

REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL DECRETO LEY N° 19990 Y LOS REGÍMENES ESPECIALES

César Abanto Revilla*

I. La importancia de la jurisprudencia en materia previsional

Si bien la jurisprudencia es reconocida como una fuente del Derecho (en general), hasta hace unos años apenas si era base de consulta meramente referencial, pues no constituía precedente de observancia obligatoria para la judicatura nacional¹, situación que ha variado drásticamente en el campo que nos aboca (la materia previsional), al punto que los fallos uniformes del Tribunal Constitucional han originado inclusive la emisión de normas legales que han variado algunos criterios administrativos de larga data².

Revisar la evolución jurisprudencial, en especial en el rubro previsional, resulta indispensable para los abogados, magistrados, funcionarios públicos y todos aquellos vinculados con ésta materia, pues nos permite proyectar (con cierto margen de certeza) el resultado final de cada proceso judicial, lo cual es de gran importancia sí se considera que la determinación de una pretensión cualquiera puede originar la interposición de miles de nuevas demandas³.

Lo expuesto se ve reforzado con lo señalado en el fundamento 60 de la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández con la Oficina de Normalización Previsional (ONP), Expediente N°

* Profesor de Seguridad Social. 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. Correo electrónico: cesar_abanto@yahoo.com.

1 Recién en 1993, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, se establecen los precedentes de carácter obligatorio derivados de los plenos casatorios (artículo 400°); en sentido similar, en el año 1995 la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) dispuso que los Jueces y Tribunales interpretarían y aplicarían las normas de acuerdo a los criterios por dictados por el supremo intérprete de la Constitución (este precepto tuvo gran incidencia en el tema previsional).

2 Dos ejemplos de ello son las Leyes N° 27561 (que dispuso una revisión administrativa de oficio a todos los casos en los cuales se hubiera aplicado indebidamente -según las pautas fijadas por el Tribunal- el Decreto Ley N° 25967) y N° 28407 (que habilitó la revisión administrativa de aquellos casos en los que se hubiera declarado la pérdida de validez de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones).

3 Una muestra de lo expuesto lo constituye el fallo recaído en el Expediente N° 703-2002-ACTC, relativo a la aplicación de la Ley N° 23908 (sobre pensión mínima y reajuste con prioridad trimestral), publicada el 20 de enero de 2003, a partir de la cual se incoaron más de 69,000 demandas judiciales en tres años.

1417-2005-AA/TC, en el cual se precisa que los criterios fijados por el Tribunal Constitucional en materia previsional son de observancia obligatoria (y vinculante) para todos los órganos jurisdiccionales, incluida la justicia ordinaria, en especial en el momento actual, en que la mayoría de procesos constitucionales están siendo derivados a la vía contencioso administrativa (Ley N° 27584), en tanto no se acredite una afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.

En el campo de las pensiones, hemos asistido desde mediados de la década de los noventa a una verdadera revolución legislativa y jurisprudencial de la cual hemos seleccionado algunos pronunciamientos que, por su relevancia, constituyen los pilares de la interpretación de las normas que conforman el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990 y regímenes especiales), materia de revisión en el Curso Taller convocado por la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Lima el 4 y 13 de diciembre de 2007.

II. El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) en la jurisprudencia

En el Perú, tenemos un sistema paralelo o mixto de pensiones que permite la coexistencia del Estado y la actividad privada en el campo de la administración de las pensiones, situación que genera la siguiente dicotomía:

(i) Sistema Estatal de pensiones, conformado por:

- ◆ Decreto Ley N° 19846, Caja de Pensiones Militar Policial
- ◆ Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones
- ◆ Decreto Ley N° 20530, régimen de pensiones de los funcionarios públicos⁴

(ii) Sistema Privado de pensiones (AFPs)

El 1 de mayo de 1973 se creó el Sistema Nacional de Pensiones con la finalidad de unificar en un solo régimen las normas, entonces dispersas, de los trabajadores obreros y empleados. Su dispositivo matriz es el Decreto Ley N° 19990, empero, dicho sistema (en adelante, SNP) está integrado también por los regímenes especiales (grupos de trabajadores incluidos en el SNP o que se ven beneficiados con la reducción de su edad jubilatoria y/o años de aportación, tal es el caso de los trabajadores mineros, de construcción civil, amas de casa, etc.).

El Decreto Ley N° 19990 contempla tres tipos de prestaciones económicas pensionarias:

4 Régimen previsional cerrado por mandato expreso de la Ley N° 28389, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de diciembre de 2004.

- (a) Invalidez, que se otorga cuando la incapacidad deriva de una enfermedad o accidente del asegurado, que se declare como tal por una Comisión Médica (se exige además el cumplimiento de cierta cantidad mínima de años de aportaciones).
- (b) Jubilación, a la cual se accede cuando el asegurado cumple la edad establecida por la ley (vejez), siempre que cuente con los años de aportación mínimos.
- (c) Sobrevivientes, que se otorga a determinados familiares del pensionista o asegurado (con derecho a pensión) que fallece, siempre que cumplan los requisitos fijados por ley. Puede ser dividida en tres clases: viudez, orfandad o ascendientes.

Como hemos adelantado, a continuación vamos a efectuar una suerte de resumen (en el orden que fueron dictados) de los principales pronunciamientos que en materia previsional nos han brindado el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, con las anotaciones legales que según el caso correspondan y las apreciaciones críticas que nos permitimos aportar.

