

¡SEÑOR JUEZ, REBÁJEME LA PENSIÓN! (O EL VIEJO PROBLEMA DE IR POR LANA Y SALIR TRASQUILADO)

Jaime David Abanto Torres^{*∞}

RESUMEN

El presente trabajo se refiere a los casos en que los pensionistas interponen demandas inoficiosas que les producen resultados desfavorables, como los casos de pensión mínima y de pensión máxima, debido a la intervención de malos tramitadores, abogados y medios de comunicación que les crean falsas expectativas, generando innecesaria sobrecarga procesal. Se resalta la falta de claridad de algunos fallos del TC y el aporte de los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima para la formación de la jurisprudencia y los precedentes vinculantes del TC, así como la necesidad de su revisión.

INTRODUCCIÓN

Cuando un justiciable interpone su demanda, lo hace para obtener el reconocimiento de un derecho y en términos prácticos mejorar su situación actual. Normalmente el justiciable no sabe, no conoce, ni entiende, ni le interesa saber lo que dicen las leyes. Simplemente tiene en claro que existe una situación de injusticia social y por ello plantea una reivindicación.

Es evidente que nadie en su sano juicio se embarcaría, *ex profeso* o a sabiendas, por el sendero tortuoso de un proceso para empeorar su condición.

Los pensionistas son un número muy significativo de justiciables. Y también presa fácil de quienes quieren obtener réditos políticos. Existe toda una red medios de comunicación escrita, abogados y tramitadores que ofrecen el oro y el moro al pensionista y potencial justiciable.

Varias sentencias del Tribunal Constitucional (TC) en materia previsional tuvieron un enorme efecto multiplicador. Algunas, con muy deficiente

* Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

∞ A Laura Isabel Márquez Rivera, Gloria Cecilia Yauri Lozano, Luis Eloy Barcés Echenique, Ocnor Córdova López y Guillermina Tello Díaz, por su incondicional apoyo en las horas más difíciles de mi carrera judicial, con gratitud.

motivación. Podría pensarse que el presente es un tema baladí, teniendo en cuenta que en el Caso Anicama¹, el TC estableció un precedente vinculante, según el cual muchas de esas pretensiones ya no serán conocidas por la justicia constitucional sino por la ordinaria.

Sin embargo, el problema subsiste, pues en la Corte Superior de Justicia de Lima se ha trasladado parte del problema social del Juzgado Civil al Juzgado Contencioso Administrativo. Pero en otras Cortes donde no existen dichos juzgados especializados, los Jueces Civiles o Mixtos han tenido que adecuar el trámite del amparo al del contencioso-administrativo. Pero en Lima los Jueces Civiles continúan conociendo los amparos relativos a la Ley 23908.

Por un lado, la ONP, siguiendo el mal ejemplo de otros poderes del Estado, hace caso omiso a las decisiones reiteradas del TC y en lugar de adecuar sus actos administrativos a los cánones del intérprete supremo de la Constitución, obliga a cada pensionista a iniciar un proceso judicial, agotando todas las instancias posibles para finalmente resistir sistemáticamente la ejecución de la sentencia.

Pero también, del otro lado, tenemos abogados y tramitadores inescrupulosos que engañan a los pensionistas ofreciéndoles un resultado positivo, que a la postre, no se obtendrá, congestionando innecesariamente los juzgados al borde del colapso. Dichos malos operadores crean falsas expectativas a sus eventuales clientes, pues muchos de ellos apenas autorizan la demanda en un formato preestablecido que contiene una farragosa reseña de sentencias del TC, pero que dicen muy poco o no dicen absolutamente nada sobre los hechos del caso.

Durante la vigencia de la Ley 23506, muchos jueces fuimos sumamente flexibles en la admisión de la demanda, en aplicación del principio de suplencia de la queja². Cuando declarábamos improcedente una demanda, el pensionista volvía a presentarla en otro Juzgado, pues en materia de acciones de garantía no existía cosa juzgada cuando la resolución era desfavorable al demandante.

¹ Sentencia de fecha 8 de julio de 2005, recaída en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC, en los seguidos por Manuel Anicama Hernández. En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>.

² Ley 23506, Artículo 7.- El Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad. Igualmente dará preferencia en la tramitación a las acciones de garantía.
En la sentencia de fecha 19 de julio de 2006, recaída en el Exp. N° 4938-2006-PA/TC, en los seguidos por César Abel Paz Soldán Salazar, el TC considera que la regla de suplencia de la queja, es un componente del principio *iura novit curia*, reconocido en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04938-2006-AA.html>.

En otros casos, el pensionista apelaba y mucho tiempo después la Sala Civil Superior anulaba el auto de improcedencia y disponía que se admitiera a trámite la demanda, pues se decía que la declaración de improcedencia de la demanda constituía una violación a la tutela procesal efectiva. Sin embargo, bajo esa línea de pensamiento, llegaríamos al absurdo de sostener que el artículo 427 del CPC que regula los supuestos de improcedencia de la demanda sería inconstitucional, pues vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Todos sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos y tienen límites o restricciones, como ha reconocido el propio TC.

