



TRES SON MULTITUD: TC fija nuevos criterios para el otorgamiento de pensiones por enfermedades de trabajos de riesgo

Luis Alberto Chang Rodríguez*

Oscar Súmar Albújar**

En el presente artículo, los autores hacen una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en relación a las enfermedades profesionales derivadas de trabajos de riesgo. En éste concluyen que la jurisprudencia del TC fija criterios que son controvertidos en muchos de sus ámbitos, al mismo tiempo que no son claros y carecen de precisión al tratar los temas. Dichas carencias convertirían a los precedentes en vulnerables a futuras reformas legislativas o a cambios de criterios por el mismo Tribunal.



* Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú-PUCP (Diciembre de 2006). Asistente del área legal de Grellaud y Luque Abogados, firma miembro de KPMG Internacional. Ex miembro del consejo directivo de la revista *Ius et Veritas*.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú-PUCP (Diciembre de 2006). Editor de *Palestra del Tribunal Constitucional*. Adjunto de Docencia del Curso Sociología del Derecho. Ex asistente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso y con prácticas en el Tribunal Constitucional. Ex director de Contenido de THEMIS.

I. INTRODUCCIÓN

Que duda cabe, las controversias en torno a los procesos de amparo sobre el otorgamiento de pensiones por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales regulados por el derogado Decreto Ley 18846 y, actualmente, por la Ley 26790 constituyen un lastre para el Tribunal Constitucional (TC), debido a la diversidad de criterios, algunas veces incluso contradictorios¹, adoptados por el máximo intérprete de la Constitución.

El problema reviste de una alta importancia no sólo por la cuantía de los procesos de amparo que se ventilan ante el Poder Judicial (PJ) y el TC, sino también por la relevancia de lo decidido por dichos órganos jurisdiccionales, esto es, el derecho a percibir una pensión a causa de enfermedades profesionales como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social.

Por ese motivo, el TC ha creído conveniente determinar las pautas o normas que deberán ser adoptadas sobre esta materia; las cuales han sido desarrollados, en idénticos términos, en los casos Landa Herrera (Expediente 10087-2005-PA/TC) y Vilcarima Palomino (Expediente 06612-2005-PA/TC). Cabe señalar que, con anterioridad, el propio TC ya se había pronunciado sobre el particular en el caso Padilla Mango (Expediente 10063-2006-PA/TC), el cual funge de sustento de los otros dos expedientes. Son, entonces, tres sentencias, en menos de un mes, las que desarrollan los nuevos criterios que vamos a comentar en este trabajo. Estos se desprenden de las resoluciones mencionadas en el párrafo precedente y versan sobre los siguientes temas:

- (i) La prescripción de la pensión vitalicia².
- (ii) El ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y su Reglamento, el Decreto Supremo 002-72-TR.
- (iii) La entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional.
- (iv) La posibilidad de percibir simultáneamente una pensión vitalicia o pensión de invalidez y una remuneración.
- (v) El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.
- (vi) La relación entre la pensión mínima regulada en el Decreto Legislativo 817 y la pensión vitalicia.
- (vii) La excepción de convenio arbitral y la obligatoriedad del arbitraje en las controversias surgidas en torno al otorgamiento de una pensión de invalidez de acuerdo al SCTR.
- (viii) La responsabilidad del Estado frente al SCTR relativa a la cobertura supletoria a cargo de la Oficina de Normalización Provisional (ONP).

1 Al respecto, puede observarse las SSTC 1602-2005-PA/TC y 0141-2005-PA/TC relativas a la prescripción de la pensión vitalicia regulada por el Decreto Ley 18846.

2 La pensión vitalicia se refiere a la contraprestación económica contemplada por el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales–SATEP regulado por el Decreto Ley 18846, mientras que la pensión de invalidez hace referencia a la contraprestación económica contemplada en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo–SCTR regulado por la Ley 26790.

(ix) La inversión de la carga de la prueba a favor de los demandantes sobre el padecimiento de una enfermedad profesional cuando los emplazados no presenten los exámenes médicos de control anual y de retiro.

(x) Las nuevas reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo referidas a la obligación del demandante de presentar un certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, del Ministerio de Salud o de una Entidad Prestadora de Salud (EPS) para acreditar su enfermedad profesional.

Como podemos advertir, las sentencias comentadas identifican situaciones que, a decir del TC, han generado una mayor problemática en la resolución de los amparos para el otorgamiento de las pensiones contempladas en el SATEP o el SCTR. De este modo, se ha consolidado una serie de criterios en torno a cada uno de los puntos reseñados, los cuales deberán ser observados y aplicados tanto por el TC como por los demás operadores de la administración de justicia, al constituir precedentes de observancia obligatoria en atención a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, nosotros consideramos que algunas de las nuevas reglas creadas por el TC no guardan armonía con nuestro ordenamiento jurídico o, en todo caso, son confusos y contradictorios. El presente artículo tiene como propósito proponer un debate en torno a varios de los criterios desarrollados por el TC que, desde nuestro punto de vista, constituyen soluciones ciertamente controvertidas. Asimismo, se efectuarán algunas precisiones en torno a ciertos aspectos de las sentencias que merecen una posterior aclaración.

De acuerdo a lo anterior, en los siguientes párrafos desarrollaremos un análisis crítico acerca de:

- (i) La excepción de convenio arbitral.
- (ii) La obligatoriedad del arbitraje
- (iii) La prescripción del derecho fundamental a la pensión.
- (iv) Las entidades competentes para acreditar la enfermedad profesional y las nuevas exigencias probatorias.
- (v) La presunción del nexo causal ante enfermedades profesionales.
- (vi) La inversión de la carga de la prueba y la presunción de la fecha en la que originó la discapacidad.
- (vii) Responsabilidad del Estado frente al SCTR.

