

PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES EN MATERIA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Leopoldo Gamarra Vélchez*

El objetivo de este artículo es hacer un examen de los precedentes constitucionales vinculantes en materia de pensiones de jubilación en el Perú; y está organizado en tres partes: en la primera parte se desarrolla los principales temas que sustentan el enfoque de la seguridad social en materia previsional para lo cual se hace un breve recuento de su desarrollo; la segunda, reseña los aspectos principales de los precedentes constitucionales vinculantes; en la tercera parte, se expone lo que se considera una crítica de los principales problemas que evidentemente constituyen verdaderos desafíos de los precedentes constitucionales vinculantes en materia de seguridad social.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1. La seguridad social en materia de pensiones

La seguridad social en materia de pensiones constituye no sólo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras; sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es socialmente equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportaron¹. Incluso en contextos como el

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la UNMSM
¹ «La seguridad social es al mismo tiempo un programa de ahorro (forzoso) de cara a la jubilación, es decir un programa de seguros, y un programa de redistribución» (SINGLITZ, Joseph E., *La Economía del Sector Público*, 2ª ed., Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch, 1998, p. 372).

peruano, se requiere considerar a todos los ciudadanos que no tienen ningún acceso a ninguno de los sistemas por razones de informalidad y pobreza.

La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de miopía², las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes (de cualquier tipo que este sea, y no sólo monetario) como para financiar el período en el cual no pueden seguir laborando sea porque les es imposible, sea porque no consiguen empleo; careciendo entonces de un ingreso estable para ese período. Además, los mercados privados no generan una cantidad del bien de pensiones en el número y el monto que la sociedad considere como suficientes y adecuadas (no son socialmente eficientes), en esas condiciones es que se puede identificar y señalar una falla de mercado³.

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga obligando a los trabajadores a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las pensiones son un bien preferente⁴, es decir, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social, explica el derecho del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando)⁵.

1.2. Los sistemas de pensiones

Los sistemas contributivos de pensiones⁶ que se financian a partir de las aportaciones de los trabajadores pueden diseñarse de dos maneras distintas de reparto o capitalización⁷.

² El Banco Mundial («Envejecimiento sin crisis», 1994) denomina «miopía» al hecho que es difícil que la gente joven pueda anticipar cuáles serán sus necesidades cuando sea mayor.

³ Hay que recordar que la literatura sobre seguridad previsional, fundamenta la existencia del sistema de pensiones en una «falla del mercado».

⁴ En literatura vinculada a políticas sociales también se encuentra la denominación «bien meritario». Ver por ejemplo el texto de Luis de Sebastián, Participación por Contrato: La participación como mecanismo contractual en las políticas sociales, BID, 1997.

⁵ SINGLITZ, Joseph E., *op. cit.* p. 365.

⁶ En los sistemas no contributivos, las pensiones son parte de la seguridad social. Ver el caso de Bélgica en *La sécurité sociale en Belgique*, Ministère Federal des affaires sociales de la sante publique et de l'environnement, 1998.

⁷ Existen también los sistemas de planes ocupacionales privados que son fondos de pensiones usualmente promovidos por los empleadores y/o por los propios beneficiarios, a los que el Estado otorga una serie de incentivos tributario. Los casos más conocidos en el mundo son los fondos de planes ocupacionales de Holanda, Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

1.2.1. El sistema de reparto

El sistema de reparto en la seguridad social, que busca ser universal y obligatorio, tiene beneficios definidos no vinculados actuarialmente a las aportaciones de los asegurados. En efecto, el nacimiento de la seguridad social se basó en un sistema de reparto como solidaridad intergeneracional; es decir, que las aportaciones de quienes están trabajando hoy día sirven para pagar la planilla de los actuales pensionistas beneficiarios⁸. Los beneficios se definen por la antigüedad o número de aportaciones a partir de una tasa de reemplazo de los últimos o mejores salarios de referencia; pero que sea de referencia no quiere decir que la tasa puede tener como resultado un ingreso igual o mayor a esos parámetros; por ello, los estudios actuariales resultan importantes, para determinar lo financieramente viable.

También hay algunas condiciones a considerar para la viabilidad del pacto en el tiempo: proporcionalidad entre aportes y pensiones en cada período (recalculando cotizaciones y pensiones, si fuera el caso); garantía de buena administración que haga posible el equilibrio en el tiempo (usando excedentes u otras fuentes para cubrir los déficit); una estructura de edades que permita que los aportes de los activos puedan financiar razonablemente a los jubilados, razonablemente definida; y una estructura de empleo amplia que facilite la recolección de los aportes (trabajadores con productividad significativa y formales donde la planilla sea un instrumento eficaz); y una cultura previsional en los ciudadanos e institucionalidad adecuada que la retroalimente.

Cualquier cambio drástico en ellas, afecta el equilibrio del sistema, más aún cuando dichas variaciones no son «transitorias» sino «permanentes». El Estado cumple un rol de garantía, sin embargo esta no puede ser ilimitada, pues un déficit estructural en un sistema previsional compromete gravemente las finanzas públicas y el conjunto de las obligaciones se ve comprometido⁹.

⁸ Como es claro el pacto intergeneracional es solamente la forma como se organiza el sistema, pero no suprime la necesidad ni debe esconder la percepción de que se ahorre obligadamente para el futuro. Es decir, en el sistema de reparto, las pensiones se deben financiar con las contribuciones pagadas con los trabajadores activos; pero, dada que éstas pueden no ser suficientes se requiere la transferencia del tesoro público provenientes de los impuestos pagados por todos.

⁹ El pacto puede romperse si los jubilados de cada generación o tramos importantes de ella logran recibir, sucesivamente más de lo que efectivamente entregaron (intra generacionalmente), entonces se carga un peso adicional a la siguiente generación (por la vía de las cotizaciones o por la vía de los impuestos, cuando no por el de la deuda). También puede quebrarse si el comportamiento en la gestión no vigila adecuadamente estas necesarias proporcionalidades.

