereses derivados de las deudas previsionales, ni tampoco el momento a partir del cual deben computarse (fecha de inicio y

22 JIMÉNEZ, Roxana. “Intereses, tasas, anatocismo y usura”. En: *Dike*, Portal de información y opinión legal de la PUCP, p. 4 (<<http://dike.pucp.edu.pe>>).
 23 POLANCO, Carlos. “Un artículo de interés o una historia del sin querer queriendo”. p. 18. En: <<http://es.scribd.com/doc/46241435/Articulo-de-interes-Carlos-Polanco>>.
 24 VIDAL, Fernando. “La capitalización de intereses”. En: *Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Editorial Cuzco, Lima, 1990, p. 315.
 25 CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. *Analizando el Análisis. Autopsia al Análisis Económico del Derecho por el Código Civil*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004, p. 157.

fin), sino la forma de cálculo de los mismos.

Para comprender el cálculo de los intereses previsionales, resulta necesario aclarar los conceptos: interés **simple** e interés **compuesto**, clasificación que se otorga en función a la forma de cálculo, relacionada con la variación del capital²⁶, que en este caso viene a ser el adeudo pensionario.

El interés tiene como elementos –para su cálculo– al tiempo, la tasa y el capital. En la liquidación del interés simple, el capital se mantiene inalterable, por lo que no existe variación en el citado elemento, lo cual si ocurre en el interés compuesto, pues para su cálculo el capital varía al sumarse con el interés generado, conformando así un monto mayor y nuevo que originará otro interés, sumatoria que se aplicará de forma continua durante todo el periodo de retraso, por ello es denominado interés “capitalizable”.

Esta aclaración nos permitirá diferenciar los conceptos tasa **nominal** y tasa **efectiva**, que guardan relación con los términos analizados.

Mientras el interés simple está relacionado con la tasa nominal, el interés compuesto o capitalizable está vinculado a la tasa efectiva, que es la que le permite la sumatoria del capital con el interés –de forma continua o progresiva– para generar nuevos intereses.

El Código Civil no regula expresamente el tipo de tasa que corresponde para el cálculo del interés legal, solo se señala que corresponde la tasa fijada por el BCRP. Tampoco encontramos alguna referencia el término “efectiva” en la Ley Orgánica del BCRP²⁷, pues la determinación de esta tasa fue establecida en publicaciones y cartas circulares posteriores, que determinaron diferentes periodos para el cálculo de los intereses, de la tasa nominal, de la tasa efectiva anual y de la tasa efectiva mensual²⁸.

La Carta Circular del BCRP N° 006-91-EF/90, por ejemplo, estableció que a partir del mes de abril de 1991 la SBS debería calcular y publicar diariamente la referida tasa²⁹.

Posteriormente, el BCRP estableció fórmulas para el cálculo de los

¿En qué consiste



La tasa de interés está relacionada con la forma de cálculo de los intereses: es una medida que fijará la cuantía de los intereses, que puede ser legal o convencional.

intereses legales, no con base en el tipo de tasa, sino a los factores acumulados, que son los elementos determinantes para el cálculo³⁰.

Es en este punto donde encontramos la diferencia para el cálculo de los intereses con capitalización, pues a través de una fórmula matemática –teniendo como base la tasa de interés efectiva– se calcularán los factores con o sin capitalización³¹. Es con estos factores que procede el cálculo de los intereses legales, conforme al tipo de interés, al existir dos fórmulas: una para el interés simple³² y otra para el interés compuesto³³.

Por ello, la SBS no publica diariamente una tasa efectiva y otra nominal, la única tasa publicada es la

26 AVELINO, Esteban. “Interés legal: Fórmula de cálculo y análisis”. En: *Quipukamayoc*. Vol 12, N° 23, Revista de la Facultad de Ciencias Contables, UNMSM, Lima, 2005, pp. 80-81.

27 D. Ley N° 26123 de fecha 30/12/1992.

28 AVELINO, Esteban y CERNA, Héctor. “Descapitalización de las tasas efectivas para calcular el interés simple”. En: *Quipukamayoc*. Vol 22, N° 41, Revista de la Facultad de Ciencias Contables, UNMSM, Lima, 2014, pp. 9-15.

29 Memoria de la Actividad Institucional del BCRP (1991). Véase: <<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/1991/Memoria - BCRP-1991-5.pdf>>.

30 Véase: <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/Metodologia/Metodologia_Factores_Diarios_y_Acumulados.pdf>.

31 La fórmula para determinar el factor acumulado con capitalización es $FA_t = (1 + FD_t \times FA_{t-1})$, y sin capitalización es $FA_t = FD_t + FA_{t-1}$. Donde “it” es la Tasa de interés efectiva anual del día “t”. FD_t es el factor diario correspondiente a la tasa de interés del día “t”. FA_t es el factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día “t”.

32 La fórmula para el interés simple es $I = C \times (FA_t - FA_0)$.

33 La fórmula para el interés compuesto es $I = C \times (FA_t - FA_0 - 1)$ Donde: C: Capital, I: Intereses generados por el capital en el periodo, t0: Día de origen de la deuda, tT: Día al que se va a actualizar el capital, FA_0 : factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día de origen de la deuda, y FA_t : factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día al que se va a actualizar el capital.

efectiva para calcular tanto el interés simple³⁴ como el compuesto³⁵.