II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS: CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS CRITERIOS EXPUESTOS POR EL TC

I. La excepción de convenio arbitral: el sometimiento a arbitraje de las controversias relativas a pensiones de invalidez reguladas en el SCTR

1.1 Fundamentos del precedente

El precedente bajo análisis establece que “(. .) cuando en un proceso de amparo se demande

el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, 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 de indisponible para las partes”³.

De este modo, el TC ratifica su jurisprudencia según la cual los derechos de naturaleza pensionaria no son sometibles a arbitraje, incluso cuando así lo señale la ley⁴, por lo que cualquier excepción de convenio arbitral deducida en un proceso donde se discutan temas pensionarios debe ser rechazada.

Esta decisión se sustenta en que los derechos relacionados a pensiones por invalidez, al formar parte del contenido esencial del derecho a la pensión y tender a proteger el derecho a la salud, son de carácter indisponible y no pueden ser sometidos a arbitraje. De acuerdo a esta fundamentación, el sustento para la no arbitrabilidad de los derechos pensionarios no sería la Ley (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), sino la propia Constitución.

Adicionalmente, se señala que, dado el carácter urgente de los derechos reclamados en este tipo de procesos, declarar fundada una excepción como esta puede llevar aparejado un daño irreparable.

Por último, se dice también que “(...) el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales”⁵. En estos casos, los altos costos del arbitraje pondrían en desventaja a los trabajadores sobre las empresas mineras, etcétera.

1.2 Nuestras observaciones

Contrariamente a lo que sostiene el TC, no todos los derechos relacionados a pensiones por invalidez forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. En efecto, de acuerdo a las propias normas que regulan las pensiones por invalidez del SCTR, sólo las afectaciones que sean iguales o superen el 50% de incapacidad dan derecho a recibir una pensión, mientras que aquellas que sean menores a este porcentaje pero superiores a 20% dan derecho a una indemnización. Así, cualquier controversia que gire en torno a afectaciones

3 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 25 y 10087-2005-AA, F. J. 26.

4 Artículo 9 del Decreto Supremo 003-98-SA: “La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS”.

5 STC 10063-2003-AA, F. J. 120

menores al 50% no formaría parte del contenido esencial del derecho a recibir una pensión, por lo que sí sería arbitrable.

Incapacidad	Grados	Prestación económica	Posibilidad de arbitraje
Parcial permanente	De 20 a menos de 50%	24 mensualidades de pensión (indemnización) I	Arbitrable
Parcial permanente / temporal	De 50 a menos de 66.6%	Pensión de invalidez	No arbitrable
Total permanente / temporal	Igual o más de 66.6%		

Por otro lado, no se entiende cómo los derechos derivados de estas normas tienden a salvaguardar el derecho a la salud⁶. Vale la pena precisar que una vez que el asegurado sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, su salud ya ha sido dañada y una compensación económica no la va a reestablecer. Entonces, podemos estar de acuerdo en que las pensiones por invalidez tienen por intención tutelar el derecho fundamental a la seguridad social en materia de pensiones o, en todo caso, la dignidad de la persona, pero no la salud propiamente dicha.

Sin embargo, aun si consideramos que estas normas están relacionadas con el derecho a la salud, la decisión del TC nos debería llevar a la absurda conclusión de que cualquier indemnización por responsabilidad extracontractual basada en un daño físico o controversia surgida en relación a un contrato privado de seguro por invalidez tampoco serían arbitrables⁷.

6 Según el TC, el derecho a la salud "(...) garantiza a la persona el goce de un estado psico-somático pleno. (...) En tal sentido, ha manifestado este Tribunal que "el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera" (STC 06534-2006-AA, F. J. 8). A lo que habría que agregar el derecho a acceder a prestaciones de salud, desarrollado también en la jurisprudencia del TC: "La conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende a su vez el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. La conservación de la salud no es posible sin el acceso y sin el goce de las prestaciones correspondientes. Por esto, el acceso y el goce de las prestaciones de salud están también comprendidas en cuanto ámbitos de protección o contenidos del derecho a la salud. En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria, una perturbación en el goce de la misma o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud" (STC 03488-2004-AA, F. J. 3). Para un último desarrollo del tema, puede verse la STC 03081-2007-AA.

7 Si partimos de la premisa que la pensión de invalidez contemplada en el SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho fundamental a la salud, no encontramos objeción alguna para trasladar dicho ámbito de protección a los seguros privados. En atención a ello, tendríamos que concluir que éstos últimos tampoco podrían ser sometidos a arbitraje, toda vez que el derecho a la salud tienen carácter indisponible.

Fuera de estas consideraciones, nuestra objeción principal es que el TC deriva esta regla de no arbitrabilidad del carácter indisponible de los derechos pensionarios, como si hubiera una imposibilidad intrínseca de arbitrar temas indisponibles. En otras palabras, el TC considera que arbitrar equivale a disponer un derecho. Nada más alejado de la realidad.

Al respecto, autorizada doctrina nacional ha expresado lo siguiente:

“Utilizar el argumento de la irrenunciabilidad de los derechos laborales para cuestionar un acuerdo arbitral es un error, porque el sometimiento de la controversia en materia laboral a un árbitro no implica que el trabajador haya renunciado a sus derechos sustantivos. De hecho, ellos subsisten, y con tanta fuerza que el árbitro deberá declararlos una vez que se pruebe (al igual que en el proceso judicial) que el trabajador está dentro del ámbito de aplicación de las normas que invoca. No es posible siquiera pensar que al laudar un árbitro –al igual que un juez– pueda violar el principio de irrenunciabilidad de los derechos. Y la razón es simple: la renuncia solo la puede llevar a cabo el trabajador, no quien declara el derecho”⁸.