Pues bien, el pensionista convertido en litigante, pasa casi todo el día en los corredores de los Juzgados, concurriendo a visitar a los jueces para indagar sobre el estado de sus procesos, ya que o no tenían abogado o si lo tenían éstos no sabían el estado o el resultado del proceso, o si sabían que les era adverso, no se lo hacían saber.

Debemos confesar que cuando asumimos la Judicatura en la Especialidad Civil, en mayo de 2002, sabiendo que todo juez es un juez constitucional, no teníamos idea de que haríamos las veces del Juez Previsional y del Juez Contencioso-Administrativo.

Fue sorprendente la gran cantidad de procesos de amparo previsionales en trámite y pendientes de resolver, que casi equiparaban en número a las causas civiles.

Sin duda existen varios temas polémicos en materia previsional, pero vamos a referirnos únicamente a los casos de la pensión mínima y la pensión máxima en el régimen del D.L. 19990, en su versión original y modificado por el D.L. 25967, por ser casos paradigmáticos.

I.- La pensión máxima

En el régimen del D.L. 19990 existe una pensión máxima que es el equivalente al 80% de 10 remuneraciones mínimas vitales, conforme a los artículos 78 del D.L. 19990 y 4 del D.S. N° 077-84-PCM³.

³ Un recuento de la evolución de la pensión máxima en el Sistema Nacional de Pensiones lo tenemos en la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. N° 1294-2004-AA/TC en los seguidos por Andrés Justiniano Llamogtanta Chávez. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01294-2004-AA.html>.

Una síntesis de las modalidades de jubilación en el texto original del Decreto Ley 19990, con las modificaciones del D.L. 25967 y en la Ley 26504 la tenemos en la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. N° 3444-2003-AA/TC

Con la dación del D.L. 25967 se dejó de lado el sistema de referencia a una unidad remunerativa y se estableció una pensión máxima en suma fija, la misma que fue reajustada por diversos dispositivos:

Así el artículo 3 del D.L. 25967 dispuso que “la pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social, por cualquiera de los regímenes pensionarios que administra, no podrá ser mayor S/. 600.00. Esta pensión máxima mensual podrá ser modificada por decreto supremo, con voto aprobatorio del Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social”.

Por D.S. N° 106-97-EF se incrementó la pensión máxima mensual en un dieciséis por ciento, esto es, a la suma de S/. 696.00. Por D.S. N° 056-99 se incrementó la pensión máxima a la suma de S/. 807.36. Por Decreto de Urgencia N° 105-2001 se fijó la pensión máxima en S/. 857.30.

Un día conocimos el caso de un pensionista al que la ONP había otorgado la pensión máxima del D.L. 25967, cuando en realidad le correspondía la del D.L. 19990.

En la mayoría de los casos la aplicación retroactiva del D.L. 25967 había perjudicado a los pensionistas, que con el régimen original del D.L. 19990 tenían derecho a una pensión máxima equivalente al 80% de 10 RMV que era una suma mayor a los S/. 600.00 que en suma fija estableció como pensión máxima el D.L. 25967.

Pues bien, un abogado diligente debe analizar el caso y ver si la estimación de la demanda será favorable al pensionista y si su situación mejorará o no. De no ser así, debe dejar las cosas como están y no recomendar la interposición de la demanda.

Pues bien, en algunos casos que se produjeron durante la vigencia del D.L. 19990, el 80% de 10 RMV equivalía a S/. 576.00, teniendo en cuenta que la Remuneración Mínima Vital (RMV) ascendía a S/. 72.00 según el D.S. N° 003-92-TR, pero aunque los lectores no lo crean, la ONP se había equivocado a favor del pensionista y les había otorgado indebidamente la pensión de S/. 600.00.

Pues bien, estos mismos demandantes, movidos por la ilusión de una mejor pensión, encandilados por los cantos de sirena de abogados y tramitadores ignorantes, indolentes o inescrupulosos, presentaban su demanda de amparo solicitando la inaplicación del Decreto Ley 25967, que se les expidiera nueva

resolución de jubilación bajo los alcances del D.L. 19990, que se les pagara los devengados y los intereses legales.

Como fundamento de la demanda se invocaba una y otra vez la *magistral jurisprudencia del TC*⁴.

A veces la ONP contestaba la demanda y, si la sentencia era estimatoria, apelaba y, al subir en grado, la Sala confirmaba la sentencia apelada. De ese modo, jueces y vocales, todos a una, dictaban resoluciones estandarizadas que no analizaban los pormenores del caso concreto.

El triste resultado final era que cuando se devolvía los autos a primera instancia, la ONP cédere y espontáneamente cumplía la sentencia y presentaba un informe señalando que con la aplicación del Decreto Ley 19990 la pensión inicial era menor a la original y que, en lugar de una liquidación de devengados a favor del pensionista, éste tendría una deuda considerable por pensiones percibidas indebidamente.

Advertido el peligro, quijotesicamente, el suscrito declaró infundadas dichas demandas, atendiendo a que la norma sobre pensión máxima no había sido declarada inconstitucional, que ésta siempre existió en el D.L. 19990 y desde la entrada en vigor del D.L. 25967, pasó a ser una suma fija.