La diferencia se encuentra en los factores acumulados, ello en razón que en nuestro Sistema Financiero no se ha establecido una fórmula independiente para cada tasa de interés (nominal o efectiva), sino que se ha optado por la **descapitalización** de la tasa efectiva, para obtener factores acumulados sin capitalización y el interés legal simple.

Dicho procedimiento fue introducido con las fórmulas de cálculo previstas por el BCRP en su publicación de 1993 denominada “tasas de interés legal: casos prácticos”, tal como indican Avelino y Cerna, quienes precisan que en nuestro país se utiliza la tasa efectiva para calcular el interés simple, lo que no es una práctica usual³⁶.

Como vemos, concluir que corresponde el pago de los intereses legales previsionales con base en la tasa de interés “efectiva”, no permite aclarar el problema de capitalización de los intereses, pues, la fórmula para

determinar dicho monto se dará con base en los factores acumulados, no en relación al tipo de tasa.

CONCLUSIONES

La ausencia de una regulación expresa y las distintas interpretaciones vertidas en las sentencias a nivel nacional sobre la forma de cálculo de intereses previsionales, en especial al considerarlos de naturaleza civil mercantil de corte patrimonial, generaron confusión y una jurisprudencia heterogénea.

Ello no implica que deba utilizarse una tasa “especial” o la tasa “nominal” para calcular los intereses previsionales, sino que la metodología a utilizarse no signifique aplicar la capitalización, es decir, que los factores acumulados –al igual que la fórmula utilizada al determinar la deuda– sean calculados sin anatocismo, lineamiento respaldado por el BCRP en la Carta N° 089-2013-JUR100 del 12/08/2013³⁷.

El análisis financiero actuarial nos demuestra que de aplicar la capitalización se estaría vulnerando los

recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR), así como el Principio de Equilibrio Presupuestal, quebrantándose normas constitucionales como los artículo 12 y 78, así como la Segunda Disposición Final de la Carta Magna.

Es indispensable remarcar la naturaleza previsional de los intereses provenientes de las obligaciones pensionarias para apartarnos de posturas teóricas³⁸ y judiciales que erróneamente buscaron equipararlas a las deudas comunes, con el fin de justificar la aplicación del Código Civil, pese a que el artículo IX de su Título Preliminar señala que sus disposiciones son supletorias para (resolver) las relaciones y situaciones jurídicas de otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza, pues el sistema jurídico pensionario se estructura sobre la base de un fondo común de reparto en el que prima el principio de solidaridad, por tanto, el bienestar colectivo (y la garantía del fondo y reservas previsionales) priman sobre los beneficios individuales³⁹.

34 Véase: <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/TasaDiaria_9.asp>.

35 Véase: <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/TasaDiaria_8.asp>.

36 AVELINO, Esteban y CERNA, Héctor. Ob. cit., p. 14.

37 En la cual se precisa que “el cálculo de la tasa de interés legal que correspondería pagar por adeudos de carácter previsional no considera la capitalización de intereses, al igual que en el caso del interés laboral fijado por el Decreto Ley N° 25902, por lo que los factores y metodología de aplicación son idénticos a los utilizados en el cálculo de dicho interés legal laboral”.

38 CARRASCO, Jesús. “El pago de intereses legales en materia previsional”. En: <<http://www.justiciayderecho.info/revista1/articulos.pdf>>.

39 ABANTO, César. “¿Procede el pago de intereses en materia de pensiones? Los criterios cambiantes del Tribunal Constitucional y las justificaciones para revertir un precedente”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 84, setiembre, Lima, 2005, p. 238.

**UNIDAD III: PAGO DE INTERESES LEGALES Y SEGURO
COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**

- OSPINA SALINAS, Estela (2015). “Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”. En: Revista Laborem N° 15, SPDTSS

UNA MIRADA CRÍTICA AL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Estela Ospina Salinas⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Por razones profesionales correspondió a la autora conocer y participar en, por lo menos, cinco experiencias de reforma del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR). Sin embargo, ninguna logró modificar este mecanismo de aseguramiento de los riesgos laborales en el país. En todas las instancias, comisiones o comités existía el consenso sobre la importancia de reformar este seguro. Incluso algunas propuestas más críticas que apuntaban a una reforma de fondo del SCTR por no atender los objetivos por los cuales fue creado. Es esa experiencia la que permite escribir un artículo crítico al modelo de aseguramiento. A la vez, con la contrapartida de propuestas que atienden a establecer modificaciones indispensables. La expectativa es que contribuya a mejorar un mecanismo compensatorio frente al fracaso de la prevención en las empresas o entidades y que se promueva la universalización efectiva del SCTR.

(1) Abogada. Máster en Prevención de Riesgos Laborales. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Directora General del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (Censopas) del Instituto Nacional de Salud. Ex Consejera del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El país no puede continuar un desarrollo sostenible si no logra atender a quienes son víctimas de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, que no se lograron prevenir cuando se debió.

II. ANTECEDENTES

El artículo 19 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (LMSSS) N° 26790 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de mayo de 1997 dispuso la sustitución del Régimen del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) del Decreto Ley N° 18846, Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales por un nuevo sistema aseguramiento frente a los riesgos del trabajo. Este Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) brinda protección frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales para las y los trabajadores, sean empleados u obreros, que laboran en los centros de trabajo que desarrollan las actividades de alto riesgo y que se encuentran comprendidas en el Anexo No. 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (RLMSSS).

Si bien se configuró en 1997 es hasta la fecha un régimen que presenta características únicas en América Latina, aunque guarda similitudes con Argentina y Colombia. Entre las principales características que lo convierten en único se encuentran su denominación, las prestaciones alternativas, las exclusiones en sus definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; entre otras.