Esta restricción estaría relacionada con que el arbitraje, según el TC, está pensado para temas patrimoniales y no derechos fundamentales. Esto es un prejuicio que no tiene sustento en la normativa. De acuerdo a la Ley Procesal del Trabajo, los temas laborales son arbitrables⁹, por ejemplo. No se puede percibir diferencia sustancial alguna para permitir el arbitraje de los derechos laborales pero negarlo a los pensionarios.

Que los derechos indisponibles sean arbitrables o no es, en nuestra opinión, un asunto de política legislativa, no derivado directamente de la Constitución. Mas aún si tenemos en consideración que ésta reconoce la naturaleza jurisdiccional del arbitraje¹⁰, ubicándolo en el mismo lugar que el sistema judicial estatal. Esto, además, debe contrastarse con la realidad, donde los arbitrajes, de hecho, son más confiables que los procesos judiciales.

Los otros argumentos son la necesidad de celeridad en la protección de los derechos y los altos costos del arbitraje. Ninguno de estos, a nuestro entender, tiene sustento debido a que: (i) los procesos arbitrales son más rápidos que los judiciales, por lo que incentivar el uso de los procesos judiciales es contrario al propósito de la celeridad; y (ii) los procesos arbitrales en temas pensionarios no representan costos altos para los trabajadores (en este extremo hubiese servido que el TC conozca algo de la estructura de este tipo de procesos).

En definitiva, algunos derechos derivados de las normas pensionarias no son sometibles a arbitraje, pero esto no tiene relación con la naturaleza del arbitraje, ni con principios constitu-

8 VINATEA, Luis y Alfredo SALVADOR. “La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo”. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2005. p. 374.

9 Artículo 104 de la Ley 26636: “Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje en lo aplicable u optar por otro procedimiento arbitral”.

10 Numeral 1 del artículo 139 de la Constitución: “(. . .) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. Sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje ver la STC 6167-2005-PHC.

cionales –más allá de la voluntariedad del arbitraje, que es aplicable a cualquier supuesto, sea laboral o no–, sino con una prohibición de carácter legal. Es tan simple como que estos temas no se pueden arbitrar porque lo dice la ley.

Algunos aspectos que escapan del análisis del TC es qué pasa con los procesos arbitrales en materia pensionaria que se vienen llevando acabo o que, inclusive, ya han finalizado pero la parte perdedora, desconociendo su resultado, demanda lo mismo mediante un proceso de amparo. ¿Se deberá previamente anular el arbitraje para recurrir al amparo? ¿Se considerará nulo de pleno derecho el arbitraje? ¿Mantendrá su validez? ¿Qué ocurrirá con los que se hayan llevado acabo más allá del plazo de prescripción para solicitar su invalidez? ¿Se considerará aplicable el plazo de prescripción para estos casos?

2. La obligatoriedad del arbitraje

2.1. Fundamentos del precedente

De acuerdo al TC "(. .) a los asegurados y beneficiarios del SCTR no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9.º del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución, ya que en este caso el convenio arbitral nace ex lege y no a consecuencia de la autonomía de voluntad de los asegurados y beneficiarios. Es más, al imponérsele obligatoriamente el arbitraje a los asegurados y beneficiarios del SCTR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural"¹¹.

De este modo, se declara inconstitucional, mediante control difuso, a la norma que obliga a los trabajadores a acudir a arbitraje ante controversias surgidas en torno al SCTR. Dicha conclusión se sustenta en que: (i) el arbitraje es por naturaleza voluntario; y (ii) su imposición vulnera el derecho de los justiciables al juez natural.

2.2. Nuestras observaciones

En este punto, estamos a grandes rasgos a favor de los argumentos utilizados por el TC. En efecto, si el arbitraje es voluntario, no puede existir una ley que obligue a someter una controversia a arbitraje, aunque existan varios ejemplos de lo contrario en nuestra legislación¹².

Sin embargo, algunas atingencias se deben hacer en orden a las implicancias prácticas de esta decisión. El TC no parece haber tomado en cuenta que el trabajador, aunque es el beneficiario final del SCTR, no es parte en los contratos celebrados por sus empleadores y las asegurado-

11 Este argumento no se desprende del contenido de las sentencias expedidas con ocasión de los casos Landa Herrera o Vilcarima Palomino, sino en el caso Padilla Mango (STC 10063-2006-AA, F. J. 120).

12 Ver, como referencia, el artículo 4 de la Ley (. .) relativa la expropiación de inmuebles afectados por el sismo del Sur Chico.

ras. Esto hace que sea difícil que pudieran someterse voluntariamente a un arbitraje relativo a controversias surgidas en virtud a estos contratos, dado que no son parte en los mismos.

Esta dificultad, sin embargo, se podría solucionar creando una solución práctica, como la firma por el trabajador de un convenio que lo someta a arbitraje, aunque sea una vez que ya se haya suscitado el conflicto. De modo que las partes involucradas (los beneficiarios del seguro y las aseguradoras) dejen expresa constancia de su voluntad de someter su controversia a un arbitraje.

Por otro lado, en caso que el trabajador ya ha dado inicio a un proceso arbitral contra la aseguradora se debería entender que existe una manifestación de voluntad tácita de las partes de someter su conflicto a dicha jurisdicción. Debido a esto, no se debería poder cuestionar la competencia del fuero arbitral ni la decisión final (laudo) a la que se arribe.

3. La prescripción del derecho fundamental a la pensión contemplado en el SATEP

3.1. Fundamentos del precedente

Mediante el precedente analizado, el TC dispone 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"¹³.

En el caso de las decisiones bajo comentario¹⁴, el TC basa su decisión en una invocación genérica al derecho a la seguridad social, consagrado en la Constitución (tanto de 1979 como 1993) y pactos internacionales.

3.2. Nuestras observaciones

La argumentación reseñada en el párrafo anterior, como se podrá apreciar, no es suficiente. El hecho de que se reconozca un derecho, no impide que se señale correlativamente un plazo de prescripción para su ejercicio.