1.2.2. El sistema de capitalización

El sistema de capitalización surge en oposición y como crítica al sistema de reparto. Desde la década 80¹⁰, cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacionales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social.

Entonces se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que se llama un «sistema de capitalización». En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad, es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida.

En los sistemas de capitalización individual, se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual. El ejemplo emblemático del sistema de capitalización es el de Chile, en donde se creó este sistema en 1981. La reforma tuvo dos elementos básicos: el primero, se reemplazó el sistema de reparto por un sistema de capitalización. Este paso fue obligatorio sólo para aquellas personas que entraban por primera vez a la fuerza de trabajo (básicamente jóvenes), mientras que era voluntario para aquellos que se encontraban en la fuerza de trabajo antes de llevarse a cabo la reforma. Una persona en este último grupo podía decidir si cambiarse al nuevo sistema de capitalización o permanecía en el sistema antiguo, sus imposiciones y beneficios se regían de acuerdo a la reforma realizada en el sistema antiguo de reparto.

En segundo lugar, se eliminó la jubilación por años de antigüedad. Esta fue una reforma menor si se considera que en el sistema antiguo –antes de 1981– era bastante común jubilarse con 35 años de antigüedad. Esta posibilidad se eliminó en la reforma de 1981 para aquellos individuos que se mantuvieron en el sistema antiguo, fijando la jubilación a los 65 años.

Es decir, la reforma modificó totalmente las tasas de imposición y se extendió el horizonte de imposiciones para cada individuo. Y el Estado seguía cumpliendo su rol fundamental, pues sigue siendo responsable del funcionamiento del sistema, regula y supervisa a las administradoras de los ahorros, cumple papel re-distribuidor para quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

¹⁰ Durante los años 80, en los países desarrollados, se proponía la revisión del Estado de Bienestar. Así las victorias de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, hicieron posible la consolidación del cuestionamiento mencionado.

1.3. La reforma en América Latina

1.3.1. El contexto económico e institucional

Uno de los aspectos del nuevo escenario mundial abierto por el proceso de globalización es la flexibilización del sistema productivo e institucional. Autores como Benjamín CORIAT y Robert BOYER consideran que la flexibilización es producto de una crisis económica profunda del modelo fordista¹¹. Como también señala CASTELLS «el proceso de producción incorpora componentes producidos en muchos emplazamientos diferentes por empresas distintas y mercados específicos en una nueva forma de producción y comercialización: una producción de elevado volumen, flexible y personalizado»¹². Esa producción posibilita a las empresas una disociación geográfica, dividiéndose en subconjuntos funcionales, adaptando la localización de cada unidad a funciones diferentes con el objetivo de reducir sus costos y aumentar su eficacia¹³.

En cuanto a la flexibilización de las instituciones¹⁴ la globalización de la economía provocó la crisis de algunas, especialmente del Estado de bienestar, y logró el ascenso de otras como del neoliberalismo. La crisis o cuestionamiento del Estado de Bienestar debe entenderse como la redefinición de las relaciones entre la oferta y la demanda, el control y un modelo de regulación que permita la recuperación económica de los trabajadores, la autonomía política de los asalariados y la intervención del Estado como un organizador del proceso.

El modelo en cuestión fue concebido como un mecanismo anticrisis: el objetivo era garantizar un bienestar mínimo a todos los ciudadanos. Su promotor fue KEYNES, quien era un ferviente partidario de la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando el empleo y los gastos empiezan a descender. Consideraba que era posible encontrar un nuevo equilibrio económico relativamente estable en la redefinición de las relaciones entre Estado y Economía¹⁵.

¹¹ La crisis de los años 60 y 70 del fordismo fueron determinantes para el futuro de las relaciones capital-trabajo en el ámbito mundial. Al respecto ver LIPIETZ, Alain, *El padre y la madre de la riqueza: Trabajo y ecología*, Adec-ATC, Lima, 1995.

¹² CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, t. I, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 120.

¹³ Al respecto, ver BECK, Ulrich, *La Sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁴ Ver DOUGLAS, Nort, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Capítulos I y VIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹⁵ En efecto, se logró superar la crisis, se dio un mejoramiento salarial y éste se ató a la productividad. Entonces el Estado benefactor o asistencial o Estado Social de Derecho, sobre todo después de la segunda guerra mundial, creció y se multiplicó en los países industrializados. Solo así es posible entender el Estado Keynesiano y la Social democracia en los países Europeos que conforman la Unión Europea.

Sin embargo, ese modelo empezó a ser cuestionado a partir de la crisis del petróleo en los años setenta y acentuada en los años ochenta, sobre todo de economistas defensores de la libre circulación del capital, el libre mercado y la mínima intervención del Estado¹⁶. Así, en los años noventa se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado. Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; y el libre juego de las leyes de la competencia mediante el proceso de la privatización de empresas públicas. La ideología inspiradora de la reforma de la seguridad social en América Latina se basa en las medidas adoptadas en el Consenso de Washington (CW), para los países en desarrollo que salían de la crisis de la deuda externa y del período de industrialización por sustitución de importaciones (ISI)^{17, 18}. Sin embargo, es discutible su aplicación¹⁹.

1.3.2. Los modelos después de la reforma

Los desequilibrios macroeconómicos de la década 80, motivaron el diseño y la puesta en práctica de programas de estabilización y ajuste estructural en casi toda América Latina. Una vez lograda la estabilidad macroeconómica en el corto plazo, era necesario proceder a poner en marcha las reformas estructurales y en particular las reformas de las instituciones del Estado. De tal manera que la reforma de la seguridad social en América Latina incorporó el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto²⁰.

