

INFORME DE ADJUNTÍA N° 007-2017-DP/AEE

Análisis del estado de la cuestión en materia de certificación de la incapacidad para el trabajo y la necesidad de creación de un sistema evaluador de la incapacidad

I.- Antecedentes

La Defensoría del Pueblo a través de sus oficinas ubicadas a lo largo del país ha podido detectar, reiteradamente, los diversos problemas que tiene que afrontar la población respecto del acceso y utilización de las certificaciones médicas de la incapacidad laboral, en el marco de los sistemas de la seguridad social: en materia de salud y de pensiones.

La multiplicidad de sistemas y normas existentes genera confusión no solamente en la ciudadanía, sino que también genera decisiones erróneas por parte de funcionarios públicos y privados. Esta situación, muchas veces retrasa innecesariamente el inicio del trámite de certificación o simplemente no se realiza, afectando finalmente el derecho fundamental a la seguridad social.

Los siguientes cuadros reflejan que una actividad común, la evaluación de la incapacidad para fines de la seguridad social, está regulada por diferentes regímenes en función a la materia (salud y pensiones), es administrada por distintas instituciones y se emiten documentos bajo terminología diferenciada:

Salud				
Entidad	Materia	Cuenta con Comisión	Documento que se expide	Norma aplicable
EsSalud	Incapacidad Temporal: Pago de Subsidios	Sí	Informe Médico	Ley N° 26790
	Incapacidad de hijo/a mayor de edad: Acreditación como derechohabiente	Sí	Dictamen Médico	Ley N° 26790

Pensiones			
Entidad	Cuenta con Comisión	Documento que se expide	Norma aplicable
EsSalud	Sí	Certificado Médico	Decreto Ley N° 19990
Minsa / Gobiernos Regionales (GORE)	Sí	Certificado Médico	Decreto Ley N° 19990
EPS	Sí	Certificado Médico	Decreto Ley N° 19990
AFP	Sí	Dictamen Médico	Decreto Supremo N° 004-98-EF

Seguro por accidentes de trabajo - DL 18846 (DEROGADO)			
Entidad	Cuenta con comisión	Documento que se expide	Norma aplicable
EsSalud	Sí	Certificado Médico	Decreto Ley N° 19990
Minsa	Actualmente no cuenta	Actualmente no lo hace	Decreto Ley N° 19990

Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo - SCTR			
Entidad	Cuenta con comisión	Documento que se expide	Norma aplicable
Compañía de seguros - EPS	No está definido	Informe Médico	Decreto Supremo N° 003-98-SA y TUPA del MINSA
ONP - EPS	No está definido	Informe Médico	
INR	Comité Calificador	Dictamen Médico	

Tribunal Constitucional	
En toda demanda se debe adjuntar Evaluación de Comisión Médica	





Adicionalmente, existen otros regímenes especiales que también requieren de la realización de evaluaciones médicas como los regidos por el Decreto Ley N° 20530, el Decreto Ley N° 19846 y el Decreto Legislativo N° 1133.

En el ámbito laboral la mayoría de regímenes lo exigen sin embargo destacamos los referidos a los Decretos Legislativos N° 728, 276 y 1132.

Si bien este complejo punto de partida debiera ser suficiente para evaluar la “política pública” sobre la materia y efectuar propuestas de reajuste, en el presente documento se analizarán algunos problemas concretos, que permitirá generar evidencia adicional sobre el impacto que tiene en las personas el estado actual de las cosas, fundamentalmente en materia del derecho a la pensión.

1. El acceso a una pensión de “invalidéz”: El procedimiento complejo

El derecho a la pensión es un derecho fundamental reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política. El derecho a la pensión, como expresión del derecho a la seguridad social previsto en el artículo 10 de la Carta Magna, tiene por fin brindar protección a las personas que atraviesan un estado de necesidad que es protegido legalmente. Así, la incapacidad para el trabajo es uno de los supuestos legalmente previstos que genera el derecho a la pensión de “invalidéz”.