La prescripción, aun en el ámbito de las relaciones laborales o pensionarias, conserva sus funciones típicas. Tal como lo señala Neves Mujica, refiriéndose a la prescripción laboral: "(. .) por seguridad jurídica no se puede dejar indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino que debe fijarse un plazo para ello. El plazo tiene que ser razonable para que un justiciable diligente haga valer su derecho. (. .)".¹⁵

Este argumento, la seguridad jurídica, a fuerza de haber sido repetido, es considerado por algunos como un lugar común, que no merece mayor consideración. Estas personas, sin em-

13 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 19 y 10087-2005-AA, F. J. 20.

14 En la propia sentencia del caso Padilla Mango se cita otros criterios, algunos de ellos contradictorios, que han sido utilizados por el TC en anteriores oportunidades, lo que demuestra el desorden y la poca rigurosidad con la que esta materia ha sido abordada.

15 NEVES MUJICA, Javier. "La prescripción laboral". En: THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005. p. 45.

bargo, deberían tomar en cuenta que una compañía de seguros o la ONP pueden tener cientos o miles de asegurados o afiliados y necesitan, para efectos de orden contable, conocer las contingencias que representan las posibilidades de ser demandados en un proceso judicial o procedimiento administrativo. El no poder hacer estos cálculos representa un costo para las aseguradoras. Si representara, a su vez, una ganancia para los trabajadores¹⁶, podríamos estar de acuerdo en que no haya plazo, pero no percibimos cuál es esa ganancia.

Sea con plazo de prescripción o no, los trabajadores conservan intactos sus derechos. La propia naturaleza de la prescripción consiste en no “tocar” los derechos sustanciales. Eliminar el plazo de prescripción sólo crea un incentivo para la negligencia de los asegurados y la inseguridad jurídica para las aseguradoras..

Por otro lado, no compartimos el criterio según el cual la falta de un plazo de prescripción se sustenta en el carácter permanente o continuo de la vulneración del derecho a la pensión. Consideramos que las prestaciones económicas que contempla el SATEP (y por extensión el SCTR) son perfectamente individualizables y, en consecuencia, le son aplicables, a cada una de ellas, el plazo prescriptorio que corresponda.

Cabe señalar, que el TC no se ha manifestado acerca del plazo de prescripción de las pensiones previstas en el SCTR. Sin embargo, es posible que se extiendan los argumentos expuestos en este precedente para negar su existencia. Resulta también cuestionable que dicha entidad tampoco haya analizado cuál es la situación de aquellos asegurados a quienes se denegó el pago de las pensiones devengadas (en sede judicial o administrativa) conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto Ley 18846¹⁷.

Ahora, el que abogemos por un plazo de prescripción no nos responde la pregunta del “cómo”, es decir, desde cuándo debe contabilizarse, cuál sea el plazo, etcétera. Lo que sí resulta claro es que la prescripción no debería afectar la posibilidad del asegurado de exigir el pago de las pensiones de invalidez aún no devengadas¹⁸. Aquí habría resultado nuevamente necesario que el TC sea más preciso en su decisión.

Lo que nos interesa destacar es que, aun cuando las normas legales fijaban plazos de prescripción, el TC los ha considerado inconstitucionales y los motivos de semejante decisión son un misterio.

16 No nos referimos a la posibilidad de los asegurados de demandar las pensiones que se hayan devengado, sino a la ventaja que significaría la mera inexistencia de la prescripción en materia de pensiones de invalidez para casos futuros.

17 Artículo 13: “Fijase como plazo de prescripción para demandar a la Caja Nacional del Seguro Social Obrero las prestaciones debidas por este régimen, el término de 3 años, computados desde la fecha de acaecimiento del riesgo. Si el servidor continuare trabajando para el mismo empleador, el término de prescripción se contará a partir de la fecha de cese en el trabajo”.

18 Debemos dejar en claro que cuando abogamos por la existencia de un plazo de prescripción nos referimos a aquellas pensiones que se han devengado mas no a aquellas que aún no son exigibles. Naturalmente, es menester distinguir entre la prescripción del derecho a percibir las pensiones devengadas y la del derecho a solicitar una pensión. Nosotros nos referimos únicamente al primer supuesto.

4. Las entidades competentes para acreditar la enfermedad profesional y las nuevas exigencias probatorias

4.1. Anteriores pronunciamientos del TC

Con anterioridad a la expedición de las sentencias bajo comentario, el TC ha emitido diversos pronunciamientos relacionados a la acreditación de una enfermedad profesional dentro de un proceso de amparo, para la obtención de las pensiones previstas en el Decreto Ley 18846 o en la Ley 26790.

Dichas sentencias, lejos de seguir una misma línea de argumentación, han ido variando sus fundamentos en atención a las circunstancias de cada caso. De este modo, podemos identificar los siguientes criterios:

- a) Consideración del artículo 26 del Decreto Ley 19990¹⁹ (norma referida a la solicitud de una pensión de invalidez bajo el Sistema Nacional de Pensiones) como una regla general aplicable a las pensiones de invalidez²⁰.
- b) La necesidad de verificar el estado de salud del demandante debido a la falta de implementación del órgano competente (la Comisión Técnica contemplada en el artículo 30 del Decreto Supremo 003-98-SA)²¹ para efectuar las evaluaciones médicas correspondientes.
- c) La acreditación de la enfermedad profesional a través de certificados ocupacionales o dictámenes médicos expedidos por entidades públicas no colegiadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 191 y siguientes del Código Procesal Civil²².
- d) La plena eficacia probatoria de los dictámenes emitidos por la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades de EsSalud cuando éstos constituyen el único documento aportado en el proceso²³.
- e) La verificación posterior de la veracidad de los certificados médicos presentados por el demandante (incluso emitidos por entidades colegiadas)²⁴ mediante su historia clínica.