1. Decreto Ley N° 25967: Las modificaciones del SNP

Para acceder a la pensión de jubilación (prestación económica que se otorga al asegurado al alcanzar una edad avanzada que supone el decaimiento de su capacidad laboral)⁵ es necesario que se cumpla con la edad y los años de aportes establecidos por la ley, de acuerdo a los parámetros fijados en las distintas modalidades jubilatorias. El texto original del Decreto Ley N° 19990 contemplaba las siguientes modalidades:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General artículos 38° y 41°	60 (hombres) 55 (mujeres)	15 13
2. Régimen Especial* artículos 47° al 49°	60 (hombres) 55 (mujeres)	5 años ambos sexos
3. Pensión Reducida artículo 42°	60 (hombres) 55 (mujeres)	+ de 5 pero – de 15 + de 5 pero – de 13
4. Pensión Adelantada** artículo 44°	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 25

* Asegurados nacidos antes del 1 de julio de 1931 (hombres) ó 1936 (mujeres), inscritos en las Cajas de Pensiones (Caja Nacional del Seguro Obrero o en el Seguro Social del Empleado).

** Si el cese fue por reducción o despedida total del personal (Decreto Ley N° 18471) los años de aportaciones son reducidos a 15 (hombres) y 13 (mujeres).

5 ROMERO MONTES, Francisco. “La Jubilación en el Perú”. Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 74; FALCÓN GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco. “Manual de Seguridad Social”. Trujillo, 1994, Editora Normas Legales, p. 54.

El 19 de diciembre de 1992 fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Ley N° 25967⁶, norma que introdujo una serie de modificaciones en el SNP, siendo tal vez las más resaltantes las siguientes:

- Fijó en 20 años el mínimo de aportes para acceder a una pensión jubilatoria, **derogando** de esta manera las modalidades Especial y Reducida.
- Modificó la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia, que es la base para fijar el monto de la pensión.
- Estableció en S/. 600 nuevos soles el monto de la pensión máxima (tope), dejando de lado el uso de fórmulas que la vinculaban a conceptos laborales;
- Dispuso la creación de la ONP para que reemplace al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) en la administración del SNP.

El problema relacionado a dicha norma se presentó porque su Única Disposición Transitoria establecía que las modificaciones se aplicarían incluso a los expediente en trámite, lo cual originó la denegatoria de cientos de solicitudes de otorgamiento de pensión y, en otros casos, la asignación de un prestación cuyo monto era considerablemente inferior al que le hubiera correspondido al asegurado de haberse aplicado la fórmula de cálculo originaria.

Ésta norma fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad, el mismo que concluyó el 26 de abril de 1997 al ser publicada en el Diario Oficial “El Peruano” la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC, en cuyos fundamentos 10 al 12 se estableció que las nuevas disposiciones del Decreto Ley N° 25967 no podrían ser aplicadas a los asegurados que el 18 de diciembre de 1992 (un día antes de la entrada en vigencia de la citada norma) ya contaban con la edad y los años de aportaciones establecidos en el Decreto Ley N° 19990, aunque siguieran trabajando con posterioridad a esa fecha. Por ejemplo: Sí Juan Pérez contaba al 18 de diciembre de 1992 con 60 años de edad y 15 de aportación, se le reconocerá el derecho a una pensión en la modalidad del Régimen General, y se le calculará la remuneración de referencia de acuerdo al artículo 73° del texto original⁷.

El principal fundamento para el citado pronunciamiento fue la primacía de la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones, entonces recogida por la Primera Disposición Final de la Constitución Política de 1993. Según el Tribunal una vez que el asegurado reunía los requisitos fijados por ley (edad y años de aportación) incorporaba en su patrimonio el derecho a que su pensión sea evaluada y determinada en los términos legales vigentes en ese momento, independientemente que continuara laborando.

6 Dicha norma entró en vigencia el mismo día de su publicación.

7 Según esta norma, la remuneración de referencia se obtenía de dividir entre 12 la suma de las últimas 12 cotizaciones. El artículo 2° del Decreto Ley N° 25967 varió dicho criterio, estableciendo que serían las últimas 36, 48 ó 60 remuneraciones, dependiendo de la cantidad de años aportados por el asegurado.

Ante la cantidad de sentencias favorables a los pensionistas que cuestionaban la aplicación indebida del Decreto Ley N° 25967 (sobre la base de las pautas fijadas por el Tribunal), el Estado se vio forzado a dictar la Resolución Suprema N° 392-2001-EF⁸, mediante la cual se dispuso el allanamiento de la ONP en los procesos judiciales vinculados a dicha pretensión; posteriormente se promulgó la Ley N° 27561⁹, que ordenó la revisión de oficio de todos los expedientes administrativos del SNP (unos 800,000) para determinar aquellos casos en los cuales se aplicó indebidamente la norma modificatoria, procediendo a su rectificación.

2. La pensión máxima (tope) y su desarrollo legislativo

Para el otorgamiento de la pensión de jubilación la entidad administrativa realiza tres pasos secuenciales y preclusorios:

- (i) Se verifica que el asegurado cumpla la edad y los años de aportes exigidos por ley.
- (ii) Se determina el monto de la remuneración de referencia (base sobre la cual se establece el valor final de la pensión respectiva).
- (iii) Se aplica la pensión mínima o máxima (tope), dependiendo si el monto de pensión que le correspondería al asegurado se encuentra por debajo o por encima, respectivamente, de los valores fijados por ley de acuerdo a las posibilidades de la economía estatal.

En efecto, en tanto el Decreto Ley N° 19990 está concebido sobre la base de un sistema de reparto (fondo común o colectivo al que aportan todos los asegurados, en mayor o menor proporción, del cual se obtienen los recursos para atender el pago de las pensiones), uno de los principios básicos que lo caracterizan es el de la solidaridad, en virtud del cual quienes aportaron más (en tiempo o cantidad dineraria) colaboran con quienes aportaron menos. En tal sentido, existen pensiones máximas (tope) para quienes tendrían derecho a una prestación mayor, con el fin de proveer una pensión mínima a favor de aquellos que no alcanzarían un monto que siquiera les permitiese cubrir sus necesidades básicas.

Centrando nuestro comentario en la pensión máxima (tope), cabe recordar que se trata de un concepto previsional contemplado en el texto originario del Decreto Ley N° 19990, que en su artículo 78° señalaba expresamente:

Artículo 78°.- El Consejo Directivo del Seguro Social del Perú previo estudio actuarial propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones el que será fijado por

8 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de julio de 2001.