¹⁶ Estos postulados han dado origen a la Escuela Económica que otorga al dinero un rol preponderante en las fluctuaciones económicas de ahí el nombre de doctrina monetarista. Su principal fundador es el economista norteamericano, Premio Nobel en 1976, Milton Fridman (1912).

¹⁷ BRESSEL PEREYRA, Luis Carlos, *Las Reformas Económicas en las Nuevas Democracias: Un enfoque social demócrata*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 32.

¹⁸ Samuel FISHER resume el contenido concreto del CW en cuatro principios de base: unos parámetros macroeconómicos sanos y estables, un Estado pequeño y eficiente, un sector privado muy eficiente y que se agranda cada vez más, énfasis en las políticas de reducción de la pobreza, área privilegiada de intervención estatal. Medidas que buscan acabar con los rasgos de las políticas desarrollistas en los países de América Latina e instaurar la soberanía de la economía de mercado (FISHERS, Samuel, en WILLIAMSON, John, *Latin America Adjustment: How has happened?*, J. Williamson Editor, Institution for International Economics, Washington DC, 1990, p. 26).

¹⁹ BURKI, Shahid Javed / PERRY, Guillermo E., *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Washington DC, 1998.

²⁰ Boletín Estadístico de la Asociación Internacional de organismos de Supervisión de Fondo de Pensiones (AIOS), Los regímenes de capitalización individual en América Latina, Número 11, junio de 2004, p. 2.

Estas experiencias se pueden clasificar en tres modelos o perspectivas más o menos definidas:

a) El modelo sustituto

Existe cuando el sistema público de reparto es cerrado y reemplazado con el régimen único de capitalización individual administrado por empresas privadas, con cotización fija (prima de equilibrio de largo plazo) a una cuenta cuyos recursos se invierten y cuyos rendimientos se capitalizan. La pensión es variable y depende del monto acumulado; la libertad de elección entre administradoras de fondos debe garantizar la competencia entre ellas. Los riesgos de la rentabilidad los asume el afiliado y el Estado asume el riesgo de que los afiliados que cumplen con requisitos de jubilación no alcancen a completar lo necesario para una pensión mínima.

El Estado asume con el presupuesto público, a los jubilados anteriormente y de quienes permanecen; también el complemento necesario de quienes no acumulen fondos individuales suficientes como para financiar una pensión mínima; emite bonos para reconocer aportes realizados al sistema anterior, garantiza rendimientos mínimos en caso de quiebra; y, finalmente financia pensiones asistenciales para indigentes. Chile²¹, Bolivia, México y El Salvador son ejemplos; en estos dos últimos países, el asegurado puede elegir entre la pensión calculada según el sistema preexistente y la que se deriva del monto acumulado en su cuenta individual. También en el 2003 se reformó el sistema previsional en la República Dominicana optando por el modelo sustituto²².

b) El modelo paralelo o dual

Se mantiene el sistema anterior pero ya no es la única alternativa; el sistema público es reformado gradualmente o al inicio, en parte o en todo, pudiendo contener capitalización colectiva parcial. El afiliado puede elegir entre los dos regímenes y los que están en el sistema de capitalización pueden cambiar libremente de administradora de fondos. Las preferencias entre uno u otro régimen, e incluso entre distintas administradoras dentro del mismo régimen, deben ponderar riesgos políticos y financieros en el tiempo, también valorar la calidad de la gestión; así mismo, en la elección pesan los incentivos propios al diseño institucional, que definen la movilidad. Perú y Colombia son los casos típicos²³.

²¹ En 1980 el gobierno chileno inició la reforma radical que sustituyó el sistema público de pensiones por un sistema nacional de capitalización individual administrado por empresas privadas.

²² Igualmente es el caso de Nicaragua, en donde se aprobó la reforma, por un modelo único, pero aún no implementado.

²³ El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un sistema privado de pensiones en 1992.

Como ambos sistemas compiten, la regulación y supervisión puede estar a cargo de una superintendencia en un contexto de autorregulación o en el marco de los reguladores públicos existentes para la banca y seguros.

c) El modelo mixto

Implica la reforma del sistema público y pasa a ser un componente que se combina con la del régimen de capitalización plena e individual. El sistema público reconoce una pensión básica (prestación definida) bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorga un monto adicional sobre sus aportes voluntarios. Es decir, tiene dos componentes: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual se paga una pensión complementaria. Una parte de la cotización va al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Argentina²⁴, Uruguay, Costa Rica y Ecuador son el ejemplo. En estos casos se puede elegir por un sistema público integrado (con pensión complementaria pública por sistema de reparto) o por uno mixto (pensión complementaria fruto de la capitalización individual). En los dos primeros países, el Estado paga pensión asistencial en caso de indigencia y supervisa el sistema privado²⁵.

1.4. Las pensiones en el Perú

En el Perú existen distintos sistemas de pensiones: el público que es de reparto y que está normado a través del Decreto Ley 19990, Sistema Nacional de Pensiones, y el régimen del Decreto Ley 20530; los planes privados ocupacionales con determinada legislación, y el Sistema Privado de Pensiones de capitalización individual normado por el Decreto Ley 25897. Los planes privados ocupacionales más conocidos en el Perú son tres: la Derrama Magisterial, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y la Caja de Pensiones Militar-Policia²⁶.

²⁴ Sin embargo, en el caso argentino, desde el 2004 hay un relanzamiento del régimen público de reparto.

²⁵ Se pueden señalar algunas constataciones de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informatizados crecientemente.

²⁶ En 1979 la nueva Constitución incorporó en su texto el capítulo III «De la seguridad social, salud y bienestar», ubicado en el Título I de la misma, referida a los Derechos Fundamentales de la persona; en cambio, la Constitución de 1993 no surgió como un planteamiento nacional, sino a raíz del golpe del 5 de abril del año anterior, como resultado de una fuerte presión internacional que obligó al gobierno a plantear la necesidad de una Constitución.