4.2. Fundamentos del precedente

El TC ha establecido que “(. .) en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una

19 Artículo 26: “El asegurado del Sistema Nacional de Pensiones que solicite pensión de invalidez presentará junto con su Solicitud de pensión, un Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social [hoy EsSalud], establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud constituidas según Ley N° 26790, de acuerdo al contenido que la Oficina de Normalización Previsional apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada para tal efecto en cada una de dichas entidades.
(...)”

Si efectuada 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”.

20 SSTC 01459-2002-AA/TC, 02540-2002-AA/TC y 00646-2003-AA/TC.

21 STC 0268-2000-AA/TC.

22 SSTC 0516-2002-AA/TC, 2215-2002-AA/TC, 0082-2003-AA/TC y 1008-2004-AA/TC.

23 STC 3205-2004-AA/TC.

24 SSTC 01345-2005-PA/TC, 1749-2005-PA/TC y 1778-2005-PA/TC.

pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 1884 o la Ley N° 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 Decreto Ley N° 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”²⁵.

Mediante éste precedente se establecen dos nuevos criterios aplicables a los procesos de amparo para el otorgamiento de pensiones contempladas en el SATEP o el SCTR: (i) que la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada mediante un examen o dictamen médico emitido por un órgano colegiado (Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades); y (ii) que las entidades competentes para efectuar éstas evaluaciones son el Ministerio de Salud, EsSalud o una EPS.

La decisión del TC constituye una respuesta a los problemas que se han identificado debido a la falta de implementación del organismo competente para efectuar las evaluaciones de las enfermedades profesionales. Asimismo, se busca otorgar una mayor garantía a la Administración de Justicia acerca de la veracidad de los certificados médicos presentados en los procesos de amparo.

4.3. *Nuestras observaciones*

Existen ciertos aspectos desarrollados o, por el contrario, omitidos en las sentencias analizadas que creemos son necesarios resaltar. En ese sentido, asuntos como: (i) la limitación al derecho fundamental a probar; y (ii) las incongruencias entre el precedente y sus fundamentos; merecen un comentario.

a) La limitación del derecho fundamental a probar

En esta parte, es importante efectuar un análisis acerca de la justificación jurídica que sustentaría el precedente establecido por el TC. Por ello, es válido preguntarnos acerca de la constitucionalidad de establecer que el único medio probatorio válido para demostrar el padecimiento de una enfermedad profesional sean los exámenes o dictámenes médicos emitidos por las Comisiones Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS. También resulta pertinente evaluar si dicha medida constituye una limitación razonable al derecho fundamental a probar.

Cabe señalar que las interrogantes antes planteadas no encuentran respuesta en las sentencias objeto del presente artículo. El TC ha omitido pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la medida adoptada y su implicancia frente a otros derechos fundamentales. Tampoco se ha efectuado un análisis de su proporcionalidad, a fin de determinar si resulta una limitación razonable al derecho fundamental a probar ni se han mencionado los valores o principios constitucionalmente protegidos que la justificarían.

25 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 21 y 10087-2005-AA, F. J. 22.

Si bien es cierto se reconocen ciertos límites al derecho a probar, también es verdad que éstos no pueden ser irrazonables y deben estar debidamente sustentados (circunstancia que no se verifica en las sentencias); mas aun cuando nos encontramos ante un derecho fundamental. Al respecto, el TC ha manifestado que “(. . .) el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución”²⁶.

Por otro lado, la imposición de un medio de prueba único para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional es más cercano a un sistema de prueba tasada o de tarifa legal que a uno de libre valoración razonada. Esta aclaración es relevante si tomamos en consideración que según el TC “(. . .) en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado”²⁷.

La pregunta que subyace a nuestros comentarios es si el TC está facultado para determinar, mediante su jurisprudencia, el único medio probatorio válido para acreditar una enfermedad profesional en los procesos de amparo sobre pago de la pensión contemplada en el SATEP o el SCTR. La respuesta variará dependiendo de los bienes constitucionalmente protegidos que se desean tutelar y la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

En nuestra opinión, es posible establecer una limitación de este tipo al derecho a probar atendiendo a: i) la necesidad de que exista una mayor garantía en la acreditación del derecho vulnerado en los procesos de amparo (teniendo en cuenta la cantidad de procesos iniciados en base a certificados médicos falsos); y ii) la exigencia de una mayor rigurosidad probatoria para salvaguardar los fondos que constituyen el financiamiento de la seguridad social.

b) Incongruencias entre el precedente y sus fundamentos

En el fundamento 96 del caso Padilla Mango (sentencia que sustenta los precedentes de observancia obligatoria analizados) se menciona que “La forma en que opera el reconocimiento de las pensiones de invalidez en el Sistema Nacional de Pensiones es aplicable, mutatis mutandi, a las pensiones de invalidez por enfermedad profesional del Decreto Ley 18856”.

De lo anterior podemos extraer dos conclusiones: i) la modificación del criterio adoptado por el TC sobre la existencia de una regla general aplicable a las pensiones de invalidez²⁸; y ii) la aplicación por analogía de lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Ley 19990 para la solicitud de una pensión conforme al SATEP o el SCTR.

De este modo, el TC habría resuelto el vacío acerca de quién es la entidad competente para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional, aplicando por analogía las reglas contenidas en el artículo 26 del Decreto Ley 19990. En consecuencia, dicha disposición determinarí­a que la acreditación de una enfermedad profesional se efectúa ante las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS.

26 STC 4831-2005-PHC/TC.

27 STC 1934-2003-HC/TC.

28 Al respecto, ver el apartado 4.1.

Ahora bien, si ello fuese así no tendría sentido que el precedente se circunscriba únicamente a los procesos de amparo (como expresa el TC), sino que también debería tener efectos ante procesos contenciosos administrativos e incluso frente a la ONP y las compañías de seguros. Efectivamente, no encontramos justificación alguna para que la determinación de la entidad competente mediante el uso de la analogía se restrinja a la jurisdicción constitucional.