9 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de noviembre de 2001.

Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros¹⁰.

Esta norma fue evolucionando desde finales de los setenta y hasta inicios de los noventa a través de fórmulas de cálculo que la vinculaban a conceptos laborales como la remuneración mínima¹¹, hasta que el 19 de diciembre de 1992 entró en vigencia el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967 que estableció una suma determinada (S/. 600 nuevos soles) para la pensión máxima (tope), monto que podría ser incrementado con posterioridad por decreto supremo¹².

El problema de la aplicación de la pensión máxima (tope) en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se centró en su vinculación al Decreto Ley N° 25967, pues consideraban que el tope establecido en dicha norma constituía un nuevo status legal, en lugar de un eslabón más en la evolución de un concepto contemplado dentro del ámbito originario del SNP¹³.

Este criterio erróneo fue recogido por la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI aprobado mediante la Resolución Defensorial N° 004-2002¹⁴, en mérito al cual se varió el sistema administrativo de calificación interno en la ONP (inclusive para los casos sujetos a la revisión de oficio dispuesta por la Ley N° 27561).

Siguiendo los parámetros mencionados, podemos poner el ejemplo siguiente: Si Juan Pérez cumplió al 18 de diciembre de 1992 la edad y años de aportación establecidos en el Decreto Ley N° 19990, pero siguió laborando hasta el 1 de febrero de 2002, la fórmula de cálculo de la pensión máxima (tope) sería el 80% de la suma de 10 RMV, pero aplicando el valor vigente en esa fecha (S/. 410 nuevos soles, según el Decreto de Urgencia N° 012-2000), por lo cual su

10 Según lo establecido por el inciso b) de la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 19990, la primera pensión máxima (tope) de este régimen se fijó en S/. 30,000 soles oro.

11 El Decreto Ley N° 22847 del 26 de diciembre de 1979 estableció que el tope sería igual al 80% de la suma de 5 RMV; el Decreto Supremo N° 078-83-PCM del 15 de Octubre de 1983, que sería igual a la suma de 7 y 1/2 RMV; el Decreto Supremo N° 034-84-PCM del 1 de junio de 1984, que sería igual a la suma de 11 RMV; finalmente, el Decreto Supremo N° 077-84-PCM del 1 de diciembre de 1984 señaló que sería el 80% de la suma de 10 RMV (esta fórmula rigió hasta el 18 de diciembre de 1992).

12 El Decreto Supremo N° 106-97-EF del 10 de agosto de 1997 incrementó el tope a S/. 696 nuevos soles; el Decreto Supremo N° 056-99-EF del 15 de abril de 1999 lo incrementó a S/. 807.36 nuevos soles; en la actualidad, el Decreto de Urgencia N° 105-2001 del 31 de agosto de 2001 fijó el tope en S/. 857.36 nuevos soles, pese a lo cual existen pensionistas que -en mérito a un cuestionable criterio administrativo vinculado a un informe de la Defensoría del Pueblo que luego analizaremos- perciben montos mayores.

13 Existieron inclusive fallos absurdos de la extinta Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima en los cuales se dispuso el pago de pensión "sin tope alguno" (ver: Expedientes N° 2541-2000 y 2394-2000, sentencias publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 8 y 23 de octubre de 2001).

14 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de enero de 2002.

pensión ascendería a S/. 3,280 nuevos soles, es decir, casi cuatro veces el valor de la pensión máxima (tope) vigente en la actualidad: S/. 857.36 nuevos soles.

En reciente fallo, comentado anteriormente (Expediente N° 1294-2004-AA/TC, seguido por Andrés Llamogtanta Chávez con la ONP sobre proceso de amparo)¹⁵, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente en los literales e), f) y g) del fundamento 12 de la sentencia citada que el Decreto Ley N° 25967 es parte de la evolución legal de la pensión máxima (tope), no un nuevo esquema que sea considerado como un “punto de quiebre”.

Sin embargo, entendemos que la principal modificación de criterio de esta sentencia puede ser recogida de su fundamento 15 (segundo párrafo), en el cual se establece que la aplicación ultractiva de las disposiciones del Decreto Ley N° 19990 sólo se referirán al respeto de los requisitos (edad y años de aportes) y el sistema de cálculo de la remuneración de referencia (los 12 últimos meses, en lugar de los 36, 48 y 60 fijados por el Decreto Ley N° 25967), siendo aplicables para la determinación de la pensión mínima y máxima las normas vigentes al momento de presentación de la solicitud de otorgamiento de pensión.

Es decir que, contrariamente a lo que viene sucediendo en la fecha, el campo de protección de los derechos adquiridos de los pensionistas del SNP ya no incluirá la fórmula de cálculo para determinar la pensión máxima (tope), la cual se regirá por las normas vigentes al momento en que el asegurado presentó su solicitud de pensión (en el caso anterior, a Juan Pérez se le otorgaría una pensión tope de S/. 857.36 nuevos soles, en tanto su cese laboral se produjo el 1 de febrero de 2002).

3. Ley N° 23908: La pensión mínima y sus criterios de aplicación

Si bien el texto original del Decreto Ley N° 19990 no contemplaba el instituto de la pensión mínima, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 23908¹⁶ se introduce dicho concepto al SNP, precisando que sería igual a tres sueldos mínimos vitales (este concepto laboral no era el equivalente al ingreso mínimo de un trabajador en actividad, sino uno de los elementos que lo conformaban¹⁷).

15 Publicada el 18 de enero del 2005 en la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe. Sobre dicha sentencia: ABANTO REVILLA, César. “El Tribunal Constitucional y su cambio de criterio para la aplicación de la pensión máxima (tope)”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 81, Lima, Junio 2005.

16 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.