Algunas de nuestras decisiones fueron confirmadas. Pero las más de las veces, las Salas Civiles Superiores, usando el formato estandarizado revocaron nuestro fallo, sin caer en cuenta ni por asomo de que el problema se venía en la ejecución de sentencia, estimatoria y a la vez peyorativa para el vencedor.

Pero todo lo dicho hasta aquí se hace más patente en el caso de la pensión mínima.

II.- La pensión mínima de S/. 1,380.00⁵

⁴ Ver la sentencia de fecha 23 de abril de 1997, recaída en el Exp. N° 007-96-I/TC (Acumulado) en los seguidos por Bernardo Fernández Gil y otros. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00007-1996-AI%2000017-1996-AI.html>.

⁵ “Si bien las pautas para determinar quienes pueden acceder a los beneficios de la Ley 23908 se encuentran previstas en esta norma y han sido precisadas por el Tribunal Constitucional, la gran cantidad de procesos judiciales iniciados sobre el particular indican que mucho más personas de las que les corresponde el derecho están acudiendo a los juzgados contencioso-administrativos, presentando sus demandas. Las razones están en tres frentes; interpretación jurídica, conducta de abogados y campañas de información de ciertos medios de comunicación”. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia. Informe Defensorial N° 121. Lima, Servicios Gráficos JMD., 2007, p. 38.

El 7 de setiembre de 1984 se publicó la Ley 23908, cuyo artículo 1 fija en una cantidad igual a tres sueldos mínimos vitales (**SMV**) establecidos para la actividad industrial en la Provincia de Lima, el monto mínimo de las pensiones de invalidez y jubilación a cargo del SNP. Por su parte, el artículo 4 de la ley acotada dispone el reajuste de las pensiones con periodicidad trimestral, teniéndose en cuenta las variaciones en el costo de vida que registra el índice de precios al consumidor correspondiente a la zona urbana de Lima.

2.1.- Los alcances de la pensión mínima

Con relación a los alcances de la pensión mínima establecida por el artículo 1 de la Ley 23908, el TC dicta la sentencia del caso de la Asociación Nacional de Obreros Municipales⁶. Según el TC, tienen derecho a la pensión mínima quienes hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de haber entrado en vigencia el Decreto Legislativo 817, publicado el veintitrés de abril de mil novecientos noventa y seis.

Sin expresar motivación alguna dicho criterio fue variado por el propio TC en la sentencia del caso Castillo Sotomayor⁷. Según el nuevo criterio, *“los pensionistas que hayan alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 25967 que modifica el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, esto es, antes del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, tienen derecho al reajuste contemplado en la Ley 23908”*.

En efecto, en poco más de un año, el TC varió su criterio de manera repentina y sin dar ninguna explicación a los operadores jurídicos. Los pensionistas reclamaban la aplicación de la sentencia del Caso de la Asociación Nacional de Obreros Municipales, por ser la más favorable. La ONP, reclamaba la aplicación de la sentencia del Caso Castillo Sotomayor.

El TC nunca tuvo idea de la cantidad de demandas que se presentaron entre la publicación de la primera y la segunda sentencias.

Años más tarde, en los días que se realizaba un Pleno Jurisdiccional Civil en la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se discutía las implicancias de la

⁶ Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2002, publicada el 20 de enero de 2003, recaída en el Exp. N° 0703-2002-AC-TC en los seguidos por la Asociación Nacional de Obreros Municipales. En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00703-2002-AC.html>.

⁷ Sentencia de fecha de fecha 1° de diciembre de 2003, recaída en el Exp. N° 1816-2002-AA/TC en los seguidos por Rómulo Castillo Sotomayor, publicada el once de marzo de dos mil cuatro. En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01816-2002-AA.html>.

Ley 23908, el TC dicta la sentencia del Caso Briones Vigo⁸, precisando que el D.L. 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos exigidos por el D.L. 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituyó el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia, inaplicable la Ley N° 23908.

El TC señala que la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia entre el 8 de setiembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1992, con las limitaciones que indicó su artículo 3 y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el D.L. 25967.

En consecuencia, la pretensión de aplicar la Ley 23908 a pensiones devengadas con posterioridad a diciembre de 1992 no se encuentra arreglada a lo resuelto por el TC, que ha sido claro al precisar el período de vigencia de dicha norma. Con lo cual la ansiada pensión mínima de S/. 1,380.00 Nuevos Soles nunca se iba a otorgar.

Pero aquí se advierte un grueso error del TC.

Si leemos el texto del artículo 1 de la Ley 23908, llegaremos a la conclusión de que dicha norma era de aplicación inmediata a todos y cada uno de los pensionistas existentes al momento de su entrada en vigencia. La intención del legislador fue incrementar las pensiones irrisorias de los pensionistas existentes. No solo la de aquellos cuyas contingencias se produjeran al momento de su entrada en vigencia.

Felizmente, el error fue enmendado en el precedente vinculante del Caso Jacinto Gabriel Angulo⁹, que fue materia de una resolución de *subsanción*¹⁰, para desconcierto de los operadores jurídicos. Muchas causas fueron resueltas con el error contenido en el texto original del fundamento 17 de la sentencia, en estricta aplicación del precedente vinculante.