En primer lugar, la denominación de “seguro complementario de trabajo de riesgo”. Se conoce que *todo trabajo expone a riesgos*. Si bien la relación salud-trabajo es compleja y resulta poliédrica son innegables sus impactos sobre la salud de las y los trabajadores. De un lado, el trabajo ocupa un lugar central en la vida de las personas. A través de este, tanto los hombres como las mujeres definen su identidad y su función en la sociedad, subraya la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2009). También es fuente de muerte, sufrimiento, dolor y se estima que “cada 15 segundos, un trabajador muere a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo. Cada 15 segundos, 160 trabajadores tienen un accidente laboral. Cada día mueren 6,300 personas a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo – más de 2,3 millones de muertes por año” (OIT: 2014). Todas las ocupaciones generan un impacto sobre el cuerpo, la salud y vida de

las y los trabajadores, no solo las calificadas como “actividades de alto riesgo”. En el Perú, se encuentran casos de accidentes mortales, incapacitantes y enfermedades profesionales en actividades no catalogadas como de “alto riesgo”. Como en el sector de la industria alimentaria, fabricación de baterías, fabricación de pequeñas piezas metálicas, fabricación de muebles de madera, entre otras. En el caso de las actividades de servicios no se incluyen el transporte, corte, cepillado de madera, lavado de prendas de vestir (utilizan calderos), comercio, envasadoras, educación, entre muchas otras. Inclusive en el 2008, el 78 % de las atenciones por accidentes de trabajo que realizó EsSalud correspondieron a trabajadores que no se encontraban protegidos por el SCTR (ISAT: 2011). En ese sentido, la denominación es equívoca. Se trata de un mecanismo de aseguramiento de los riesgos del trabajo, específicamente de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

En segundo lugar, las entidades que pueden brindar las prestaciones son de selección alternativa, entre una entidad privada u otra pública. Ello implica que el otorgamiento de las prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se puede contratar libremente con el EsSalud o con la Entidad Prestadora de Salud (EPS) elegida conforme al artículo 15 de la Ley N° 26790. Mientras que el otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se puede contratar libremente con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con compañías de seguros debidamente acreditadas. Este es un mecanismo que no se evidencia en otro país y contiene elementos que deben ser modificados para brindar una mayor protección.

Un tercer elemento a considerar es el relativo a las exclusiones en las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional. La autora presentó sus aportes críticos (2010: pp.34-59) sobre la forma como quienes elaboraron las normas emplearon conceptos excluyentes y cerrados, al margen del avance de la ciencia y la técnica preventiva desarrollada en la actualidad. Aspectos críticos que mantienen su plena vigencia, no solo teórica sino en la práctica cotidiana de la exclusión de víctimas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales a prestaciones a las cuales deberían acceder.

Existen dos características positivas y que configuran las bases universales de un mecanismo de aseguramiento frente a los riesgos del trabajo. Primero, es obligatorio y no voluntario u opcional. Lo segundo, es por cuenta exclusiva del empleador, sea del Sector Privado o Público.

III. PRINCIPALES LIMITACIONES

Las reflexiones anotadas constituyen aspectos preliminares de lo que consideramos temas de fondo del denominado Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

1. Ausencia de un sistema de gestión integrado del SCTR

Un primer acercamiento a este seguro es identificar a los actores que brindan las prestaciones, si se trata de prestaciones médico-asistenciales y preventivo promocionales se encuentran EsSalud o las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). Mientras, para el caso de las prestaciones económicas se tienen a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o a las Compañías de Seguros. Además, de las entidades que asumen la labor de supervisión y control de estas entidades y empresas.

EsSalud: El Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de Derecho Público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social. Tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos (EsSalud: 2014). Esta entidad tiene como visión: “Ser una institución que lidere el proceso de universalización de la seguridad social, en el marco de la política de inclusión social del Estado”; y como misión: “Somos una institución de seguridad social de salud que persigue el bienestar de los asegurados y su acceso oportuno a prestaciones de salud, económicas y sociales, integrales y de calidad, mediante una gestión transparente y eficiente”. Además, de acuerdo a lo que señalan en su página web, se mantienen bajo los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, unidad, integralidad y autonomía. Subrayan que tienen autonomía administrativa, técnica y financiera, debido a que sus fondos no provienen del presupuesto público, sino de las contribuciones de sus aportantes (EsSalud: 2014).

EPS. De acuerdo con la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud: 2014) la Entidad Prestadora de Salud (EPS) se constituye como persona jurídica, organizada de acuerdo a la legislación peruana previa Autorización de Organización otorgada por Susalud. Tiene como objetivo exclusivo el de prestar servicios de atención para la Salud. Requieren Autorización de Funcionamiento otorgado por Susalud una vez cumplidos los requisitos

mínimos para su organización. Es importante añadir que tienen finalidad de lucro, como menciona una EPS “su negocio es servirle” y que en el caso del SCTR si presenta un mecanismo de competencia imperfecta, como mencionaremos en el siguiente capítulo, frente a EsSalud. En el caso de las EPS es Susalud, la entidad a cargo de vigilar el correcto funcionamiento y tiene facultades sancionadoras.