17 En la fecha de dación de la Ley N° 23908 regía el Decreto Supremo N° 010-84-TR, que fijaba la Remuneración Mínima (RM) en S/. 310,500 soles oro, estando compuesto dicha figura a su vez por cuatro conceptos: unidad de referencia, sueldo mínimo vital, bonificación por costo de vida y bonificación suplementaria. El SMV era el elemento a utilizar como referente en la PM.

De la misma manera, el artículo 4° de la citada ley señalaba que los reajustes de pensiones tendrían una prioridad o tratamiento preferencial de carácter trimestral, lo que no implicaba una obligación para incrementar las pensiones cada tres meses, tal como lo ha aclarado el Tribunal Constitucional.

En relación a dicha norma (Ley N° 23908) el Tribunal Constitucional ha tenido desde inicios del 2003¹⁸ una serie de pronunciamientos que han ido recortando el campo de aplicación, mismos que son de relevancia considerando la cantidad de demandas vinculadas a dicha pretensión.

3.1 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 cuestionado¹⁹ que señalaba que tenían derecho a una pensión mínima (de acuerdo a la Ley 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 estableció nuevos parámetros para la pensión mínima o PM)²⁰.

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.

3.2 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

18 Los fallos previos del Tribunal Constitucional se inclinaron por la improcedencia del reclamo.

19 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, Lima, Diciembre 2003, página 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, página 55-77.

20 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).

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 del pronunciamiento su importancia radicó en el hecho de reducir el campo de acción de la Ley N° 23908 del 23 de abril de 1996 al 19 de diciembre de 1992, disminuyendo así la lista de beneficiarios potenciales de dicha norma.

3.3 El tercer y cuarto precedentes: aclarando zonas grises

El 29 de octubre del 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 del 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 a la situación de la economía nacional (fundamentos 13 a 15).

Estas sentencias fueron fundamentales para reducir las demandas 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 fijara con carácter obligatorio la realización previa del **juicio de comparación** del monto de pensión otorgado con el triple del valor del SMV (o IML) vigente a la fecha de la contingencia -en cada caso-, como dispuso el Expediente N° 5189-2005-PA/TC²¹. Este fallo precisa, además, que el último IML que puede ser utilizado como referente para aplicar la Ley N° 23908 es el Decreto Supremo N° 002-91-TR (IML = I/m. 12 intis millón), por lo tanto, no puede reclamarse como pensión la RMV señalada en el Decreto Supremo N° 003-92-TR.

Contingencia	Norma aplicable	Monto del IML	PM = 3 IML
18 diciembre 1992	DS.N° 002-91-TR	I/m. 12	IML x 3 = I/m. 36

21 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de octubre de 2006.

3.4 El quinto precedente: vinculación al artículo 81° (12 meses)

Recientemente, el 7 de mayo de 2007, fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional el último parámetro para la aplicación de la Ley N° 23908, cuando en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07002-2006-PA/TC se ha establecido que no resulta aplicable la pensión mínima regulada en dicha norma a los demandantes cuya solicitud de pensión fue presentada 12 meses después de la derogación de la citada norma, es decir, a partir del 19 de diciembre de 1993.

En efecto, utilizando la aplicación conjunta del artículo 81° del Decreto Ley N° 19990 (por el cual la administración pública solo está obligada a reconocer hasta 12 meses de devengados, contados desde la presentación de la solicitud de pensión) con sus fallos previos sobre la Ley N° 23908, en los cuales se estableció que la derogatoria de esa norma se produjo el 19 de diciembre de 1992 al entrar en vigencia el Decreto Ley N° 25967, el Tribunal Constitucional establece que la pensión mínima no puede ser otorgada a favor de quienes presentaron su solicitud de pensión pasados los 12 meses de derogación de la norma bajo comento, a pesar que su contingencia -léase cese laboral- se haya producido antes de la citada fecha. Por ejemplo: si Juan Pérez cesó el 10 de diciembre de 1992 (con la edad y años de aportación exigidos por el Decreto Ley N° 19990 para jubilarse), pero su solicitud de pensión la presentó el 20 de diciembre de 1993, no le corresponderá la pensión mínima de la Ley N° 23908.

4. Ley N° 25009: La pensión de jubilación minera

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga a causa de decaimiento de la capacidad para laborar, originada en la edad avanzada (vejez) del asegurado, sin embargo, en la medida que existen actividades cuya naturaleza implica un riesgo para la salud de éstos, el legislador estableció en el artículo 38° del Decreto Ley N° 19990 que se podrían dictar normas que permitieran acceder a una jubilación con una edad que fuera inferior (hasta en 5 años) a la estipulada para las modalidades regulares. En ese supuesto se encontraban los trabajadores dedicados a la actividad minera.

En atención a dicha norma permisiva se dictó el Decreto Supremo N° 001-74-TR, que habilitó la jubilación de los trabajadores de las minas metálicas subterráneas a partir de los 55 años de edad, de acuerdo a la siguiente escala:

- a)** A los 55 años de edad, que trabajaron en dicha modalidad por 5 años o más;
- b)** A los 56 años de edad, los que hubieran trabajado 4 años;
- c)** A los 57 años de edad, los que hubieran trabajado 3 años;
- d)** A los 58 años de edad, los que hubieran trabajado 2 años; y,
- e)** A los 59 años de edad, los que hubieran trabajado por lo menos 1 año.

Sin embargo, en la medida que en la actividad minera existe modalidades que no se agotan en la prevista por dicha norma (minas metálicas subterráneas), el 25 de enero de 1989 entró en vigencia la Ley N° 25009 (Ley de Jubilación Minera)²², que estableció los siguientes supuestos:

MODALIDAD	EDAD	APORTACIÓN	LABOR MÍNIMA
Mina Subterránea	45	20	10
Mina de Tajo Abierto	50	25	10
Centro de Producción	50 a 55	30	15

Como se aprecia claramente, a diferencia de la pensión de jubilación regulada por el Decreto Ley N° 19990 (en la que basta con acreditar la edad legal y los años de aportación respectivos), para acceder a la jubilación minera es necesario, además de edad y los aportes, acreditar un mínimo de años laborado en la modalidad a la cual se pretende acceder (mina subterránea, tajo abierto o centro de producción).