Por ese motivo, en nuestra opinión, la jurisprudencia vinculante del TC no se refiere a la determinación de la entidad competente sino al valor probatorio de los exámenes médicos presentados, esto es, la fijación de un solo medio probatorio válido para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional en un proceso de amparo.

Esta distinción no es ociosa, puesto que si consideramos que el TC ha hecho un ejercicio de integración jurídica en los términos expuestos en el tercer y cuarto párrafo, deberíamos concluir que las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS tienen competencia exclusiva para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional para efectos del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790 ante cualquier instancia.

5. La presunción del nexo causal ante enfermedades profesionales: tratamiento diferenciado para la hipoacusia

5.1 Fundamentos del precedente

De acuerdo al TC "(.) 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 Decreto Supremo 009-97-SA (.) 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"²⁹.

La diferencia de trato entre uno y otro caso, radica en que para el órgano de control de la Constitución la silicosis, la antracosis y la asbestosis padecida por un trabajador que desempeña actividades de riesgo (minería), califican como enfermedades profesionales; mientras que la hipoacusia puede ser una enfermedad común o profesional.

5.2 Nuestras observaciones

En nuestra opinión, la decisión adoptada por el TC no es adecuada puesto que no encontramos mayor justificación para incluir a todos los trabajadores que desempeñan las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA dentro de los alcances de la presunción. En efecto, resulta ciertamente discutible que el padecimiento de silicosis por parte de pilotos o estibadores califique como una enfermedad profesional.

29 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 23 y 10087-2005-AA, F. J. 24.

El problema de esta presunción, consiste en que la decisión del TC ha sido adoptada teniendo en consideración un sector de la actividad económica, esto es, el minero, sin considerar que el aludido anexo 5 contempla un número amplio de labores que califican como trabajo de riesgo.

Por otro lado, creemos que no era necesario implementar una presunción de este tipo, puesto que es posible demostrar que la enfermedad padecida es producto de la actividad laboral desempeñada por el trabajador, a través de la doctrina de la causa adecuada³⁰. Sin ir muy lejos, en el caso de los trabajadores mineros, su actividad laboral es causa adecuada de enfermedades respiratorias como la silicosis, al estar permanentemente expuestos a polvo de sílice u otras sustancias tóxicas. Bastará entonces con acreditar que las labores que se desempeñan potencialmente pueden causar la enfermedad alegada. Como vemos, la exigencia probatoria no es muy rígida, motivo por el cual no se justificaría este precedente.

6. La inversión de la carga de la prueba: la presunción de la fecha en la cual se originó la discapacidad

6.1 Fundamentos del precedente

El TC ha señalado que "(...)" en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados³¹ 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 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 emplazada³².

El precedente se sustenta en los artículos 165 y 166 del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera³³, norma que establece que todos los trabajadores dependientes del titular de la actividad minera se someterán, por cuenta del mismo, a los exámenes médicos ocupacionales de control anual y de retiro.

30 De acuerdo a la teoría de la causa adecuada un hecho o circunstancia es causante del daño cuando, haciendo una evaluación en retrospectiva, éste es objetivamente apto para provocarlo.

31 Cuando el TC hace referencia a los emplazados se refiere a la parte demandada en los procesos de amparo sobre pago de una pensión de invalidez conforme al SATEP o el SCTR. En ese sentido, los emplazados son la ONP o una compañía privada de seguros.

32 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 27 y 10087-2005-AA, F. J. 28.

33 Artículo 164 del Decreto Supremo 046-2001-EM: "Los titulares de la actividad minera garantizarán a sus trabajadores y dependientes registrados que residan en el campamento minero, una adecuada atención odontológica y oftalmológica.

Artículo 165 del Decreto Supremo 046-2001-EM: "Todos los trabajadores dependientes del titular de la actividad minera se someterán, por cuenta del mismo, a los exámenes médicos preocupacionales, de control anual y de retiro. El titular de la actividad minera podrá fijar las fechas de los exámenes médicos anuales, así como otros exámenes por motivos justificados de acuerdo a las necesidades de producción. Los trabajadores expuestos a riesgos ocupacionales específicos se someterán también a los exámenes pertinentes".

6.2 Nuestras observaciones

Las principales críticas que podemos efectuar están relacionadas a: i) la fundamentación jurídica que sustenta que se imponga a los emplazados (la ONP y las compañías de seguros) la carga de presentar exámenes de control anual y de retiro en los procesos de amparo; ii) la idoneidad de la medida; y iii) el valor probatorio de los exámenes médicos practicados a los trabajadores.

a) La carga de los demandados de presentar exámenes médicos en los procesos de amparo

Una primera observación que podemos identificar es que el TC sustenta jurídicamente su decisión en una norma sectorial, esto es, el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera. Así, resulta ciertamente discutible que en base a una norma que regula un específico sector de la economía (el minero), se genere hacia los demás (manufactura, pesca, etc) la carga de presentar (e incluso efectuar) evaluaciones médicas anuales y al cese.

Al igual que en el apartado anterior, el error del TC consiste en fundamentar su precedente pensando en una controversia específica –la solicitud de pensiones de invalidez por parte de trabajadores mineros afectados por enfermedades profesionales– pero resolviendo con amplios efectos para todos los procesos de amparo que vinculen a asegurados obligatorios al SCTR.