Ojalá los magistrados del TC tengan la hidalguía de reconocer que se equivocaron.

2.2.- El concepto legal sustitutorio del sueldo mínimo vital (SMV)

⁸ Sentencia de fecha 3 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. N° 0198-2003-AA/TC publicada el veintidós de noviembre de dos mil cuatro, en los seguidos por Carlos Briones Vigo. En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00198-2003-AC.html>.

⁹ Sentencia de fecha 6 de diciembre de 2005, recaída en el Exp. N° 5189-2005-PA/TC, en los seguidos por Jacinto Gabriel Angulo.

En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05189-2005-AA.html>. Sentencia corregida por resolución de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis.

En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05189-2005-AA%20Subsanción.html>.

¹⁰ Resolución de fecha 16 de octubre de 2006.

En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05189-2005-AA%20Subsancion.html>.

En el Caso Briones Vigo¹¹, el TC ha establecido claramente que el concepto legal sustitutorio del SMV es el ingreso mínimo legal (IML), con lo cual quedó desvirtuado el socorrido argumento de que el concepto legal sustitutorio del SMV es la RMV.

Recordemos que el voto singular del Magistrado Gonzales Ojeda, en la sentencia del Caso de la Asociación Nacional de Obreros Municipales, sostenía que la RMV era el concepto legal sustitutorio del SMV.

Con dichos fundamentos muchos pretendieron obtener una pensión equivalente a 3 RMV, la misma que rebasaba el monto de la pensión máxima establecida para los pensionistas del D.L. 19990. Pero no solo eso, lo peor de todo era que desconocía que en sus inicios el SMV era un componente del IML, y no la totalidad del mismo.

Obviamente, dicho voto singular alimentó las falsas expectativas de los pensionistas, congestionando a los Juzgados Civiles con numerosas demandas de amparo con dicha pretensión. Si ello hubiera sido cierto, dicha posición aparecería en los fundamentos del fallo, lo que nunca sucedió.

Lo cierto es que muchos pensionistas presentan su demanda con la ilusión de que con la aplicación de la Ley 23908, su pensión actual será incrementada constantemente al equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales, lo que nunca sucederá.

2.3.- Quiénes tienen derecho a la pensión mínima

Lo que muy tarde dijo el TC en su precedente vinculante, es que tienen derecho a la pensión mínima, aquellos cuya pensión inicial sea inferior a los tres sueldos mínimos vitales, o a tres ingresos mínimos legales. También tienen derecho a la pensión mínima aquellos que durante la vigencia de la Ley 23908 en algún momento hayan percibido una pensión inferior a tres sueldos mínimos vitales o tres ingresos mínimos legales.

Esto último es muy difícil de comprobar en un proceso de amparo que carece de actividad probatoria.

2.4.- El reajuste de la pensión

En cuanto al reajuste de las pensiones previsto en el artículo 4 de la Ley 23908, en la sentencia del caso de la Asociación Nacional de Obreros Municipales, el TC señala que tienen derecho a la indexación automática los

¹¹ Sentencia de fecha 3 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. N° 0198-2003-AC/TC, en los seguidos por Carlos Briones Vigo.
En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00198-2003-AC.html>.

que hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 757, del 13 de noviembre de 1991, el cual definitivamente pone fin al régimen de indexación.

En cuanto a la aplicación del artículo 4 de la ley 23908, en la sentencia del caso Briones Vigo, el TC ha precisado que el reajuste al cual hace mención esta disposición

“...está condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Lo señalado fue previsto desde la creación del sistema y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado, se atiende con arreglo a las previsiones presupuestas...”.

Concordando ambos pronunciamientos, si el punto de contingencia del actor hubiere ocurrido entre el 8 de septiembre de 1984 y el 13 de noviembre de 1991 se amparará la pretensión de reajuste el extremo referente a este reajuste debiendo observarse, en ejecución de sentencia, las previsiones presupuestarias vigentes para su cumplimiento.

Sin embargo, en el precedente vinculante el TC manifestó que dicha pretensión era improcedente.

Vemos pues que el TC generó gran expectativa en los pensionistas.

Primero dijo que la pensión mínima correspondía a quienes alcanzaran el punto de contingencia hasta el 23 de abril de 1996. Años después dijo que la pensión mínima alcanzaba a quienes alcanzaron el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992.

Imaginen como se sentirían los pensionistas que alcanzaron el punto de contingencia entre el 19 de diciembre de 1992 y el 23 de abril de 1996. Primero tenían un derecho, luego no lo tenían ¿Qué decir de los que alcanzaron sentencia con autoridad de cosa juzgada antes que el TC cambiase de criterio? ¿Qué dirán quienes teniendo sentencia favorable con el criterio original vieron su sentencia de segunda instancia con el nuevo criterio del TC?

El TC también dijo que el artículo 4 de la Ley 23908 era exigible. Luego dijo que no. Estas son las idas y venidas del TC que atentan contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, sustento doctrinario de los precedentes vinculantes.