Dejamos constancia que en el caso de los trabajadores de centros de producción²³ existe un requisito adicional: acreditar haber estado expuestos en la realización de sus labores a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad según la escala fijada en el artículo 4° del Reglamento (Decreto Supremo N° 029-89-TR)²⁴.

El supuesto de hecho de la norma bajo comentario alude a desarrollar labores en una situación en la cual es probable la producción de un daño futuro (riesgo)²⁵ por presentarse en el medio de trabajo -de modo concurrente-

22 Como correctamente señala Eduardo Marcos Rueda (“Jubilación de los Mineros Peruanos”. En: Asesoría Laboral, Lima, Marzo 1994, página 23), esta norma se alejaría un poco del texto del artículo 38° del Decreto Ley N° 19990, al establecer el derecho a jubilarse con edades por debajo del margen permitido (5 años menos).

23 Se considera centro de producción **minera** los lugares o áreas en que realizan actividades directamente vinculadas al proceso de extracción, beneficio, transformación, fundición y refinación de los minerales (artículo 16° del Reglamento). De acuerdo con el párrafo final del artículo 1° de la Ley N° 25009, también están incluidos en los alcances de dicha ley los trabajadores de centros de producción **metalúrgicos** (lugares o áreas en que realizan el conjunto de procesos físicos, químicos o físico-químicos requeridos para concentrar y/o extraer la sustancia valiosa de los minerales: artículo 17° del Reglamento) y **siderúrgicos** (lugares o áreas en que realizan las actividades de reducción de los minerales de hierro hasta su estado metálico en forma de hierro cochino: artículo 18° del Reglamento).

24 En este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional desde hace varios años, como consta en la STC N° 0386-2001-AA/TC del proceso de amparo seguido por Epifanio Hualpa, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 22 de febrero de 2002.

25 “Diccionario de la Lengua Española”. Barcelona, 2001, Editorial Planeta, página 1255.

elementos de toxicidad (grado de virulencia de una toxina o veneno)²⁶, peligrosidad (situación que implica la posibilidad de un daño)²⁷ e insalubridad (ausencia de los elementos mínimos de salud)²⁸. Dichos riesgos están valorizados en base a una escala de enfermedades profesionales ocupacionales detalladas de acuerdo a la edad del trabajador, su tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de exposición a los agentes riesgosos en el artículo 4° del Reglamento de la Ley N° 25009.

De lo expuesto en los puntos precedentes, se aprecia que existen particularidades propias del régimen especial de jubilación minera, sin embargo, nos referiremos a continuación de algunos puntos que generan controversia en sede judicial.

4.1 La acreditación de labores en la actividad minera

Según establece el artículo 196° del Código Procesal Civil²⁹, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, por lo tanto, un primer tema fundamental en cuanto al régimen especial de jubilación minera será la exigencia de acreditar (por parte del accionante) que las labores cuya tutela se pretende se encuentran dentro de los supuestos previstos por la Ley N° 25009.

En efecto, no bastará con la alegación del accionante en el sentido que se habría laborado en la actividad minera, sino que es necesario acreditar documentalmente dicha afirmación, de manera tal que la titularidad del derecho invocado no deje -a la vista del juzgador- margen alguno de duda, pues existen no pocos casos en los que trabajadores de áreas de centros de producción que no estaban expuestos a los riesgos precisados por ley (toxicidad, peligrosidad e insalubridad) pretenden el acceso a una jubilación bajo los menores requisitos de la Ley N° 25009, como se aprecia en los Expedientes N° 3379-2004-AA/TC³⁰ y N° 9719-2006-PA/TC, en que dos trabajadores (uno, mecánico del taller de una mina, y el otro, mozo del restaurante del Departamento Administrativo de un centro minero) reclamaron indebidamente ser incorporados al mencionado régimen especial.

Como correctamente indica la doctrina nacional³¹, en el proceso de amparo - igual que en cualquier otro proceso- será preciso comprobar la veracidad de los hechos pues la sola afirmación del actor no es bastante para colegir su certeza, en tanto una demanda sin pruebas no puede declararse fundada, particularmente en sede constitucional, al tratarse de procesos sumarísimos

26 Ibídem, p. 1413.

26 Ibídem, p. 1070.

27 Ibídem, p. 1282 (contrario sensu).

28 Dicho principio es aplicable supletoriamente en los procesos constitucionales, conforme a lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar de la Ley N° 28237.

29 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 1 de julio de 2005.

30 BOREA ODRÍA, Alberto. "Evolución de las Garantías Constitucionales". Lima, 2000, Editorial Fe de Erratas, Segunda Edición, pp. 389-390.

destinados a reestablecer con urgencia derechos fundamentales vulnerados. Dicha afirmación también será de aplicación válida para las pretensiones de naturaleza pensionaria³².

En la medida que el proceso de amparo carece de una estación probatoria (Ley N° 28237, artículo 9°) se entiende que para recurrir a ella el accionante deberá ser el legítimo tenedor de un derecho pensionario incuestionable y, a la vez, acreditar que sus afirmaciones tienen un asidero probatorio inmediato, por lo tanto, el juez debe constatar si los documentos presentados (certificado o constancia de trabajo o similares) acreditan de manera fehaciente e indubitable que el accionante se ha desempeñado en alguna de las modalidades previstas por la Ley N° 25009 (mina subterránea, de tajo abierto o centro de producción; en este último caso, además, la acreditación de haber laborado bajo la exposición riesgosa exigida por ley).

Dejamos constancia que en la medida que el fundamento 60 del Expediente N° 1417 -2005-AA/TC ha establecido que los criterios uniformes y reiterados contenidos en los fallos expedidos por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria tendrán efectos vinculantes, los preceptos antes reseñados (y los que analizaremos luego) serán de obligatorio cumplimiento por la justicia ordinaria (contenciosa).