El reconocimiento oficial de derechos por parte del Estado en cada caso concreto se da usualmente a través de los denominados “procedimientos administrativos”. El modelo de procedimiento administrativo más conocido y usual es aquel que se inicia a través de una única solicitud de parte, ante una sola entidad que se encarga de sustanciar y resolver el fondo de la pretensión planteada. Aquí lo denominaremos “procedimiento simple”.

Sin embargo, hay procedimientos administrativos que analizados desde determinadas perspectivas se tornan en “procedimientos complejos”. Así, hay procedimientos que se inician ante una entidad que no resuelve el fondo del asunto sino únicamente lo resuelve parcialmente, punto a partir del cual es asumido por otra entidad, siendo siempre el impulso de oficio. Este es el caso del procedimiento de libre desafiliación informada – LDI que se inicia en una Administradora de Fondos de Pensiones – AFP la cual emite un reporte, pasa a la Oficina de Normalización Previsional - ONP la cual emite un segundo reporte y finalmente el trámite es derivado a la Superintendencia de Banca Seguros y AFP – SBS, la cual resuelve mediante resolución administrativa.

A diferencia del procedimiento de LDI que es impulsado de oficio y sin ningún costo para el ciudadano, al ser un procedimiento de la seguridad social, existen otros “procedimientos complejos”, conformados por “procedimientos parciales”, en que el pase de una entidad a otra se da únicamente por impulso de la persona interesada y que además le supone un costo. Este es el supuesto del actual procedimiento de acceso a una pensión de Invalidez.

En este caso, hasta diciembre de 1998, para el acceso a la pensión de invalidez en el Sistema Nacional de Pensiones – SNP, se aplicó un procedimiento del primer tipo, es decir un “procedimiento simple”. Todo el trámite era asumido por el Seguro Social de Salud – EsSalud (antes Instituto Peruano de Seguridad Social y anteriormente Seguro Social del Perú). Esto en virtud de la segunda versión del artículo 26 del Decreto Ley N° 19990 que estipulaba que:





“La invalidez será declarada por el funcionario de Seguro Social del Perú que señale el Reglamento, previo informe de una comisión médica de un centro asistencial de la indicada Institución sobre el estado físico y/o mental del asegurado”.

Es necesario señalar que, usualmente, la certificación médica de la incapacidad “permanente” que da lugar a la pensión de invalidez viene precedida por certificaciones previas que están destinadas a sustentar el pago de los denominados subsidios por incapacidad “temporal” que se otorgan para remplazar los ingresos de las personas, mientras hacen uso de los denominados “descansos médicos”. Ambas certificaciones son realizadas por EsSalud en el caso de los/as asegurados/as obligatorios.

A partir de diciembre de 1998 y en el marco de la transferencia de funciones de EsSalud a la ONP en materia de pensiones, la Ley N° 27023 modificó el artículo 26 del Decreto Ley 19990, estableciendo un “procedimiento complejo” dividido en dos partes o dos procedimientos parciales, quedando redactado de la siguiente manera:

“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, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud (...)”.

De esta manera, el trámite que asumían oficiosamente los antecesores de EsSalud, en favor de las personas aseguradas para el otorgamiento de una pensión de invalidez, ha sido cargado a los/as ciudadanos quienes *en primer lugar, motu proprio*, deben solicitar y pagar a EsSalud la correspondiente certificación médica, luego de lo cual, recién *en segundo lugar*, podrán (en realidad “deberán”) iniciar el procedimiento pensionario *per se* adjuntando la certificación previamente obtenida.