2.2.- Los aportes de los jueces de Lima a la doctrina jurisprudencial y a los precedentes vinculantes del TC

En el ínterin los jueces de Lima discutíamos la forma de resolver dichos procesos de amparo. Frente a la corriente mayoritaria, los ahora jueces constitucionales Henry Antonino Huerta Sáenz, Juan Ricardo Macedo Cuenca y el suscrito, fuimos de la opinión que no bastaba que el pensionista demandante se encontrara bajo el ámbito de aplicación temporal de la norma.

Era necesario, además, que el accionante se encontrara bajo el supuesto de hecho de la norma, esto es, que demostrara que tenía derecho a percibir la pensión mínima, es decir, que su pensión inicial era menor a ésta.

Así diseñamos el siguiente cuadro:

NORMA	VIGENCIA	MONEDA	R.M.V.	I.M.L.	S.M.V.	3 S.M.V
DL 14192	21-Ago-62	Soles Oro	-----	-----	750	2,250
R.S. 269 y R.S. 270-TR	23-Jul-65	Soles Oro	-----	-----	1,200	3,600
R.S. 249 y R.S. 250-TR	25-Sep-67	Soles Oro	-----	-----	1,500	4,500
R.S. 75 y R.S. 76-TR	30-Mar-70	Soles Oro	-----	-----	1,980	5,940
R.S. 348-72-TR	22-May-72	Soles Oro	-----	-----	2,400	7,200
R.S. 173-74-TR	02-Abr-74	Soles Oro	-----	-----	3,000	9,000
R.S. 47-75-TR	26-Jun-75	Soles Oro	-----	-----	3,540	10,620
R.S. 15-76-TR	01-Jul-76	Soles Oro	-----	-----	4,500	13,500
R.S. 41-77-TR	02-Ago-77	Soles Oro	-----	-----	5,400	16,200
R.S. 66-78-TR	01-Sep-78	Soles Oro	-----	-----	6,900	20,700
R.S. 04-79-TR	07-Feb-79	Soles Oro	-----	-----	8,970	26,910
R.S. 42-79-TR	01-Jul-79	Soles Oro	-----	-----	12,000	36,000
R.S. 61-79-TR	01-Oct-79	Soles Oro	-----	-----	15,000	45,000
R.S. 82-79-TR	01-Ene-80	Soles Oro	-----	-----	18,000	54,000
R.S. 38-80-TR	01-May-80	Soles Oro	-----	-----	22,020	66,060
R.S. 71-80-TR	01-Sep-80	Soles Oro	-----	-----	25,350	76,050
R.S. 01-81-TR	01-Ene-81	Soles Oro	-----	-----	27,390	82,170
R.S. 06-81-TR	16-Mar-81	Soles Oro	-----	-----	30,690	92,070
R.S. 16-81-TR	01-Jul-81	Soles Oro	-----	-----	33,750	101,250
R.S. 28-81-TR	01-Oct-81	Soles Oro	-----	-----	37,140	111,420
R.S. 36-81-TR	01-Ene-82	Soles Oro	-----	-----	40,860	122,580
R.S. 17-82-TR	01-Abr-82	Soles Oro	-----	-----	45,780	137,340
R.S. 23-82-TR	01-Jul-82	Soles Oro	-----	-----	50,370	151,110
R.S. 30-82-TR	01-Oct-82	Soles Oro	-----	-----	60,000	180,000
R.S. 37-83-TR	01-Jun-83	Soles Oro	-----	-----	72,000	216,000
Ley 23908	07-Sep-84	Publicación	-----	-----		
D.S. 23 y 26-85-TR	01-Ago-85	Soles Oro	-----	-----	135,000	405,000
D.S. 14-87-TR	11-Ene-87	INTIS	-----	-----	375	1,125
D.S. 17-87-TR	15-Dic-87	INTIS	-----	-----	726	2,178
D.S. 11-88-TR	01-May-88	INTIS	-----	-----	1,760	5,280
D.S. 5-89-TR	02-Ene-89	INTIS	-----	-----	6,000	18,000
D.S. 16-89-TR	01-Jun-89	INTIS	-----	-----	20,000	60,000
D.S. 28-89-TR	10-Ago-89	INTIS	-----	-----	50,000	150,000
D.S. 47-89-TR	01-Nov-89	INTIS	-----	-----	75,000	225,000

D.S. 53-89-TR	16-Nov-89	INTIS	-----	-----	100,000	300,000
D.S. 57-89-TR	01-Dic-89	INTIS	-----	-----	150,000	450,000
D.S. 8-90-TR	16-Feb-90	INTIS	-----	-----	250,000	750,000
D.S. 16-90-TR	01-Abr-90	INTIS	-----	-----	400,000	1,200,000
D.S. 24-90-TR	01-May-90	INTIS	-----	-----	700,000	2,100,000
D.S. 54-90-TR	01-Ago-90	INTIS	16,000,000	8,000,000	-----	24,000,000
D.S. 62-90-EF	01-Set-90	INTIS	25,000,000	8,000,000	-----	24,000,000
D.S. 002-91-TR	01-Ene-91	l/m	38	12	-----	36.00
D.S. 003-92-TR	09-Feb-92	S/.	72	12	-----	36.00

La Segunda y la Sexta Civiles de Lima coincidieron con nuestra opinión. El resto de Salas, por seguir al TC, siguieron en el error, amparando a litigantes sin derecho. Como corolarios de las reglas establecidas por el TC tenemos:

- 1.- Que la Ley 23908 vigente desde el 24 de setiembre de 1984, beneficia a los que percibían menos de 3 S.M.V.
- 2.- Que la pretensión de reajuste trimestral o indexación era improcedente.
- 3.- Que el 18 de diciembre de 1992 el Decreto Ley 25967 deroga la Ley 23908
- 4.- Que el IML es el concepto legal sustitutorio del SMV y no la RMV.
- 5.- Por mandato del TC el D.S. 003-92-TR se aplica hasta el 18 de diciembre de 1992.