4.2 El caso de los trabajadores mineros con silicosis

Otro de los temas que generan cierta confusión a nivel de los administrados y del Tribunal Constitucional es el relativo a la situación de los trabajadores minero que adolecen el primer grado de silicosis (o equivalente en la tabla de enfermedades profesionales), para efectos de determinar el beneficio que les corresponde según el artículo 6° de la Ley N° 25009 para acceder a una pensión de jubilación.

Como hemos indicado anteriormente, para acceder a la pensión de jubilación minera es necesario que el trabajador acredite la edad, los años de aportes y los mínimos de labor en la modalidad respectiva, por tanto, la exoneración prevista por el citado artículo 6° únicamente permite exonerar a los asegurados que padecen del primer grado de silicosis³³ (o su equivalente) de los años de aportación correspondientes, más no de la edad y la labor mínima.

32 HEREDIA ESPINOZA, Madeleine. "La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530". En: Gaceta Jurídica N° 30, Lima, Mayo 1996, pp. 39-46.

33 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 mas 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.). Los lineamientos para evaluar y diagnosticar la neumoconiosis se realiza en base a la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT que fue adoptada por el Perú a través de la Resolución Suprema N° 014-93-TR.

Pese a la claridad de la norma mencionada, algunos accionantes que padecen la enfermedad profesional antes referida solicitan en sede administrativa y/o judicial el otorgamiento de una pensión del régimen especial minero con la exoneración de todos los requisitos de la Ley N° 25009, pretensión que incluso ha sido acogida recientemente por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 7635-2005-PA/TC.

En efecto, consideramos que la norma es precisa al señalar que de los requisitos exigidos sólo se exonerará al trabajador minero de los años de aportación, por lo tanto, la administración estará en la obligación de requerirle el cumplimiento de la edad y los años mínimos laborados en la modalidad minera respectiva, y para el caso de los trabajadores de centro de producción, además debe exigir se acredite haber laborado expuesto a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad.

Otro punto que resulta de actual trascendencia es la determinación de la entidad que es **competente** para la expedición del certificado o evaluación médica, que a nuestro entender serían solamente las Comisiones Médicas de EsSalud, en tanto el artículo 298° del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento del T.U.O. de la Ley General de Minería), norma especial en temas de minería -concordante con la Ley N°25009- establece que la evaluación de las incapacidades resultantes de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo relacionados con la actividad minera deben ser realizadas únicamente por dicha entidad (EsSalud), sin hacerse mención alguna a los órganos y direcciones médicas del Ministerio de Salud.

Debe tenerse en cuenta, respecto a los certificados del Ministerio de Salud, que a la fecha es de conocimiento público el incremento exponencial de la falsificación de evaluaciones médicas de incapacidad, tanto para acceder a pensión de invalidez como a prestaciones jubilatorias del régimen especial minero, justamente a través del beneficio previsto por el artículo 6° de la Ley N° 25009, por lo cual, resulta de capital importancia que el juzgador (constitucional y ordinario) aplique el criterio obligatorio previsto por el Expediente N° 1763-2005-PA/TC, en el sentido que debe ser requerida la Historia Clínica que sustenta el dictamen médico presentado por los demandantes, y lo dispuesto en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC, en el sentido que únicamente puede acreditarse el padecimiento de una enfermedad profesional en base a certificados emitidos por Comisiones Médicas Evaluadores de EsSalud, el Ministerio de Salud o una EPS, bajo los parámetros previstos por ley, restando la validez probatoria de los expedidos por entidades privadas (como INVEPROMI) o las públicas que no sean Comisiones Médicas (como DIGESA o CENSOPAS).

5. El pago fraccionado de las pensiones devengadas

Es de conocimiento público que una vez concluido un proceso administrativo o judicial en el cual se obtuvo el otorgamiento de una pensión (de invalidez,

jubilación o sobreviviente), el reconocimiento de un derecho previsional (pensión mínima, máxima, etc.), o el recálculo de la pensión (por aplicación de una norma indebida, el incremento de los años de aportes, etc.), el Estado deberá reconocer el pago de las pensiones devengadas (meses impagos que se generaron durante el trámite del proceso) o los reintegros (diferencial entre el monto de pensión recibida y el que se debió percibir) correspondientes, situación que ha originado el incremento exponencial de las proyecciones de gastos previsionales en los últimos años.

En efecto, producto de la combinación del incremento de los procesos judiciales en materia pensionaria (en especial, los relacionados al SNP), la reducción de la recaudación previsional (la morosidad bordea el 80%), y la dación de normas por las cuales se ha dispuesto la revisión en sede administrativa de los criterios aplicados para la calificación de derechos pensionarios (a partir de los precedentes uniformes del Tribunal Constitucional, como el caso del Decreto Ley N° 25967), el Estado se ha visto obligado a establecer un sistema de pago gradual o fraccionado de los devengados o reintegros que se deriven de los procesos administrativos o judiciales en materia pensionaria.

Desde el primer intento en 1999, a partir de la normatividad interna del SNP, se han suscitado una serie de dispositivos legales dirigidos a establecer un proceso de fraccionamiento aplicable en un inicio a los procesos administrativos, que luego ha sido extendido también a los devengados y reintegros derivados de procesos judiciales, mediante el cual se pretende programar los adeudos reconocidos por el Estado bajo dichos conceptos, a fin de garantizar su cancelación sin poner en peligro el pago de las pensiones en general, o requerir un mayor endeudamiento (interno y externo) del Tesoro Público.

El acto de fraccionamiento del pago de los devengados no constituye un acto ilegal por parte de la ONP, sino que -por el contrario- es una medida con respaldo constitucional que tiene por finalidad resguardar los fondos y las reservas previsionales para asegurar el pago oportuno a todos los pensionistas.