ONP: En el portal de la Oficina de Normalización Previsional se encuentra que su visión es ser “Líderes del servicio público en materia previsional” y su misión el “Brindar seguridad previsional otorgando pensiones mediante un servicio público eficiente, predecible y transparente”. Subrayan que sus valores son: integridad/sentido ético, vocación de servicio, profesionalismo/excelencia, responsabilidad, compromiso institucional, trabajo en equipo y sentido de justicia (ONP: 2014). Analizando su Plan Estratégico Institucional (PEI) se encuentra que su política principal: *Minimizar el tiempo entre el cese y el pensionamiento del trabajador*. Así, “los objetivos y metas que se plantean proponen el reto de elevar el desempeño institucional a un grado de excelencia, gestionando eficientemente los aportes de los asegurados, mejorando los procesos operativos y actualizando la tecnología que los soporta; pero sobre todo construyendo una cultura de calidad sostenida”. En el PEI se establecen como objetivos generales el ofrecer seguridad, brindar respuesta oportuna y asegurar institucionalidad. No se verificó un enfoque de seguridad social a pesar que gestionan los fondos del Sistema Nacional de Pensiones además de los que pudieran corresponder al SCTR. La ONP se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas.

Compañías de seguros. Son empresas dedicadas a celebrar contratos de seguro, por los que reciben una prima en concepto de pago y se obliga frente al asegurado a indemnizarle, si ocurre deviene el evento o riesgo asegurado. Las condiciones del contrato de seguros deben estar claramente establecidas entre el asegurado y la compañía de seguros en una póliza o contrato (Empresas de Seguros: 2014). La entidad encargada de la regulación y supervisión es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, es una institución de Derecho Público cuya autonomía funcional está reconocida por la Constitución Política del Perú.

Conforme se aprecia cada entidad sea privada o pública tiene una distinta entidad supervisora. Para el caso de SCTR, se tienen distintas instancias administrativas de supervisión. Ninguna de las cuales tiene el seguimiento completo e integral de un mecanismo de aseguramiento importante como es el SCTR, debido a que atiende a las víctimas de los accidentes de

trabajo y de las enfermedades profesionales. El SCTR carece de un enfoque sistémico en la gestión del mismo (OIT: 2005), afirmación que se comparte.

2. Un SCTR de mínima cobertura

Uno de los fundamentos de la creación del SCTR fue la ampliación de cobertura frente al SATEP que protegía a los trabajadores obreros a nivel nacional y desde el momento en que ingresaban a trabajar. Se mencionaba que al incorporar a los empleados afectos a las actividades de alto riesgo, se incrementaría significativamente la cobertura frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

De acuerdo con las normas del SCTR, la totalidad de las y los trabajadores del centro de trabajo donde se desarrollan las acotadas actividades de alto riesgo tiene derecho a la cobertura. Para estos efectos, no es relevante su puesto de trabajo ni la naturaleza del contrato, puede tratarse de un obrero, empleado, eventual, temporal o permanente. Lo significativo es que desarrolle todo o en parte, alguna de sus labores en el centro de trabajo calificado como de actividad de alto riesgo, de conformidad con la definición del Anexo 5 del Reglamento de la LMSSS.

Un aspecto que algunas empresas aducen es que las subactividades de alto riesgo en empresas cuya actividad principal no es de alto riesgo, no se encuentran obligadas a contratar el SCTR, ni en salud ni en pensiones. Se menciona que solo las empresas cuya actividad principal es de alto riesgo se encuentran obligadas a contratar el SCTR.

Otro aspecto a revisar es la inconsistencia entre la codificación de actividades económicas de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIU: 2009, rev. 4) y algunos de los códigos que gestiona la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat). Ello respondería al hecho que en la formulación del Anexo N° 5 de las Normas Técnicas del SCTR no se adoptaron en forma rigurosa los criterios de inclusión de las actividades. Lo que estaría generando dificultades para identificar las atenciones que deben ser o estar a cargo de las entidades prestadoras de salud o de empresas que omiten sus aportes. Estos problemas de omisiones dificultarían el derecho que tiene EsSalud para efectuar el control y la reversión de las prestaciones brindadas.

ISAT (2011) estimaba que la cantidad de empleadores omisos se había reducido a nivel de la gran y mediana empresa, no así en la pequeña y micro empresa. A pesar de desarrollar actividades de alto riesgo en actividades

microempresariales como son los talleres de reciclaje de baterías, fabricación de partes, entre otras no se encuentran cotizando al SCTR.

Según EsSalud (2004:2) la cantidad estimada de empresas omisas al SCTR según código CIU a diciembre de 2003 representó el 59 % del potencial de empresas que deberían aportar al SCTR por pertenecer a las actividades de alto riesgo.

Es más, según EsSalud (2004) el 76,2 % de los accidentes ocurridos en el trabajo que esta entidad atiende, se registran en las actividades que no son consideradas como de alto riesgo. Posteriormente, ISAT (2011) estableció que el 78 % de accidentes que son atendidos por EsSalud, cuyo origen es ocupacional pero no obtienen la cobertura del SCTR, debido a que la actividad no se encuentra registrada como de “alto riesgo”. Lo cual es evidencia para una ampliación de las actividades no comprendidas en el Anexo N° 5 de las Normas Técnicas del SCTR.

Distintos estudios sostienen que el nivel de cobertura efectivo que se alcanzó en el país solo llegaría al 4-5 % de la PEA (OIT: 2005) y del 8,8 % de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada mayor de 15 años (ISAT, 2011: 43-126). Mientras en los países de la SubRegión Andina el nivel de cobertura bordea el 30 %, excepto en el caso de Chile que alcanza al 60 % de la PEA. Siendo el Perú el país que menor nivel de cobertura ofrece a su población trabajadora a nivel de la Sub Región Andina y muy por debajo de otros países.