Aunque el TC no lo haya reconocido en su precedente vinculante, fueron los magistrados del Poder Judicial quienes establecimos que para demostrar que al expedirse la resolución de jubilación se inaplicó la Ley 23908, la pensión inicial debía ser inferior a tres SMV. Sin embargo, lo que se quedó en el tintero del TC fue el pago de las pensiones mensuales hasta el 18 de diciembre de 1992.

2.5.- El cumplimiento o incumplimiento de la Ley 23908 requiere de actividad probatoria

Todo este problema se originó porque muy tarde el TC dijo lo evidente: que solo tenían derecho a la pensión mínima, aquellos cuya pensión inicial fuera inferior a aquella. Sería absurdo que una persona que tenía una pensión mayor a la mínima o incluso la pensión máxima solicite una pensión mínima.

Pues bien, ese disparate fue el petitorio de muchísimas demandas, que fueron declaradas fundadas por los jueces y por el propio TC.

También tienen derecho a la pensión mínima aquellos que durante la vigencia de la Ley 23908 en algún momento hayan percibido una pensión inferior a tres sueldos mínimos vitales o tres ingresos mínimos legales.

En el primer caso, bastaba con tener a la vista la resolución de jubilación, verificar que la contingencia se haya producido antes del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos, multiplicar por tres el monto del

SMV o del IML entonces vigente y si este era mayor al monto de la pensión inicial, la demanda era fundada.

Si el demandante tuvo una pensión inicial mayor a la fijada por ley como mínima, la pretensión demandada no resultaba amparable, porque de hacerlo, se rebajaría su pensión inicial, lo cual no sólo contravendría la norma previsional, sino que, además, perjudicaría su derecho pensionario adquirido.

En segundo término, la demanda también era fundada si durante la vigencia de la Ley 23908 en algún momento los pensionistas habían percibido una pensión inferior a tres sueldos mínimos vitales o tres ingresos mínimos legales.

Como podemos ver, esto último genera un problema probatorio, pues para demostrar si las pensiones pagadas mensualmente a cada pensionista hasta el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, fueron diminutas, era indispensable tener a la vista las boletas de pago de cada mes y compararlas con el SMV o IML entonces vigentes, multiplicados por tres.

Pero eran poquísimos los pensionistas que tenían en su poder todas las boletas – y los que las tenían dudaban de presentarlas, porque ello los pondría en evidencia. Por otro lado cada vez que el que esto escribe requirió a la ONP la presentación de un informe de las pensiones pagadas mes a mes, ésta manifestó que no tenía la información pues la entidad que realizó los pagos de las pensiones había sido el IPSS.

De los pocos casos en que los pensionistas presentaron sus boletas el suscrito comprobó que casi siempre percibieron una pensión mayor a la mínima vigente, excepto en el año 1990 cuando la hiperinflación hizo que en cortos períodos de tiempo tuviésemos hasta cinco dispositivos que reajustaban el SMV y ello generó un desfase en los montos de las pensiones percibidas con relación al mínimo vital, pero la diferencia era irrisoria (el equivalente a S/. 1). Con lo cual el asunto pasaba a ser un tema que requería de probanza, y en realidad, de poca utilidad práctica para el pensionista. Les costaban mucho más el tiempo, dinero y estrés, que los beneficios obtenidos por la sentencia.

Aun así, el TC siguió amparando las demandas con el único criterio de que la fecha de la contingencia se encontrara dentro del ámbito temporal de aplicación, sin tener en cuenta que ese no era el único requisito, sin tener la certeza de que el demandante tenía derecho. El problema era ver si el pensionista estaba dentro del supuesto de hecho de la norma y eso no lo dijo nunca el TC. Los problemas se venían en ejecución de sentencia cuando el vencedor solicitaba la ejecución de la sentencia y se veía sin la pensión incrementada, sin devengados y con un saldo deudor frente a la ONP.

¿Puede admitirse que un órgano jurisdiccional declare fundada una demanda y ordene a la ONP que cumpla con reajustar la pensión de jubilación del demandante de acuerdo con los criterios de la sentencia, abonando los devengados que correspondan, y los intereses *siempre que, en ejecución de*

sentencia, no se verifique el cumplimiento de pago de la pensión mínima de la Ley N° 23908, durante el periodo de su vigencia? Eso hizo el TC, al igual que muchos jueces del Perú.