Si bien el Estado reconoce en el artículo 10° de la Constitución Política de 1993 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley (vejez, accidente, muerte, enfermedad, etc.), no es menos cierto que el artículo 12° y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establecen la aplicación de los fondos y reservas de la seguridad social en la forma establecida por la ley, asimismo, que el pago oportuno de las pensiones (y sus devengados) es garantizado por el Estado, condicionado a las previsiones presupuestaria y dependiendo las posibilidades de la economía nacional.

Es justamente al amparo de dicha disposición que el Estado dictó inicialmente los decretos supremos que dispusieron el fraccionamiento del pago de los

devengados (administrativos al principio, luego también los judiciales), y la misma que sirvió de basamento para que el Tribunal Constitucional reconozca la validez y legalidad de este proceso (por todos, ver el Expediente N° 840-2004-AA/TC, seguido por Pablo Gonzales Reyes con la ONP)³⁴.

La Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 constituye, como hemos referido anteriormente³⁵, el reconocimiento de la vinculación de los aspectos económicos y financieros con la base real de atención de las pensiones estatales, por tanto, no pueden ejecutarse medidas en dicha área sin verificar previamente las posibilidades del Tesoro Público para satisfacer los reclamos sociales.

Como muestra concreta de la situación financiera del SNP, con relación a la problemática derivada del pago de devengados y reintegros, debe tenerse en cuenta que en la actualidad la ONP cuenta con más de 86,000 procesos judiciales, de los cuales 66,900 son nuevas demandas incoadas entre los años 2003 a junio de 2006, causas que representan U\$ 1,500 millones de dólares proyectados como futuros devengados que tendrán que ser atendidos por el Estado en los próximos cinco años, quedando por demás justificado el mantenimiento del proceso de fraccionamiento en el pago de dicho concepto.

En tal sentido, queda claro que el fraccionamiento de pensiones devengadas es una medida con respaldo legal y constitucional que se ha establecido para resguardar el pago oportuno de las pensiones de todos los beneficiarios del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990, pues la cancelación en una sola armada de tal concepto hubiera afectado los fondos previsionales, poniendo en riesgo el pago de las obligaciones mensuales, pues en un sistema financiado sobre el reparto de un fondo colectivo o común deberá primar el interés colectivo respecto del particular.

En el plano normativo, la Ley N° 28798 estableció algunas pautas para flexibilizar dicho proceso de pago, señalando plazos fijos para cancelación de los devengados y reintegros que varían según el monto de la deuda y la edad de los beneficiarios, que luego fueron complementadas por su Reglamento (Decreto Supremo N° 175-2006-EF) y el Decreto Supremo N° 188-2006-EF. En ese escenario encaja el Decreto Supremo N° 101-2007-EF, que precisa las nuevas reglas para el pago fraccionado.

Este dispositivo indica en su artículo 2° que el pago de las pensiones devengadas que se adeuden se cancelará -a partir de **enero de 2008**- de la siguiente manera:

34 Sentencia publicada el 15 de diciembre de 2004 en la página web del Tribunal Constitucional.

35 ABANTO REVILLA, César. "Pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones". En: AA.VV. La Constitución comentada. Lima, 2005, Gaceta Jurídica Editores, Tomo II, pp. 1168-1172.

- 1) En 12 meses, mediante cuotas mensuales que serán equivalentes al 100% del monto de la pensión.
- 2) En el caso de pensionistas con 80 o más años de edad, el pago total de lo adeudado se efectuará en un plazo de 6 meses.

El Decreto Supremo dispone un pago excepcional a las cuotas de fraccionamiento; asimismo, efectúa una precisión en su artículo 5° sobre los regímenes especiales del SNP a considerar dentro del proceso de pago fraccionado: Ley N° 16124, Decreto Ley N° 17262 (Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares - FEJEP), Decreto Ley N° 21952 (trabajadores marítimos, fluviales y lacustre), Ley N° 24705 (que reconoce a las amas de casa y/o madres de familia como aseguradas independientes), Ley N° 24795 (jubilación para periodistas), Ley N° 25009 (jubilación de los trabajadores mineros), Ley N° 27986 (trabajadores del hogar), Decretos Supremos N° 004-78-TR (aviadores comerciales) y N° 018-82-TR (trabajadores de construcción civil).

De lo expuesto, se puede concluir que el Estado reconoce la existencia de un adeudo que se origina en un proceso administrativo o judicial, pero sujeta las pautas para su cancelación a un sistema de pago gradual (fraccionado), compatible con el artículo 12° y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 (avalado en su legalidad por el propio Tribunal Constitucional) con la finalidad garantizar su pago pero sin poner en peligro el abono de las pensiones en general con cargo a un mayor endeudamiento, lo que debe tomarse en cuenta como un acto de compromiso con las necesidades sociales, cuando asistimos a una época en la cual la evasión de las obligaciones constituye práctica común.

6. Los cuestionamientos sobre el pago de intereses legales

Conforme establece el artículo 1245° del Código Civil de 1984 el interés legal es una tasa de referencia (fijada por el Banco Central de Reserva, según el artículo 1244°) que se utiliza en los casos en que debiendo pagarse interés no se ha fijado una tasa específica.

En efecto, según el artículo 1242° del mismo código sustantivo, el interés puede ser (por su finalidad) de 2 tipos: compensatorio (cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien) o moratorio (cuando su fin es indemnizar la mora en el pago).

Por su origen³⁶, el interés puede ser convencional (cuando ha sido fijado por las partes) o legal (cuando es establecido de manera expresa por la ley).

36 En ese sentido: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La naturaleza jurídica de los intereses". En: Derecho N° 45, Lima, 1991, Fondo Editorial de la PUCP, página 180; CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil de 1984". En: Libro Homenaje a Rómulo Lanatta, Lima, 1986, Editorial Cultural Cuzco S.A., p. 78.