1.4.1. El régimen del Sistema Nacional de Pensiones

El régimen del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973, actualmente a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)²⁷, beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos no incorporados al régimen del Decreto Ley 20530. Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones, es decir asumiendo el otorgamiento de prestaciones fijas, sobre contribuciones no-definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.

Según la información de la ONP²⁸ se puede constatar que el financiamiento de las pensiones del SNP del DL 19990, procede fundamentalmente de recursos ordinarios, es decir de impuestos generales, lo cual representa el 5 % del Presupuesto Público y el 1 % del PBI. Es decir, las prestaciones al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como se señala en la doctrina como un impuesto sobre la planilla, el cual tratarán de eludir tanto los empleadores como los trabajadores. Esto genera el problema de la informalidad²⁹. Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de 900 mil trabajadores³⁰ lo realmente relevante es la de aportantes y pensionistas³¹.

1.4.2. El Decreto Ley N° 20530

El Decreto Ley N° 20530 fue promulgado el 26 de febrero de 1974, y tiene su origen en la Ley de Goces de 1850³². Esta Ley de cesantía, jubilación y montepío de Funcionarios y Empleados Públicos, se dio en «el Gobierno del mariscal Ramón Castilla el 22 de enero de 1850, en plena bonanza del guano, en virtud de la cual se concedió pensiones con cargo al tesoro público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados»³³, reconociendo pensiones vitalicias a cargo del Tesoro Público.

²⁷ La ONP fue creada en mayo de 1994 por la Ley 26323 y por D. S. 061-95-EF se aprobó su Estatuto. Así, empezó a funcionar en enero de 1995, haciéndose cargo de la administración y SNP del D. Ley 19990, hasta entonces a cargo del IPSS.

²⁸ Ver las Estadísticas en www.onp.gob.pe

²⁹ Ver ROJAS, Jorge, *El Sistema Privado de Pensiones y su rol en la economía peruana*, CIES, abril 2003. p. 51.

³⁰ ONP, *Plan Estratégico Institucional 2004 - 2006*, p. 6.

³¹ Según el portal institucional de la ONP. Estadísticas de la ONP, para ver la serie se puede revisar www.onp.gob.pe

³² Ver BCRP, Regímenes de Pensiones a cargo del Estado; y, MEF – Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú, mayo de 2004.

³³ MORALES CORRALES, Pedro, «Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen pensionario del decreto Ley N° 20530», en *Revista Actualidad Jurídica*, t. 126, mayo 2004, p. 9.

Con los años, este régimen se fue ampliando, incluyendo más beneficiarios y mayores prestaciones³⁴. No obstante, por Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 se intentó unificar los regímenes de pensiones del sector público y del sector privado³⁵. Se cerró el régimen de la Ley de Goces, dejando vigente sólo para servidores nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Los trabajadores que ingresaran a la administración pública luego de esa fecha pasarían a cotizar a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado que, desde 1973, es el SNP sujeto al régimen del Decreto Ley No 19990. Sin embargo, éste no se extinguió y, por el contrario, fue creciendo debido tanto a las leyes posteriores que ampliaron el número de personas comprendidas y beneficios otorgados, como el reconocimiento de nuevos beneficios.

1.4.3. El Sistema Privado de Pensiones

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) fue creado el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país³⁶. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP.

Este sistema se sustenta en cuentas individuales de capitalización (CIC), lo cual se tomó como modelo el sistema chileno de capitalización individual. Es una cuenta personal que cada afiliado recibe al momento de ingresar el SPP y en la cual aporta determinada cantidad (similar a una cuenta bancaria de ahorros). Está conformada por la «Libreta de Capitalización AFP», donde se registran los movimientos y saldos de los aportes obligatorios y, de ser el caso, de los aportes con fin previsional, y por la «Libreta Complementaria de Capitalización AFP» en la cual se anotan los movimientos y saldos de los aportes sin fin previsional. Es decir, la CIC se encuentra conformada por los aportes del trabajador activo y el rendimiento obtenido de la inversión de los recursos. A diferencia del SNP, administrado por el Estado, el SPP está conformado por empresas llamadas Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (AFP). Las AFP captan los aportes obligatorios de los trabajadores afiliados que luego invierten en el mercado de capitales,

³⁴ Este régimen fue diseñado como sistema de reparto y cerrado, para los trabajadores de la carrera pública del Decreto Legislativo 276, no incorporados al DL 19990. Se le conocía como «cédula viva» significando que cualquier incremento de remuneraciones públicas, arrastraba un aumento similar en las pensiones acordadas. Comprendía únicamente a los servidores públicos que se encontraban trabajando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962, aproximadamente unos 30 mil.

³⁵ Cabe señalar que desde el 12 de julio de 1962 se intentó cerrar este régimen, de manera que se extinguiera cuando falleciera el último beneficiario.

³⁶ Un documento muy importante es el especial, sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por APARICIO VALDEZ, Luis, en la *Revista Análisis Laboral*, vol. XXV, N° 283, enero 2001.

cuyos rendimientos son capitalizados en una cuenta individual, a fin que en el momento de jubilación el ahorro logrado financie una pensión de jubilación. Las AFP guardan una separación patrimonial con los fondos que administran.

Sin embargo, los costos hundidos de tipo endógeno como la propaganda han llevado a encarecer el servicio, debido que estos gastos constituyen la principal fuente de diferenciación ante una inexistencia de competencia de precios. Un sistema pensionario depende fundamentalmente de varios factores de orden estructural: la composición de edades (esperanza de vida), el funcionamiento de sus mercados laborales, el tamaño de la fuerza laboral activa y sus niveles de productividad y salario así como la cuantía de la cotización y la existencia efectiva de una planilla con beneficios sociales³⁷. Además, las tendencias que operan en la economía corren en círculo perverso, pues si bien tenemos un relativo «envejecimiento en la población», al mismo tiempo tenemos una reducción en el empleo formal que aporta a los esquemas previsionales³⁸.

2. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES

2.1. Naturaleza de la jurisdicción constitucional

En general, en la doctrina constitucional, los órganos encargados de la constitucionalidad tienen una naturaleza binaria: jurídico y político. Así, en el caso peruano el Tribunal Constitucional ha señalado que «dada su condición de supremo intérprete sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político...»³⁹.

³⁷ Además, los costos hundidos exógenos que significó el inicio de las operaciones de las AFP como son los gastos de instalación, estudios de mercado y de factibilidad, capacitación de los trabajadores, implementación de equipos, etc. Se calcula que los gastos de las 8 primeras AFP ascendieron a 150 millones de soles a diciembre de 1993, equivalente aproximadamente a 71 millones de dólares americanos de entonces (CHACALTANA, Juan / GARCÍA, Norberto / GALLARDO, José, *Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú*, Red de políticas de empleo – CIES, Lima, marzo, 2002, p. 99). También puede verse el trabajo de Jorge Paz Panizo y Rafael Ugaz Vallena, *Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de los hundidos endógenos*, CIES, marzo de 2003.

³⁸ Sobre el tema demográfico ver ARAMBURU / MENDOZA, «La Población Peruana Perspectivas y Retos», en *Economía y Sociedad* 50, noviembre 2003, CIES; y sobre las tendencias de informalización y avance de la temporalidad en el mercado laboral ver la sistematización de diversas fuentes para Lima, citadas en la exposición «Barreras Micro-económicas al crecimiento», de HAGGARTY, Luke, Banco Mundial, abril 2004 en el BCRP (www.bcrp.gob.pe).

³⁹ Expedientes N° 0050-2004 y otros AI/TC-2005, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 27600 de reforma constitucional.

En tal sentido, el elemento jurídico se plasma de dos modos: como regulador cuando se dirimen conflictos en general y como legislador «negativo» cuando se declara fundada una inconstitucionalidad. Y el elemento político «queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos»⁴⁰.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano estableció también la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional⁴¹. Así, se establece dos clasificaciones: la primera, comprende las sentencias de especie y de principio; la segunda, las sentencias estimativas que pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas e interpretativas manipulativas, y las sentencias desestimativas que pueden ser por rechazo simple o por sentido interpretativo.

De la mencionada clasificación debemos resaltar las sentencias de principio que son las que determinan propiamente la jurisprudencia constitucional en tanto interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales y constituyen los precedentes vinculantes⁴². Estas sentencias se refieren a temas relevantes para el país como interés colectivo para la convivencia pacífica.

2.2. Los Precedentes Constitucionales vinculantes

El precedente constitucional vinculante «es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga»⁴³. De ahí la importancia de los precedentes en cuanto a los efectos que tienen similares a una ley. El propio Tribunal Constitucional peruano señala cuáles son los precedentes vinculantes en materia de pensiones⁴⁴. Veamos el siguiente listado:

⁴⁰ GARCÍA TOMA, Víctor, «El Tribunal Constitucional: la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas (normativas)», en *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 5, año 2005, pp. 17-18.

⁴¹ Expediente N° 004 - 2004 - CC/TC, en el proceso de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

⁴² Podemos citar varios casos: Expediente N° 0010-2002-AI/TC, en el proceso seguido contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880; Expediente N° 015-2001-AI/TC y Expediente N° 024-2001-AI/TC, en los procesos seguidos contra el Decreto de Urgencia N° 055-2001.0

⁴³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional...*

⁴⁴ Por la importancia de los fundamentos podemos agregar al listado las siguientes sentencias:
- STC 0168-2005-PC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde (Precedencia del proceso de cumplimiento) Fundamentos Vinculantes: 14, 15, 16 y 26 a 28.

- STC 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión). Fundamentos Vinculantes: 37 y 54 a 58.
- STC 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Fundamentos Vinculantes: 5, 7 al 21.
- STC 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP - Bono de reconocimiento) Fundamentos Vinculantes: 9.
- STC 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP) Fundamentos Vinculantes: 27 y 37.
- STC 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional) Fundamentos Vinculantes: 19 al 28.
- STC 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790) Fundamentos Vinculantes: 20 al 29.
- STC 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) Fundamentos Vinculantes: 12, 15 y 18.
- STC 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses) Fundamentos Vinculantes: 13, 14 y 15.
- STC 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones) Fundamentos Vinculantes: 26.
- STC 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández. Fundamentos Vinculantes: 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 24, 26, 27, 29, 31, 34, 37, 40, 42, 45, 46, 48 y 49

2.3. Contenido de los Precedentes Constitucionales Vinculantes

2.3.1. Contenido esencial del derecho a la pensión

STC 1417-2005-PA (08.07.2005), caso Manuel Anicama Hernández.

Amparo contra la ONP para declarar Nulidad de Resolución, por considerar que ésta vulnera su derecho fundamental a la pensión al denegarle su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

El TC considera que los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente y deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Estas pretensiones que reclaman la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental requieren que dicha pretensión sea válida y derive

directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional.

En ese sentido, el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función de criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'.

Entonces, merece protección a través del amparo lo que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión: las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social; las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión; aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital'; los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento en el acceso a prestaciones pensionarias que el sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido; la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate se encuentre suficientemente acreditada⁴⁵.