¿No se supone que ese detalle, que en realidad es el fondo de la controversia, debe verificarse antes de sentenciar? ¿Para qué engañar al pensionista con una sentencia estimatoria que al final no le producirá beneficio alguno? Cuando no se prueba los hechos que configuran la pretensión la demanda es infundada. Por más *tutela de urgencia* o *justicia de probabilidad* que se pregone en los procesos constitucionales de la libertad, toda sentencia debe establecer un mínimo de certeza, siendo insuficiente la estimación condicional, como propugna el TC, que traslada al juez de ejecución la comprobación que debió servir de fundamento para los fundamentos de una sentencia estimatoria de la demanda.

Seguramente para poner coto a esta incertidumbre, el TC en el Caso Anicama¹² estableció como precedente vinculante los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo sobre materia pensionaria. Con relación a las pretensiones relativas al mínimo vital y a los reajustes, el TC consideró que:

“37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

(...)

c) (...)

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

¹² Sentencia de fecha 8 de julio de 2005, recaída en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC, en los seguidos por Manuel Anicama Hernández En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>.

(...)

g) *Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria”.*

Una pregunta surge de inmediato: ¿las pretensiones de aplicación de la Ley 23908 en realidad son casos de pensión mínima o de reajuste de la pensión?

En nuestra modesta opinión son casos de reajuste. Quien solicita la aplicación de la Ley 23908 ya percibe una pensión. Lo que reclama en buena cuenta son los reintegros de las sumas dejadas de percibir desde que se inició el pago de su pensión hasta diciembre de 1992 y por consiguiente el reajuste de su pensión actual. Aunque crea que su pensión actual se incrementará constantemente al equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales. Ergo, no son pretensiones que se encuentren bajo el contenido esencial de la pensión.

Es un asunto que merece discutirse en la vía ordinaria. Y no ordinarizar el trámite del amparo ni su ejecución.

En puridad, el inciso c) del Fundamento 37 de la sentencia del caso Anicama se refiere a los casos de las personas que perciban una pensión inferior a la mínima bajo el régimen actual de la Ley 25967.

Al margen de presumir que con la percepción de una pensión de S/. 415.00 se está afectando el derecho al mínimo vital, el TC no cae en cuenta que hay pensiones mínimas inferiores a dicha suma correctamente otorgadas, como el propio TC detallara en los fundamentos de la sentencia del caso Briones Vigo¹³:

“9. *Luego, la Ley N.º 27617 (publicada el 01-01-2002), en su Disposición Transitoria Única, estableció que la pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones era de S/. 415.00, y mediante la Ley N.º 27655 se precisó que dicha pensión mínima recaía sobre las pensiones percibidas con un mínimo de 20 años de aportación a dicho sistema pensionario.*

En concordancia con la citada ley, mediante la Resolución Jefatural N.º 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002) se dispuso “Incrementar los niveles de pensión mínima mensual de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N.º 19990, de conformidad con los montos que se detallan a continuación:

Para pensionistas por derecho propio:

<i>. Con 20 años o más de aportación</i>	<i>:</i>	<i>S/. 415.00</i>
<i>. Con 10 años y menos de 20 años de aportación</i>	<i>:</i>	<i>S/. 346.00</i>
<i>. Con 6 años y menos de 10 años de aportación</i>	<i>:</i>	<i>S/. 308.00</i>

¹³ En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00198-2003-AC.html>.

. Con 5 años o menos de 5 años de aportación : S/. 270.00
 Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley N° 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante genere por dicho concepto inferior a S/. 270.00
 Para pensionistas por invalidez : S/. 415.00”.

No debe sorprender la existencia de pensionistas con pensiones de S/. 346.00, S/. 308.00 y S/. 270.00 en función a sus años de aportación.

Innecesariamente, el TC les abre las puertas del amparo. A sabiendas de ello, el TC, con el simple argumento de que la pensión es inferior a S/ 415.00, interpreta que el caso debe tramitarse en la vía del amparo. Aunque al final la demanda sea desestimada. Curiosamente, el propio TC ha extendido los casos de grave estado de salud que ameritan la tramitación del proceso en la vía excepcional del amparo a otros supuestos no comprendidos en el inciso c).

Asimismo, ha extendido el trámite del amparo en los casos que el demandante tenga edad avanzada¹⁴. Vemos que el TC es muy flexible en la aplicación de sus propios precedentes vinculantes, flexibilidad que no es concedida a los jueces, a quienes se exige estricto cumplimiento, bajo responsabilidad civil, penal y administrativa disciplinaria¹⁵.

La mayor parte de estos casos está ahora en manos de los Jueces Contencioso-Administrativos y el resto en nuevos Juzgados Constitucionales y los Juzgados Civiles. En la práctica la única forma de comprobar la vulneración del derecho es comparando el pago mensual de la pensión con el SMV entonces vigente, lo que es difícil aún en el proceso contencioso-administrativo.

La publicación del Decreto Supremo 150-2008-EF el 10 de diciembre de 2008 causó gran expectativa. El mismo establece disposiciones relativas a la aplicación de la Ley N° 23908, sobre monto mínimo de pensiones.