Frente a esta situación se han diseñado diversas iniciativas. La última fue la aprobación en el mes de febrero de 2014, en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CN-SST) de una ampliación parcial del Listado de las Actividades comprendida en el Anexo N° 5 del RLMSS. Este acuerdo tiene una adecuada fundamentación técnica y cuenta con el consenso social de la máxima instancia preventiva como es el CN-SST; sin embargo, a la fecha aún no se publica la norma jurídica sobre este particular.

3. Prestaciones económicas en el papel

Una de las prestaciones que debe brindar el SCTR son las económicas, sobre las cuales se centrará el análisis. Este modelo de aseguramiento partió de una restricción en el acceso frente al Satop. Actualmente, solo es posible acceder a prestaciones económicas por amputación de miembros superiores e inferiores a partir de una pérdida superior al 20 %. Lo cual según el baremo empleado corresponde a una pérdida de tres dedos y menos de ello,

no se accede a ninguna prestación económica, en el marco del SCTR. Las prestaciones mínimas establecidas en el D.S. N° 003-98-SA, Normas Técnicas del SCTR del 14 de abril de 1998, son la pensión de sobrevivencia, pensiones de invalidez y gastos de sepelio. Los términos y condiciones para el funcionamiento de este seguro se establecieron en esa norma reglamentaria.

a) Determinar la actividad de la empresa

En algunos casos se observó que la actividad que figura en la ficha RUC de la empresa en la cual la víctima trabajaba no corresponde a la que realmente desarrolla la empresa. Es el caso de empresas que aparecían como de mantenimiento y brindaban servicios especializados para actividades en labores de confinamiento total. También empresas que figuran como venta de artículos de ferretería y es un actividad industrial de fabricación de clavos. Existen empresas que aparecen como de “otras actividades empresariales” y en realidad se dedican a actividades de construcción civil. El caso de empresas de “servicios generales” y brindan actividades de transporte peligroso, con la consiguiente exposición de sus trabajadores.

Con la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus normas modificatorias y reglamentarias, las empresas usuarias cautelan mejor que las empresas de intermediación o de tercerización cumplan con contratar el SCTR para sus trabajadores. Sin embargo, se han producido casos de accidentes mortales en empresas de alto riesgo que recayeron en trabajadores de una empresa tercerizadora que no contaba con el SCTR.

Cabe preguntarse por la situación del Registro de Empresas de Alto Riesgo a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la labor de fiscalización y control sobre este particular.

b) Determinar la invalidez

Uno de los aspectos que afectan el acceso a las prestaciones, sobre todo las de contenido económico, es la discusión que se genera sobre la condición de invalidez del trabajador o extrabajador. La víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional debe demostrar la afectación de su salud.

Las compañías de seguros suelen cuestionar esta condición y la sustentan con certificados, diagnósticos y calificaciones que contradicen lo afirmado por el trabajador o extrabajador. Sobre este particular es posible acceder a los Expedientes N° 031-2002-ARB-SCTR y N° 010-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

c) Determinar la configuración de la invalidez dentro de la vigencia de la póliza

Otra de las limitaciones que presenta el SCTR es la discusión sobre si la invalidez invocada se produjo dentro de la vigencia de la póliza. Generalmente, estas situaciones afectan a los trabajadores o extrabajadores que presentan su pedido de acceso a las prestaciones luego del término de la relación laboral y, por lo tanto, de vencido el contrato de seguro. Conforme se puede analizar en el Expediente N° 055-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

d) Determinar con certeza suficiente que la invalidez configurada guarda nexos causal

La existencia de una invalidez generada en un accidente de trabajo es posible de ser objetivada. Mientras en el caso de las enfermedades profesionales opera el criterio del nexos causal, que es la relación de causalidad entre la labor de riesgo y el tipo de afectación a la salud. Sin embargo, en el caso del SCTR se le añade la complejidad de la demostración que dicha causalidad se originó razonablemente durante la vigencia de la póliza.

e) Determinar la compañía de seguros obligada

Esta situación se presenta cuando el extrabajador o trabajador presenta una enfermedad profesional progresiva y degenerativa, características casi generales de este tipo de patologías ocupacionales. Al admitir el SCTR la sucesión de varias aseguradoras obligadas sin establecer con claridad la corresponsabilidad de todas las compañías de seguros. Suele ocurrir que como en las enfermedades profesionales al ser irreversibles (en su mayoría) el grado de menoscabo y deterioro se va generando paulatinamente en el tiempo. Con lo cual, la última compañía de seguros que debe afrontar dicha invalidez, cuestione que no se

ha configurado durante la vigencia de su póliza, sino en la de una aseguradora anterior. Lo cual viene generando desprotección para las víctimas de las enfermedades profesionales, por la propia naturaleza de las mismas. Como es posible analizar en el Expediente N° 049-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

f) Determinar la eliminación de responsabilidad

Otro de las graves limitaciones del SCTR es la cláusula de eliminación de responsabilidad al asumir la póliza, lo cual es parte de los acuerdos comerciales. En estos supuestos, la última aseguradora es la que paga si es que no puede probar configuración anterior y eliminación de responsabilidad al asumir la póliza. Este último supuesto debería estar prohibido, porque cancela a la víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional el acceso a estas prestaciones.

g) Determinar el grado de invalidez

Este supuesto de disminución o rectificación del grado de menoscabo de un trabajador o extrabajador es complejo. Ello debido a que los accidentes de trabajo que dan origen al acceso a las prestaciones económicas son grados de incapacidad producto de lesiones o amputaciones físicas; mientras en el caso de las enfermedades profesionales suelen ser patologías irreversibles y en casos como las neumoconiosis son autoevolutivas. De allí que resulta extraña la modificación de la prestación económica que venía otorgando la compañía de seguros al presentarse una disminución en el grado de menoscabo del trabajador. Conforme se desprende del Expediente N° 045-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

h) Determinar el incremento del grado de invalidez.