2.3.2. Procedencia del proceso de cumplimiento

STC 0168-2005-PC (29.09.2005), caso Maximiliano Villanueva Valverde. *Recurso extraordinario interpuesto contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa que declaró improcedente la demanda de cumplimiento interpuesta contra la ONP.*

Se establece que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad

-
- STC 2616-2004-AC Caso Amado Santillán Tuesta (Decreto Supremo N° 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N° 037-94) Señala de forma general en el fundamento 14 que los fundamentos de la sentencia constituyen precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional.
 - STC 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Fundamentos Vinculantes: 15, 22, 24, 25, 28 y 31.

⁴⁵ Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo improcedentes:

- serán remitidas al Juez Civil o Mixto quien a su vez remitirá el expediente al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo o en ausencia de éste se avocará al conocimiento del proceso, se tendrá por presentada y admitida la demanda contencioso

pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: ser un mandato vigente; un mandato cierto y claro; no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; ser de ineludible y obligatorio cumplimiento e incondicional⁴⁶.

Es decir, el proceso de cumplimiento, no es el adecuado para discutir contenidos de normas generales que no se ajustan a los requisitos mínimos enunciados o normas legales superpuestas que implican una actividad interpretativa compleja. En este tipo de procesos el funcionario o autoridad público tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o el acto administrativo, y los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, así, comprobada la renuencia y el incumplimiento, corresponde amparar la demanda.

En el caso de los derechos pensionarios de orden legal, entre otros, los derivados de la Ley 23908, deberán ser conocidos en la vía contencioso administrativa. Así, las demandas de cumplimiento improcedentes deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria (proceso contencioso administrativo - vía sumarísima). No obstante, a pesar 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 el TC.

-
- administrativa, se otorgará un plazo razonable al demandante para adecuar la demanda, si éste no lo hiciera, se archivará el proceso;
- en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa;
 - cuando no sea posible verificar en los expedientes de amparo si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión los recurrentes deberán agotar la vía administrativa;
 - es deber del Juez aplicar el principio de favorecimiento del proceso (admisibilidad de demanda en caso de impreciso marco legal sobre agotamiento de vía previa o en caso de duda razonable sobre procedencia de la demanda);
 - es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes, dado que la Administración o la entidad empleadora se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez los medios probatorios.
- ⁴⁶ Excepcionalmente el mandato podrá ser condicional, siempre y cuando la satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Para el caso de cumplimiento de actos administrativos, además se deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante y permitir individualizar al beneficiario.

2.3.3. Recurso de Agravio Constitucional

STC 2877-2005-PA (27.01.2006), Caso Luis Lagomarcino Ramírez.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara fundada la demanda de hábeas corpus de autos - conducta dolosa de juez demandado en perjuicio del demandante (art. 8° del CPCo).

Esta sentencia es importante para determinar la protección constitucional. En efecto, considerando que los pagos pensionarios se realizan no sólo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

En la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vía igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un Recurso de Agravio Constitucional (RAC), pese a que en el pasado sí lo eran. El RAC en tanto recurso impugnativo dentro de un proceso constitucional debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente. Aparte de los requisitos formales se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.

2.3.4. Pensión mínima o inicial

STC 5189-2005-PA (6.12.2005), Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23908).

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de amparo contra la ONP.

Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, el TC señaló lo siguiente: la Ley 23908 modifica el D. L.19990 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 SNP, salvo las excepciones previstas en la propia norma; la pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente se transformó en el Ingreso Mínimo Legal que, sólo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992; la pensión mínima del SNP *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 3 componentes de la remuneración

mínima de los trabajadores; el D.L. 25967, vigente desde 19.12.1992, modifica los requisitos del D.L. 19990 y sustituye el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando inaplicable la Ley 23908 a partir de su vigencia⁴⁷; La pensión mínima regulada por Ley 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18.12.1992, con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el D.L.25967.

Al crearse el SNP regulado por D.L.19990, se estableció que el monto de pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73º. El monto resultante se denominó pensión inicial. Al respecto, el artículo 1º de la Ley 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 D.L.19990 se obtenía un monto inferior a la pensión mínima legal, se debía abonar ésta última.

En los casos en que se debió aplicar, conforme a ley, el beneficio de la pensión mínima legal, ésta equivalía y sustituía a la pensión inicial⁴⁸. La disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 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 SMV, de S/. 72,000.00 soles oro, establecido por el D. S. 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984)⁴⁹.

⁴⁷ «Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley 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 3 veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido período» (Criterio f de la aplicación de la Ley N° 23908, que se señala en la STC 5189-2005-PA). «A partir del 19.12.1992 resulta de aplicación el D.L.25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del SNP, hasta que el D. Leg. 817, vigente a partir del 24.04.1996, establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista» (Criterio g de la aplicación de la Ley N° 23908, que se señala en la STC 5189-2005-PA).

⁴⁸ 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 sólo a aquellos pensionistas que, por los ingresos percibidos durante su actividad laboral, no alcancen, *por lo menos*, el monto de la pensión mínima legal.

⁴⁹ Como el monto de la pensión mínima regulada por Ley 23908 se determinaba en base a uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores (denominado SMV), durante su vigencia, su aumento o el aumento de sus 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.

El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido montos superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago. Conforme al artículo 3° de la Ley 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 D.L.19990, así como a 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.

El TC reafirma que el reajuste establecido en el artículo 4° de la Ley 23908 se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del SNP, y que *no se efectúa en forma indexada o automática*. Asimismo, que ello fue previsto desde la creación del SNP y posteriormente recogido por la 2ª DFT 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.

2.3.5. ONP y Bono de reconocimiento

STC 9381-2006-PA_(26.06.2006), caso Félix Vasi Zevallos.

Recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo contra la ONP.

La STC señala que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del D. S. 180-94-EF.

En consecuencia a lo expuesto, el TC establece como precedente vinculante las reglas contenidas en el fundamento 9 de la presente sentencia:

- Regla procesal: El TC puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.
- Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o

no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento⁵⁰.