Creemos que el órgano de control de la Constitución debió efectuar una exhaustiva evaluación de las normas sobre seguridad y salud ocupacional, para que, a partir de su análisis (ausente en las tres sentencias), evalúe si es posible crear una carga de presentar exámenes médicos contra la ONP y las compañías de seguros. Así, no entendemos porque no se hizo mención alguna al Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, disposición de carácter general en esta materia; máxime si el mismo impone al empleador la obligación de realizar exámenes médicos a su personal³⁴.

b) Idoneidad de la medida

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, creemos que el precedente creado por el TC constituye una medida excesiva en perjuicio de la ONP y las compañías de seguros. No negamos que resulta encomiable establecer mecanismos para evitar decisiones arbitrarias por parte de éstas últimas instituciones en el otorgamiento de pensiones de invalidez, pero consideramos que el medio empleado no es el adecuado.

Vale la pena resaltar que las sentencias comentadas no evalúan la idoneidad de la medida ni exhiben mayores fundamentos jurídicos a los expuestos en el apartado 5.1.

La falta de idoneidad de este precedente se sustenta en lo siguiente:

- Nuestra legislación, en materia de seguridad y salud ocupacional, obliga a los empleadores ha efectuar evaluaciones médicas a su personal. El incumplimiento de ello no puede acarrear un perjuicio sobre un tercero (la ONP o las compañías de seguros) y, menos aún, obligarlos

34 Artículo 39 del Decreto Supremo 009-2005-TR: "El empleador, entre otras, tiene las obligaciones de: (.) . practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores, acordes con los riesgos a que están expuestos en sus labores".

—para evitar las consecuencias negativas de la carga— a que éstos realicen exámenes médicos a sus asegurados por cuenta propia³⁵.

- El costo de fiscalización y control de los empleadores que tengan trabajadores asegurados al SCTR, a fin que éstos cumplan con realizar exámenes médicos a su personal, es muy elevado en comparación con los beneficios buscados por el precedente (evitar la arbitrariedad)³⁶. A ello se debe sumar los costos relativos a las evaluaciones médicas que la ONP o las compañías de seguros deberán efectuar por su propia cuenta ante el incumplimiento del empleador.

- El trabajador se encuentra en mejor posición que la ONP o las compañías de seguros para presentar, junto con su solicitud de una pensión, las evaluaciones médicas practicadas por su empleador durante su vínculo laboral o al momento de su extinción. Se debe tener en cuenta que la propia ley establece como derecho de los trabajadores el ser informados acerca de los resultados de las evaluaciones médicas que efectúe su empleador³⁷.

a) Valor probatorio de las evaluaciones médicas

Un aspecto que no se desprende del precedente pero sí de sus fundamentos³⁸, es la exigencia de que el examen médico de retiro deba ser tomado por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS. De este modo, el TC impone un nuevo requerimiento no previsto en la ley a las empresas que desarrollan actividades de riesgo (puesto que éstas, como empleadoras, son las obligadas a efectuar dichas evaluaciones) o, en su detrimento, a la ONP o a las compañías de seguros.

Lamentablemente, y como ha ocurrido en varios pasajes de las sentencias analizadas, el TC omite evaluar si se encuentra facultado para imponer dicha exigencia. No obstante ello, creemos que esta decisión es la consecuencia de haber establecido que los únicos medios probatorios válidos para acreditar una enfermedad profesional en un proceso de amparo son los exámenes o dictámenes médicos emitidos por las entidades mencionadas en el párrafo precedente³⁹.

35 Bajo el esquema del TC, si un empleador no realiza los exámenes médicos previstos en nuestra legislación, la ONP o las compañías de seguros deberán efectuar dichas pruebas para evitar la consecuencia negativa de la presunción, esto es, que se asuma que la incapacidad del asegurado se generó desde la fecha de extinción de su contrato de trabajo.

36 Adviértase que el encargado del control y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones en materia de seguridad y salud ocupacional es el propio Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y no la ONP ni las compañías de seguros.

37 Artículo 68 del Decreto Supremo 009-2005-TR: “Los trabajadores tienen derecho a ser informados: (...)

b. A título personal, sobre los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud”.

38 STC 10063-2006-PA. F. J. 141..

39 Claro está, si los exámenes médicos emitidos por instituciones públicas no colegiadas o por privados carecen de eficacia probatoria en un proceso de amparo, el TC concluye que se debe exigir a los empleadores (o a la ONP o a las compañías de seguros en caso éstos no cumplan con ello) que evalúen a su personal a través de las únicas entidades competentes para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional en este tipo de procesos.

En nuestra opinión, esta decisión excede las facultades del TC debido a que el establecimiento del tipo de evaluación que deberán realizar las empresas que desarrollen las actividades de riesgo mencionadas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA debe ser determinado por ley. Por ese motivo, mal podría sancionarse a un empleador por incumplimiento de las normas sobre seguridad y salud ocupacional si, por ejemplo, realiza exámenes médicos a su personal ante entidades públicas no colegiadas.

Este hecho nos lleva a una situación particular. Podría darse el caso en que un empleador, cumpliendo con las normas de seguridad y salud ocupacional, realice evaluaciones médicas a sus trabajadores ante entidades públicas no colegiadas. Ante ello, la ONP o las compañías de seguros, sabiendo que no pueden utilizar dichas evaluaciones en un proceso de amparo (al carecer de eficacia probatoria), deberán exigir al empleador o, en todo caso, realizar directamente una nueva evaluación ante las entidades determinadas por el TC. Lo que nos podría llevar al absurdo de que el trabajador sea evaluado, por un lado, por su empleador y, por otro, por la ONP o la compañía de seguros, según corresponda.

Creemos que una solución más coherente al problema descrito hubiese sido que los exámenes médicos efectuados por el empleador según los procedimientos establecidos en la ley constituyan un medio probatorio válido para acreditar la fecha desde la cual el trabajador padece de la enfermedad profesional que alega (a efectos del cobro de las pensiones devengadas), siempre que su resultado no contradiga el diagnóstico establecido por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS.