En materia de pensiones del SNP, independientemente de la naturaleza de la pretensión incoada contra la ONP (aplicación de la Ley N° 23908, recálculo derivado del Decreto Ley N° 25967, reconocimiento de años de aportación, otorgamiento de jubilación, etcétera), nos encontramos ante un supuesto en el cual una entidad del Estado (sea el IPSS antes, o la ONP ahora) otorgó o denegó un derecho pensionario a partir de su interpretación de las normas en materia previsional vigentes al emitir la resolución administrativa correspondiente, acto cuya ilegalidad recién se determinará a partir de un pronunciamiento de control constitucional en instancia definitiva, en el cual se reconoce además -generalmente- el pago de los reintegros (devengados) generados por el reajuste, recálculo o reconocimiento respectivo³⁷.

En este escenario, sin perjuicio de cuestionar la existencia de una obligación de pago que se pueda atribuir validamente a la ONP por dicho acto (otorgamiento o denegatoria de derechos pensionarios en base a normas cuestionadas -posteriormente- en sede constitucional), resulta claro que no podrá ser alegada la procedencia del pago de un interés compensatorio (por no existir utilización de un dinero o bien que genere contraprestación), ni convencional (no hay acuerdo previo entre las partes), limitándose la discusión a determinar si es viable reclamar el pago de un interés moratorio al cual se le asigne la tasa fijada para el interés legal.

Consideramos que en materia de Seguridad Social (en particular, en pensiones) no resulta de aplicación las disposiciones del Código Civil relativas al pago de intereses, en la medida que éstas tienen por finalidad resarcir o indemnizar -según cada caso- los aspectos particulares de relaciones jurídicas eminentemente patrimoniales, siendo incompatibles por tanto con un sistema jurídico (el de las pensiones administradas por el Estado) estructurado en base a un fondo común de reparto en el que prima el Principio de la Solidaridad, y donde los intereses colectivos (léase, necesidades grupales) imperan sobre los individuales.

Corrobora esta posición el hecho que el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil señale que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a las relaciones y a las situaciones jurídicas de otras leyes, siempre que no sean incompatibles³⁸ con su naturaleza. En este caso consideramos que existe una clara incompatibilidad de principios estructurales.

Debe tenerse en cuenta que el pago de intereses -en general- nace de la existencia de las obligaciones y éstas, a su vez, tienen su origen únicamente

37 El Tribunal Constitucional ha establecido, a partir de la sentencia recaída en el Expediente N° 340-99-AA/TC (publicada el 24 de agosto de 1999), que se deberá proceder al reconocimiento de los reintegros (devengados) derivados del reajuste del monto de una pensión de jubilación.

38 De acuerdo a la definición asignada en la 22da. Edición del Diccionario de la Lengua Española (2001) de la Real Academia Española, incompatibilidad significa: "(la) *Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*".

en dos fuentes: la ley o el convenio (acuerdo privado entre partes). En materia previsional no existe un dispositivo legal que reconozca la obligación del Estado de pagar intereses por las pensiones devengadas (salvo en el caso del fraccionamiento, que es distinto del que se reclama), asimismo, tampoco existe un acuerdo o convenio con el pensionista en que se le establezca a la ONP dicha obligación de pago, por lo tanto, resulta claro que dicha obligación nace recién con un pronunciamiento judicial que la establezca, en consecuencia -aún cuando recusamos la procedencia de tal obligación por existir incompatibilidad jurídica estructural- para determinar el momento a partir del cual se deberá iniciar el cálculo de pago de los intereses a pagar se debe aplicar el artículo 1334° del Código Civil, pues ha sido una RESOLUCIÓN JUDICIAL la que determinó la existencia de la obligación de pago de los intereses a favor del pensionista: para la aplicación del artículo 1333° se requiere la existencia de una obligación vencida y exigible, y en este caso -como referimos- no existe norma legal ni convenio sobre el cual se pueda atribuir la fuente del pago cuya exigibilidad se reclama.

De manera complementaria, debemos recordar como referencia³⁹ lo establecido por el artículo 65° del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, que señala:

Artículo 65°.- El Seguro Social del Perú no está obligado a otorgar prestaciones del Sistema Nacional de Pensiones a personas no comprendidas en el mismo ni a sus familiares, aún cuando aquellas hubieran estado inscritas y/o se hubiera pagado aportaciones. En este caso, se anulará la inscripción y/o se efectuará la devolución del íntegro de las aportaciones, sin intereses. (...)

Por lo expuesto, podemos concluir que no deben ser estimadas las pretensiones que en materia pensionaria se formulen (independientemente de la vía procesal elegida: sea constitucional u ordinaria), no por una carencia de estación probatoria o razones similares, sino por la manifiesta incompatibilidad existente entre las normas civiles que regulan dicha institución y los principios que informan a la Seguridad Social, tesis que en un futuro -esperamos- pueda ser (re) evaluada por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

En cuanto al reclamo de pago de intereses en procesos constitucionales, de deberá tener en cuanto lo dispuesto en el Expediente N° 2877-2005-PHC/TC, en cuyo literal d) del fundamento 15 el Tribunal Constitucional ha sido claro al señalar, con carácter de precedente obligatorio, que al tratarse de un concepto dinerario accesorio que no forma parte del contenido constitucional protegido del derecho a la pensión, no debe ser reclamado en vía de proceso de amparo, debiendo ser rechazada tal pretensión.

39 Si bien la norma no trata del pago de devengados o similares, estamos ante un supuesto en el cual la entidad tuvo en su poder una suma de dinero abonada de manera indebida por el asegurado, la misma que al ser devuelta no estará sujeta (expresamente, por mandato legal) al pago de interés alguno.

Finalmente, en cuanto al reclamo de pago de los intereses legales derivados de las pensiones devengadas reconocidas administrativa o judicialmente en la sede civil a través de demandas de Obligación de Dar Suma de Dinero, dejamos constancia que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha reconocido en la Casación N° 2883-2006, en concordancia con lo dispuesto por el fundamento 51 del Expediente N° 1417-2005-AA/TC, que tales reclamos deben plantear ante los jueces contenciosos administrativos, al tratarse de cuestionamientos de origen previsional.