2.3.6. Desafiliación de las AFP

STC 7281-2006-PA (31.04.2007), caso Santiago Terrones Cubas.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara infundada la demanda de amparo contra la AFP Profuturo.

El TC considera menester establecer, precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación bajo la siguiente regla⁵¹: «El TC establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (Art. 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación».

Además, el TC considera necesario establecer como precedente vinculante que «el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado e los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia»⁵².

2.3.7. Pensión vitalicia, pensión de invalidez, enfermedad profesional

STC 6612-2005-AA (18.12.2007), Caso Onofre Vilcarima Palomi N°

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara fundada la excepción de arbitraje e improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros.

⁵⁰ Por ello, la Resolución Jefatural 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicable por inconstitucional por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados.

⁵¹ La regla procesal es la misma en todas las sentencias: «El TC, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad de establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo».

⁵² Se refiere a los mecanismos asociados al proceso de desafiliación como la solicitud y el otorgamiento de pensión por parte de la ONP luego de obtenida la desafiliación del SPP.

STC 10087-2005-AA (18.12.2007), caso Alipio Landa Herrera

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros.

En las dos sentencias el TC establece como regla procesal general que dicha institución tiene la facultad de establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo. De esta manera podemos señalar los precedentes vinculantes:

Prescripción de la pensión vitalicia

El TC establece que no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

El TC establece que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del D. L. 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñaban como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del D. L. 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del D. S. 011-74-TR.

Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

El TC establece que en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26° del D.L.19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el certificado médico de invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y

administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.

Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración

El TC establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración⁵³.

Nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.

El TC establece que en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del D.S. 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerósenos. Asimismo se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, la relación de causalidad en este enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

⁵³ Del mismo modo el TC establece como regla sustancial que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al D.L. 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al D.L. 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115° del D.S. 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Inversión de la carga de la prueba

El TC establece que en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.3.8. Arbitraje del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo STC 0061-2008-PA_ (28.01.2008), caso Rímac Internacional.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El TC con la sentencia mencionada establece varios Precedentes vinculantes sobre el arbitraje en el SCTR en los dos temas que pasamos a desarrollar:

Sobre el arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9° del D.S. 003-98-SA señala que «cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al D.S. 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9° del D.S. 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter indisponible para las partes».

Sobre el arbitraje voluntario, previsto en el artículo 25° del D.S. 003-98-SA, también se plantean que «para que al arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron sobre las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud», que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia

y los precedentes vinculantes establecidos por el TC, que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial; que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje».

2.3.9. Pago de devengados e intereses

STC 5430-2006-PA (24.09.2008), caso Alfredo de la Cruz Curasma.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara fundada en parte la demanda de inaplicación de Resolución de ONP y en consecuencia otorgamiento de pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009.

El Tribunal, en ejercicio de su función ordenadora y pacificadora, conviene en precisar el precedente que determinó la improcedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de intereses y derivados (STC 2877-2005-HC fundamento 15.d), en los términos que a continuación se indican: «Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama» (STC 1417-2005-PA).

En consecuencia, se establecieron las siguientes reglas:

Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía

«Quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

«Quien se considere titular de una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del

Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional *deberá* ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se *deberá* ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente

«Los titulares de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional *deberá* ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se *deberá* ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

«Cuando en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión *acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido*— delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y **no se hubiere ordenado** el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

2.3.10. Acreditación de Aportaciones

STC 4762-2007-AA (22.09.2008), caso Alejandro Tarazona Valverde.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declara infundada la demanda de amparo contra la ONP solicitando inaplicación de Resolución de ONP y en consecuencia otorgamiento de pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley 19990.

Cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste⁵⁴. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar⁵⁵.

⁵⁴ La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

⁵⁵ Contrariamente no resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiesta-

STC 2513-2007-PA (13.10.2008), caso Ernesto Casimiro Hernández.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara fundada la excepción de arbitraje e improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros

En este caso, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: «no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible».

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

Asimismo, se reitera como precedente vinculante que los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece como precedente vinculante que en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de

mente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante⁵⁶.

Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: «ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790». Asimismo, «ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115° del Decreto Supremo N° 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales»⁵⁷.

En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, precisa su ámbito de aplicación y reitera como precedente vinculante que «en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis

⁵⁶ En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, el Tribunal reitera como precedente vinculante que:

- Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
- Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
- Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también reitera como precedente vinculante que:

- Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
- Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
- Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

⁵⁷ Por ello, se establece como nuevo precedente vinculante que: «La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por ESSALUD, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba». En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese. Por lo tanto, el Tribunal reitera

y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos».

Por lo tanto, el Tribunal establece como nuevo precedente vinculante que «procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incrementa el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad». Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incrementa el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez⁵⁸.

En este sentido, este Tribunal reitera como precedente vinculante que cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto

como precedente vinculante que: «en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante».

⁵⁸ El Tribunal reitera como precedente vinculante que «los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes».

afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes⁵⁹.

Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

3. CRÍTICA DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE PENSIONES

Cabe en este punto formular un enjuiciamiento crítico de los precedentes vinculantes del TC peruano en materia de seguridad social. Para ello, hemos agrupado, con un criterio temático y temporal, tres grandes tendencias en el quehacer del TC respecto de la materia previsional, las cuales son: la introducción del derecho al mínimo vital (constitucionalismo de la pobreza), criterios para la movilidad en el sistema previsional y la inserción de la diada trabajo-riesgo.

Respecto de la primera tendencia, derecho al mínimo vital (constitucionalismo de la pobreza), lo que busca el TC es una delimitación del contenido esencialmente protegido relativo al derecho a la pensión, vinculado exclusivamente al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), así también se establecen criterios para el pago de devengado e intereses generados por el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 23908 como parte conformante del referido contenido protegido. Finalmente, esta tendencia se configura entre julio y diciembre de 2005.