7. Responsabilidad del Estado frente al SCTR: cobertura supletoria de la ONP

7.1. Fundamentos del precedente

De conformidad con el TC "(.) la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88 del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones"⁴⁰.

En opinión de esta entidad existe un vacío en lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 88 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud⁴¹, puesto

40 SSTC 06612-2005-AA, F. J. 26 y 10087-2005-AA, F. J. 27.

41 Artículo 88 del Decreto Supremo 009-97-SA: "Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que esta obligado o que contrate coberturas insuficientes será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados.

La cobertura supletoria de la ONP a que se refiere el párrafo anterior sólo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, siempre y cuando la entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro señalado en el Artículo 87 y dichas prestaciones se deriven de siniestros ocurridos dentro del período de cobertura supletoria de la ONP. En estos casos las prestaciones que se otor-

que la cobertura supletoria de la ONP no cubre los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente.

Este precedente se sustenta en lo siguiente: (i) la limitación a la cobertura supletoria de la ONP establecida en el segundo párrafo del artículo 87 del Decreto Supremo 009-97-SA no se condice con la protección amplia de los riesgos profesionales señalada en el primer párrafo de la misma disposición legal; (ii) es un deber del Estado hacer eficaz el derecho fundamental a la seguridad social, situación que no se cumple con la mera exigencia de la inscripción del empleador ante el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo; y (iii) no se puede negar el acceso de la cobertura supletoria de la ONP por situaciones imputables a la entidad empleadora.

7.2. Nuestras observaciones

Si bien es cierto la decisión del TC de ampliar la cobertura supletoria de la ONP a supuestos no previstos en la ley guarda relación con el carácter progresivo del derecho fundamental a la seguridad social, ampliamente desarrollado por el órgano de control de la Constitución⁴², creemos que los fundamentos empleados para dar sustento al precedente analizado así como el medio utilizado para implementar esta nueva regla son inadecuados.

Basamos nuestras conclusiones en lo siguiente:

- a) No nos encontramos ante un vacío legal, esto es, la ausencia de regulación respecto de una situación determinada, sino ante un supuesto en el cual la opción legislativa adoptada ha sido el otorgamiento de una cobertura supletoria de la ONP, limitándola a los riesgos por fallecimiento y por invalidez total y permanente. El TC no analiza el fundamento de esta restricción, típicamente presupuestaria.
- b) Teniendo en cuenta que el otorgamiento de pensiones por parte de la ONP tiene como correlato un financiamiento público, dicha limitación pudo responder a la real capacidad económica de ésta institución, para garantizar, al menos, un amplio aseguramiento de los riesgos profesionales más graves (aquellos que causen el fallecimiento del trabajador o una invalidez total y permanente). De este modo, ampliar la cobertura debería responder a un estudio técnico que evalúe su viabilidad, más aun si el propio TC reconoce que toda política social necesita una ejecución presupuestal. Al ser imposible satisfacer éstas exigencias mediante un proceso de amparo lo correcto hubiese sido que se exhorte al Congreso o al Ejecutivo (Ministerio de Salud) a fin de que se evalúe la posibilidad de expedir una norma sobre el particular, antes de dar una solución.
- c) Si la opinión del TC es que la cobertura supletoria de los riesgos profesionales a cargo de la ONP debe ser amplia (en los términos expuestos por el primer párrafo del artículo 88 del

guen serán establecidas por la ONP teniendo como referencia el nivel máximo de pensión del Sistema Nacional de Pensiones. La responsabilidad de la Entidad Empleadora por los costos de las prestaciones cubiertas por la ONP es por el valor actualizado de las mismas. (. .)."

42 SSTC 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC.

Decreto Supremo 009-97-SA) ésta no se debería limitar a las contingencias por fallecimiento, invalidez total y permanente, invalidez temporal e invalidez parcial permanente de los trabajadores de empresas inscritas en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo; sino que también debería incluir a trabajadores de empresas que realizan actividades de riesgo que no han cumplido con inscribirse en el registro mencionado. Máxime si el propio TC argumenta que no se puede negar el acceso de la cobertura supletoria de la ONP por situaciones imputables a la entidad empleadora.

III. CONCLUSIONES

Como hemos puesto sobre relieve, si bien las decisiones del TC tienen una gran cantidad de buenas intenciones, no gozan de la misma cantidad de precisión o claridad. El solo hecho de que hayan expedido tres sentencias consecutivas acerca del mismo tema es bastante representativo del punto.

Por otro lado, ya hemos expresado en extenso nuestras discrepancias respecto a varios de los puntos resueltos por el TC. Las inexactitudes y errores en los que incurren, probablemente, como ha ocurrido con sus anteriores “doctrinas” acerca de estos temas, lleve a que las mismas sean variadas en el futuro, nuevamente.

Tampoco es muy auspicioso el hecho de que, en la resolución de los propios casos que son excusa para la elaboración de los precedentes, no se sigan los criterios establecidos en los mismos. En efecto, aunque resulte increíble de creer, en los expedientes objeto del presente artículo los trabajadores asegurados presentaron pruebas distintas exigidas por el TC y, sin embargo, éste declaró fundadas las demandas. Salvo que el Tribunal haya intentado implícitamente una forma de *prospective overruling*, no encontramos ningún sustento posible de semejante actuación.

Adicionalmente, de la propia lectura del caso Padilla, se desprende que el TC ha cambiado de criterio acerca de los temas que aborda en los expedientes en diversas oportunidades. Los fundamentos de cada una de sus decisiones ha sido distinta, y este órgano no ha presentado el menor pudor (ni justificación), a la hora de contradecirse abiertamente. La moraleja es que el TC necesita ser más reflexivo en la expedición de precedentes, de otro modo, estos no tenderán a durar, lo que en sí mismo resulta contradictorio con la propia idea que está en el trasfondo de su expedición: lograr una mayor certeza y uniformidad en la resolución de los casos.