El artículo 1 prescribe que La pensión mínima dispuesta por la Ley N° 23908 corresponde ser aplicada únicamente hasta el 18 de Diciembre de 1,992, en cumplimiento de lo establecido en los Fundamentos 5 y 7 al 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5189-PA/TC.

¹⁴ Por ejemplo, la Sentencia de fecha 23 de octubre de 2006 recaída en el Exp. N° 7873-2006-PC/TC, Fundamento 5, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07873-2006-AC.pdf>; y la sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC, Fundamento 139, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>.

¹⁵ Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006. En <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/res-021-2006-J-OCMA-PJ.pdf>.

El artículo 2 dispone la revisión de oficio de las oficio de los expedientes administrativos referidos a la aplicación de la Ley 23908, priorizando los que se encuentran en sede judicial y que comprendan a personas mayores de 75 años.

El artículo 3 autoriza la regularización del monto de las pensiones a favor de los titulares correspondientes, incluyendo a quienes mantengan procesos en trámite tanto en sede administrativa como en sede judicial.

El artículo 4 dispone que el pago de los devengados se efectuará conforme a los criterios del Tribunal Constitucional y conforme a lo dispuesto por la Ley N° 28266 y sus normas complementarias.

El artículo 5 señala que para los casos de procesos judiciales en trámite a que se refiere el presente Decreto Supremo, se autoriza expresamente a la ONP a procurar su conclusión, mediante la aplicación de cualquiera de las fórmulas procesales autorizadas por la ley.

El artículo 6 dispone que el Ministerio de Justicia cumplirá con realizar las coordinaciones necesarias con el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional a efectos de dar cabal cumplimiento al Decreto Supremo y procurar que los procesos judiciales anteriormente señalados, reciban una tramitación preferente en las instancias correspondientes.

¿El Decreto Supremo bajo comento ha logrado una descarga procesal? La respuesta es no. Aún cuando la ONP se allanara a la demanda presentara la nueva resolución de jubilación, y presentara la liquidación de devengados e intereses, si el proceso de amparo se encuentra en trámite, la sustracción de la materia no conlleva la declaración de improcedencia de la demanda, como sucedía con el artículo la derogada Ley 23506.

Hoy el artículo 1 del Código Procesal Constitucional prescribe que:

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Vale decir, que el Juez deberá dictar una sentencia estimatoria, ordenando a la demandada que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones violatorias del derecho a la pensión, entre otros aspectos.

Ahora bien, si el proceso se encuentra en ejecución, deberá evaluarse el cabal cumplimiento de la sentencia, y sólo podrá ordenarse el archivo definitivo cuando la ONP cumpla con pagar el íntegro de los devengados, intereses y costos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo dicho hasta aquí no quita que, en muchos casos, la ONP sigue desconociendo derechos, obligando a los pensionistas a iniciar el largo y sinuoso camino del proceso judicial. Sin pagar tasas judiciales y resistiendo a más no poder la ejecución de las sentencias.

Pero por otro lado, muchos abogados siguen presentando demandas que a la postre serán declaradas infundadas.

Mientras tanto, el Presidente de la República olvida sus deberes constitucionales de cumplir y hacer cumplir las leyes y las resoluciones judiciales¹⁶. Porque hasta donde sabemos la ONP depende del Ejecutivo. El Decreto Supremo 150-2008-EF es un primer paso, pero insuficiente, en la medida que el Estado Peruano, litigante número uno en el Poder Judicial no pague sus deudas.

Esperamos que estas líneas sirvan para que se ponga coto a la nefasta práctica de amparar demandas sin tener la convicción de que en ejecución de sentencia se mejorará el derecho del pensionista. Si se ampara una demanda sin esa certeza, el Juez no solo habrá abdicado de su función, sino que habrá hecho dispendio de recursos del Estado con la inoficiosa tramitación de demandas frívolas, creando falsas expectativas a los justiciables que a la postre, sólo contribuirán al descrédito del PJ.

Señor pensionista, haga un alto en su camino. Si está tentado de iniciar un proceso o ya inició uno y usted que ha padecido ante Juzgados y Salas Civiles o ante el TC, está padeciendo por una sentencia favorable en el Juzgado Contencioso Administrativo, consulte con un buen abogado. Y con la frase buen abogado no me estoy refiriendo a un abogado *caro* ni a uno de un *estudio grande*. Búsquese uno que sea un buen profesional y que sea honesto, que todavía los hay.

Señores de la ONP ¿Cuándo van a entender que cuando se dice que las sentencias del TC obligan a todos los poderes públicos, se refiere también a ustedes?

16 Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

(...)

9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Esperemos que los magistrados del TC tengan en cuenta lo escrito en estas líneas, y revisen el precedente vinculante del caso Jacinto Gabriel Angulo, por el bienestar de los propios pensionistas. Hay temas que aún quedan por definir, como por ejemplo, lo relativo a los devengados e intereses: desde qué momento se pagan los devengados, y desde cuándo se pagan los intereses.

BIBLIOGRAFIA

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia. Informe Defensorial N° 121. Lima, Servicios Gráficos JMD, 2007.

JUSTICIA VIVA, Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

En <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/res-021-2006-J-OCMA-PJ.pdf>.