⁵⁹ En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que «en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

- Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
- Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
- Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.
- El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él».

El derecho al mínimo vital es un criterio jurisprudencial conformante de la doctrina del *constitucionalismo de la pobreza* de la Corte Constitucional de Colombia. Las características principales de esta doctrina son: el acogimiento de las demandas de justicia constitucional para los derechos de prestación y los colectivos, tomando en cuenta un contexto social de pobreza; la visibilización de la función de los derechos prestacionales como condición para la libertad; y ser un instrumento al servicio de una justicia material mínima⁶⁰.

Específicamente en el caso del derecho al mínimo vital, como criterio jurisprudencial del *constitucionalismo de la pobreza*, la Corte Constitucional ha señalado:

«Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario–, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa (...) busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el *déficit social* (...) el derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades»⁶¹.

La recepción por parte del TC de la doctrina colombiana implica una regulación delimitatoria de las pretensiones justiciables que podrían tener amparo por la vía de la jurisdicción constitucional. No hay la posibilidad aquí de ampliación del margen de protección, sino más bien una tendencia a su restricción y ajuste. A diferencia del caso colombiano con la tutela como válvula de escape frente a la «reforma de golpe» de sus sistema de seguridad social. Igualmente, en condiciones de pobreza, la relación e incidencia recíproca entre los diferentes tipos de amparo peruano que sólo busca evitar el embalse de pretensiones ligadas a la precariedad de un Sistema de Pensiones Público desfinanciado, desacreditado y obligado a competir con el Sistema Privado desde hace más de quince años. Los alcances modestos de la incorporación de uno de los criterios

⁶⁰ CIFUENTES, Eduardo, «La Acción de Tutela: El Constitucionalismo de la Pobreza», en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 127.

⁶¹ Sentencia de Tutela 426 de 1992, Cfr. por CIFUENTES, Eduardo, *op. cit.*, p. 121.

jurisprudenciales del *constitucionalismo de la pobreza*, como lo es el derecho al mínimo vital –los otros tres criterios son: el derecho fundamental como categoría abierta, la conexidad y la protección a desvalidos– sirven en el caso peruano, como un factor de regulación de un escenario post reforma del sistema pensionario en términos de cierre del sistema.

Hay una vinculación en el caso colombiano entre la satisfacción del interés económico, financiero y administrativo máximo como principal objetivo de la reforma de su sistema de seguridad social –a través de la Ley 100 de 1993– y la judicialización de los derechos prestacionales. Las reformas introducidas en el Perú hasta ahora no han ostentado esa radicalidad por lo que, salvo bolsones de pretensiones ligadas al pago de devengados o intereses ligados a determinado régimen legal previsional, no es de esperar que una tendencia a una mayor judicialización vinculada a las prestaciones de la seguridad social vaya a concretarse en nuestro país. Así, un criterio jurisprudencial como el del mínimo vital que supone un activismo judicial profuso tendente a suplir las graves inequidades de un sistema como el colombiano, deviene en un mecanismo conservador y garante del statu quo en el caso de las «tibias reformas» del sistema de seguridad social peruano

En el caso de la segunda tendencia relacionada con la movilidad en el sistema previsional, las sentencias del TC peruano se circunscriben más bien a aspectos procedimentales y al establecimiento de cierto equilibrio en un sistema pensionario dual como el peruano. Las precisiones que hace el TC acerca de la calificación de requisitos de la solicitud de otorgamiento del Bono de Reconocimiento para posibilitar el traslado del Sistema Nacional de Pensiones (de reparto) al Sistema Privado de Pensiones (de capitalización), confirman dicho aserto. La sentencia atinente a la desafiliación del sistema privado para trasladarse al sistema público es emitida luego que se aprobara la Ley 28991, siendo que el *iter* legislativo previo a la aprobación de la referida Ley comprende aproximadamente un quinquenio, durante el cual se aprecia aun TC cauto, poco proactivo y a la espera de la concreción de la iniciativa legislativa. La temporalidad de dicha tendencia se verificó entre junio de 2006 y abril de 2007.

Finalmente, en el caso de la tercera tendencia de inserción de la diada trabajo - riesgo, el TC peruano se contrae nuevamente a aspectos procedimentales, vinculados a los efectos de la certificación de invalidez, la valoración negativa de la excepción de arbitraje en materias vinculadas con la enfermedad profesional, así como una mayor especificidad respecto de las pretensiones vinculadas a los regímenes que se han sucedido en el tiempo sobre las enfermedades profesionales: el D. L. 18846, que otorgaba pensión vitalicia, y la Ley 26790, que establece la pensión de invalidez ligada al seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR). El TC peruano no explora la doctrina de la OIT acerca de los

Riesgos en el Trabajo, cuya tendencia es más holística e integral respecto de las enfermedades en contextos laborales. No hay tampoco mayor desarrollo acerca de la tríada *incapacidad* - tradicionalmente vinculada a la esfera del derecho civil y penal - *discapacidad* - vinculada a cuestiones administrativas y del derecho a la salud - *invalidez* - de alcance prestacional y provisional -, de gran impacto en el escenario de la cobertura de contingencias y las prestaciones efectivas del sistema de seguridad social en materia de pensiones, salud y riesgos en el trabajo.

El balance de los precedentes vinculantes del TC es de un desarrollo incipiente en cuanto a la protección en materia previsional, una tendencia procedimentalista respecto de cuestiones clave en el nivel sub sistémico y de interrelación de los subsistemas (público y privado), y precisiones acerca de la naturaleza y el alcance prestacional de los regímenes vinculados a los riesgos en el trabajo –para el caso peruano bajo la denominación acotada y restrictiva de trabajos de riesgo–.