Esta situación fue resuelta por Sentencia del Tribunal Constitucional al fallar a favor del incremento de la prestación económica por aumento del grado de menoscabo del trabajador. Conforme se evidencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 02-2005-AA/TC) se declara procedente el reajuste de las prestaciones económicas por aumento del grado de invalidez del trabajador.

i) Determinar la presentación del certificado de haber percibido subsidios de EsSalud

Otra limitación sobre la cual no existe base legal suficiente es la no tramitación de las solicitudes para el otorgamiento de prestaciones económicas por parte de las compañías de seguros. Un requisito que vienen imponiendo las mencionadas compañías es que el solicitante debe acreditar a través del certificado respectivo, haber gozado del subsidio de EsSalud por el plazo máximo establecido. Sobre lo cual es posible revisar los Expedientes N° 018-2002-ARB-SCTR y el N° 049-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013). Siendo como es, que el certificado de haber gozado el máximo del subsidio por EsSalud, no es requisito obligatorio en aquellos casos en que no se haya utilizado efectivamente este beneficio.

j) Determinar la obligación de informar el siniestro a la aseguradora en un plazo razonable

Otro argumento que aducen las compañías de seguros para rechazar las solicitudes de otorgamiento de prestaciones económicas de las víctimas de los accidentes de trabajo o de las enfermedades profesionales es la falta de información. Esta situación se configuraría en los casos que el empleador no acredite haber informado a la compañía de seguros sobre la ocurrencia del siniestro en un plazo 48 horas u otro razonable. Vale decir, las víctimas pierden el derecho a la cobertura del SCTR por un acto atribuible a los empleadores. Sobre este particular revisar el Expediente N° 055-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

k) Determinar la naturaleza de la invalidez si es común o de trabajo

Las compañías de seguros suelen cuestionar la naturaleza laboral de la invalidez del trabajador. Ello con la finalidad de determinar que si corresponde a una de índole laboral, se procede al pago y, por lo tanto, se procede de conformidad con el SCTR. Mientras que si es una de índole común se corre traslado al mecanismo previsto en el Sistema Privado de Pensiones. Situación que genera una pérdida de protección de los trabajadores o extrabajadores afectados con daños a la salud originados en el trabajo pero no logran acreditar el vínculo causal. Temas

identificados en los Expedientes N° 015-2003-ARB-SCTR y N° 034-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

Los casos planteados son ejemplos de situaciones que además de la controversia jurídica, de las evaluaciones médicas que son objeto los trabajadores y extrabajadores, de los gastos adicionales de abogados y permanencia en Lima; pueden concluir sin brindar el amparo a estas víctimas. Inclusive se han reportado casos de víctimas que han fallecido durante el tiempo que duran los trámites. Esta situación afecta la credibilidad del SCTR y de las entidades obligadas a brindar las prestaciones a las víctimas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

4. Sobre la incapacidad temporal para el trabajo

De acuerdo con las normas técnicas del SCTR se estableció que el subsidio por la incapacidad temporal para el trabajo derivada de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales se encuentra a cargo de EsSalud.

Es importante definir la naturaleza del subsidio. Se trata de una de las prestaciones económicas a cargo del SCTR. Al tratarse de una prestación económica debería estar a cargo de las entidades que se hacen cargo de las mismas, es decir, la ONP o las compañías de seguros. Sin embargo, las normas técnicas del SCTR asignaron el pago de un tipo de prestación económica a una entidad que brinda prestaciones médico-asistenciales como es EsSalud. Este aspecto teórico se traduce en los aspectos prácticos, que se presentan a continuación.

El ISAT (2011) elaboró en el Cuadro N° 52: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo (ITT), el mismo que evidencia el incremento de los subsidios, es el Cuadro N° 1 que obra al final del presente artículo.

Un primer aspecto, es el incremento progresivo de los montos de los subsidios por ITT conforme se aprecia en el citado Cuadro y se aprecia un incremento del 14 % en promedio desde el 2007 al 2009, esta información se base en los registros de la Seguridad Social.

Cabe mencionar que del total de asegurados para el año 2009, se aprecia que 3,924,168 (48,2 %) representó a la población asegurada regular titular con derecho a subsidio por incapacidad temporal para el trabajo. Mientras que 564,493 trabajadores asegurados (14.4 %) accedieron a subsidios

por incapacidad temporal para el trabajo. Para el 2009, el total de días de incapacidad temporal otorgados fue de 11'069,055 días, implicando en promedio 19.6 días otorgados por asegurado con incapacidad temporal.

De acuerdo con la legislación, los primeros 20 días por incapacidad temporal son pagados por el empleador, esto representaba –para el año 2009– 76.2 % (8'438,516 millones de días de incapacidad temporal remunerado por el empleador) y otorgados con un costo de S/. 423'951,044 millones de nuevos soles. Después de los 20 días de incapacidad temporal, estos días son subsidiados por el Seguro Social de Salud, que representó 23.8 % (2'630,539 millones de días de incapacidad temporal subsidiados por EsSalud) a un costo de S/.132'175,998 millones.

En total el costo de la incapacidad temporal para el trabajo, durante el mismo año, fue de S/. 556'127,042 millones. Fondos que son entregados por EsSalud, mientras que las compañías de seguros y la ONP no asumen la responsabilidad sobre esta prestación económica.

IV. PROPUESTAS

1. Sistema de gestión integrado del SCTR

Desde el 2005, Durán como experto de la OIT (2005:4) señalaba a la dispersión de la gestión sistémica del SCTR como un tema a atender. Señalaba que se debería crear en el país un solo organismo de supervisión y regulación con funciones integradas del SCTR. Entidad que debería tener funciones operativas centralizadas.

Una de las funciones a ser priorizadas debería ser un registro de las entidades prestadoras a nivel nacional, tanto las privadas como las públicas. También se debería conocer el nivel de afiliación completo y consolidado a nivel nacional. Debería acceder y tener articulación con el sistema nacional de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) debido al desconocimiento que existe.

Otra de las funciones que esta Superintendencia debería tener es la gestión de un Fondo para la Prevención de los Riesgos Laborales a partir de asignar un porcentaje a cargo de las entidades privadas y públicas que brinden prestaciones. En Argentina, Colombia, España y otros países cuentan

con un Fondo con montos económicos significativos que permite intervenir en el fomento a la investigación, innovación tecnológica preventiva y otros; carencia severa que se presenta en el país.

2. Universalización progresiva del aseguramiento de los riesgos del trabajo

En la medida en que existe una propuesta aprobada por el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en calidad de Secretaría Técnica, debería elevar al Ministerio de Salud la propuesta consensuada. Esta propuesta consiste en incorporar actividades que a lo largo de estos más de 16 años de vigencia, han demostrado su alto riesgo. La iniciativa tiene como objetivo incrementar al 25 % de la PEA ocupada mayor de 15 años, la cobertura de SCTR.

3. Prestaciones efectivas

El SCTR se soportó al inicio en la solución de las controversias con un mecanismo arbitral obligatorio. Posteriormente, el Tribunal Constitucional coligió que el artículo 25 de las Normas Técnicas del SCTR establecen un mecanismo de arbitraje voluntario y se establece, para las víctimas de los accidentes de trabajo o de las enfermedades profesionales la opción de acudir vía acción de amparo o por vía ordinaria ante el Poder Judicial.

La existencia de una Instancia de gestión sistémica e integrada debería permitir efectuar un adecuado seguimiento de los protocolos de evaluación y calificación y la verificación del perfil de los médicos a cargo de las evaluaciones, diagnósticos y certificaciones. También debería promover la dación de normas de regulación sobre aspectos básicos. Uno es el caso del incumplimiento del empleador en avisar razonablemente la ocurrencia del siniestro. Este hecho no puede tener repercusiones en el trabajador y menos excluirlo de los derechos que le corresponden. Dos, sobre las controversias generadas relativas a la valoración del estado de salud del trabajador o extrabajador existen mecanismos que se deberían implementar a fin de garantizar las prestaciones a quienes tienen legítimo derecho. Entre los mecanismos que se deberían implementar está la valoración conjunta de las evaluaciones presentadas, tanto por parte de la víctima como por parte de la compañía de seguros. En uno acto se podrían revisar con detalle la fundamentación y el sustento alcanzado de los diagnósticos y certificados médicos. Para lo cual, la Sunasa debería contar con profesionales calificados internacionalmente, con estándares de la Organización

Internacional del Perú (OIT) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En otros países, existen Comisiones Médicas Evaluadoras que son instancias conformadas por profesionales de alto nivel técnico y ético que emiten un opinión técnica y dirimen en forma confiable los diagnósticos y certificados contradictorios que pudieran presentarse. En el país no existen este tipo de alternativas.

Algunos conceptos que se deberían tener en consideración. La legislación del SCTR tiene una definición de enfermedad profesional como un estado patológico permanente o temporal del trabajador, que resulta como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en el que desarrolla este. Además, se tiene una Tabla de la Comisión Técnica Médica que definió un Listado de las enfermedades calificadas profesionales y su vinculación causal con la clase de trabajo. Listado normativo establecido de conformidad con el R.M. N° 480-2008/MINSA. Sin embargo, el sistema elegido por el legislador es el conocido como de Lista Mixta (OIT: 2011) que supone la existencia de un Listado genérico pero admite la inclusión de otras patologías y las incorpora como profesionales. En el país, es el caso de la *leishmaniasis mucocutánea*, que se incorporó al listado antes mencionado. Solo pueden reconocerse otras si se demuestra la relación causal con la clase de trabajo desempeñado, lo cual no supone ninguna contradicción con el listado establecido en la R.M. N° 480-2008/MINSA, actúa con un criterio de complementariedad.

4. Subsidio por incapacidad temporal a cargo de entidades que brindan prestaciones económicas

Un aspecto que se debería modificar en la legislación vigente sobre el SCTR es atribuir las prestaciones de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo (ITT) a las entidades que brindan prestaciones económicas. Desde una análisis de la naturaleza de las prestaciones, resulta que el subsidio temporal para el trabajo (ITT) tiene exclusivamente un contenido económico y de salud. En ese sentido, las entidades que de conformidad con el SCTR que brindan prestaciones económicas son las ONP o una compañía de seguros. Por lo tanto, se debería reordenar esta prestación económica a las entidades que les corresponde y retirar la obligación de EsSalud que es una entidad exclusivamente prestadora de salud; conforme se estableció.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Un valor intrínseco de los mecanismos de aseguramiento de riesgos del trabajo es que brinden una protección efectiva, oportuna y eficiente a las víctimas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Si genera altos niveles de ineficiencia, la tendencia será judicializar todas las controversias, por la falta de confianza generada. Este proceso de judicialización de los daños a la salud producidos en el trabajo es conocido en Argentina y Uruguay entre otros países de América Latina. Es interés del artículo invitar a promover mejoras indispensables en un sistema de aseguramiento de los riesgos laborales en el país, como es el SCTR. A diferencia de años anteriores, en el 2014 existe el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que en el Plan de Trabajo 2014-2017 se establece la importancia de universalizar progresivamente el SCTR, entre otras reformas. Se esperan acciones efectivas de esta instancia nacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Centro de Conciliación y Arbitraje. Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud. Ceconar-SEPS (2013). El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Presentación en PPT. La redacción es responsabilidad de la autora, se consideraron y verificaron los casos anotados.

EsSalud (2014) Seguro Social de Salud del Perú. Recuperado de: <<http://www.essalud.gob.pe/nuestra-institucion/#tabs-5-0-0>>. Revisado el 5 de diciembre de 2014.

EsSalud (2004). Análisis de la problemática del SCTR en EsSalud. Documento de Trabajo. Lima. 6 pp.

Instituto Salud y Trabajo. (2011). *Diagnóstico situacional en Seguridad y Salud en el Trabajo*. Lima, Perú: Los Angeles Press.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2014) Registro de Empresas que desarrollan Actividades de Alto Riesgo. Recuperado de: <<http://www.mintra.gob.pe/mostrarResultado.php?id=144&tip=9>>. Revisado el 2 de diciembre del 2014. En este portal solo figuran los registros de 2003 y 2004.

Naciones Unidas (2009). Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIU) Revisión 4. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Recuperado de: <http://unstats.un.org/unsd/publication/seriesM/seriesm_4rev4s.pdf>. Nueva York.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2003). La importancia de la seguridad y la salud en el trabajo en el conjunto de las actividades de la OIT. *Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo: estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades* (p.19). Recuperado de: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-vi.pdf>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2005). Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo. Recuperado el 10 de noviembre del 2014, de: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oit.org.pe%2Fspanish%2F260ameri%2Foitreg%2Factivid%2Fproyectos%2Factivid%2Fproyectos%2Fppt%2Faseg_riesgo_laboral.ppt&ei=0imJVNCsI4mkNsyDg8AB&usq=AFQjCNFYvkKTzhK4xOLL4YldqGfLqB7gQ&sig2=UYpvjWVg9P3S0meBgG07Gw&bvm=bv.81456516,d.eXY>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2007). Proyecto sobre la dinámica económica de las normas internacionales del trabajo. *Documento GB.300/LILS/10*. Recuperado el 10 de noviembre del 2014, de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_085012.pdf>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (ILO) (2009). *Seguridad y salud en el trabajo para hombres y mujeres*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_106520.pdf>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2014). Prácticas responsables en el lugar de trabajo. *Programa de Empresas Sostenibles*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_185358.pdf>. Revisado el 4 de diciembre de 2014.

OSPINA, Estela. *Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Avances y limitaciones*. Instituto Laboral Andino, Lima, 2010.

Oficina de Normalización Previsional (2014). ONP. Misión, Visión y Valores. Recuperado de: <<http://www.onp.gob.pe/>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Superintendencia Nacional de Salud (2014). SUNASA. Misión. Organización. Recuperado de: <<http://app3.susalud.gob.pe/index.aspx>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Cuadro N° 1: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo - EsSalud años 2007 - 2009

Año	Población Asegurada	Población Asegurada Regular con Derecho a Subsidio		Asegurado Regular Titular con Derecho a Subsidio con Incapacidad Temporal		Días de Incapacidad Temporal (DIT) Otorgados		Días Incapacidad Temporal Subsidiados por ESSALUD				Días Incapacidad Temporal Remunerado (Employador)				Costo de la Incapacidad Temporal para el Trabajo (S/.)
		N	%	N	%	N	Promedio	N	%	Total Subsidiado (S/.)	Costo Promedio (S/.)	N	%	Total Remunerado (S/.)	Costo Promedio (S/.)	
2007	6,792,605	2,893,407	42.6	428,126	14.8	8,661,820	20.23	2,332,047	26.9	107,290,189	S/. 46.01	6,329,773	73.1	291,232,856	46.01	398,523,045
2008	7,633,273	3,551,631	47.0	487,290	13.6	9,799,696	20.11	2,127,264	21.7	101,102,250	S/. 47.53	7,672,432	78.3	364,593,969	47.52	465,696,219
2009	8,142,935	3,924,168	48.2	564,493	14.4	11,069,055	19.6	2,630,539	23.8	132,175,998	S/. 50.25	8,438,516	76.2	423,951,044	50.24	556,127,042

Fuente:

SG Auditoría de Certificaciones y Evaluación Médica - EsSalud
 Cuenta Individual de Días de Incapacidad - CIDI - EsSalud
 Intranet EsSalud
 Elaboración: ISAT (2011): Cuadro N° 52: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo - EsSalud años 2007 - 2009.