La disociación de etapas o procedimientos es marcada. En la práctica, no es de interés de EsSalud efectuar la certificación médica razón por la cual no la efectuó por un reciente largo periodo que conllevó a que la Defensoría del Pueblo interponga una demanda constitucional de cumplimiento¹. En el caso de la ONP, en la medida que el artículo 26 citado indica que la persona interesada debe adjuntar a su solicitud de pensión la certificación médica correspondiente, dicha entidad “formalmente” no se encuentra obligada a efectuar gestiones previas para facilitar dicha consecución.

2. La evaluación, calificación y certificación médica

Si bien hemos hecho mención a la certificación médica necesaria para acceder a los derechos contemplados por la seguridad social, se debe precisar que dicha acción es el resultado de un procedimiento previo que, *grosso modo*, se desarrolla en los siguientes pasos:

Primero : Evaluación por parte del médico especialista.

Segundo: Calificación de la naturaleza y el grado de su incapacidad por una Comisión médica en función a los resultados de las evaluaciones previas.

Tercero : Certificación formal de la calificación realizada.

¹ Demanda de cumplimiento admitida a trámite el 5 de agosto de 2015, por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, bajo el Expediente N° 10694-2015-0-1801-JR-CI-07.





3. La inactividad de la Comisión Calificadora de la Incapacidad Laboral de Junín

A pesar de la claridad de la modificación introducida por la Ley N° 27023 que encargaba a EsSalud, junto al Minsa y las EPS, la certificación médica para fines pensionarios, EsSalud en varias ocasiones ha mostrado su disconformidad² con la realización de dicha función³, a tal punto que hasta hace unos años atrás el trámite no aparecía en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, lo cual fue utilizado para justificar la no conformación de comisiones médicas encargadas de efectuar la calificación, y por ende la no atención de varios ciudadanos que requerían ser evaluados⁴.

Es recién en febrero del año 2016 que, con la expedición del Decreto Supremo N° 001-2016-TR, se modifica el TUPA de EsSalud, estableciéndose el trámite de "Certificado médico para el trámite de pensión de invalidez", con un costo de S/. 218.20 soles.

A pesar de que con la emisión del TUPA de EsSalud, así como de la Resolución N° 1241-GG-ESSALUD-2015 de la Gerencia General de EsSalud que autoriza la conformación de las Comisiones Médicas en casi todas las regiones del país, se subsana la inacción de dicha entidad, que dio lugar a la interposición de una demanda constitucional de cumplimiento⁵, se ha constatado que a pesar de que la Red Asistencial Junín ha cumplido con conformar formalmente su Comisión Calificadora, dicho órgano se viene "absteniendo" de atender las solicitudes presentadas por la ciudadanía, hasta no ser capacitado por la Sede Central de EsSalud⁶.

Cabe señalar que si bien es deseable que la implementación de un "nuevo" proceso en una institución pública y privada venga precedida o acompañada por una capacitación, también es cierto que justamente por la dificultad de realizar capacitaciones en todo el territorio nacional, los órganos rectores de las funciones del Estado elaboran directivas, manuales, o documentos de similar naturaleza, que establecen paso a paso los procedimientos operativos a seguirse para la ejecución de las mismas.

En este sentido es que el Ministerio de Salud elaboró la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01, "Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez - D.S. N° 166-2005-EF", la cual contiene todos los componentes del proceso de certificación, en especial lo que respecta a la evaluación médica y calificación, en sus anexos 2 y 3.

Se debe precisar que este problema no ha sido reportado en ninguna otra parte del país, donde las comisiones médicas vendrían funcionando con regularidad.

² Así, mediante Carta N° 1407-GCPEyS-ESSALUD-2014, la Gerencia Central de Prestaciones Económicas y Sociales se señaló que "las Redes Asistenciales a nivel nacional, carecen de Comisiones Médicas (...) de los Decretos Leyes N° 18846 y N° 19990, por cuanto no le corresponde a EsSalud otorgar Pensiones (...)".

³ Mediante Carta Circular N° 26-GCPEyS-ESSALUD-2014, la Gerencia Central de Prestaciones Económicas y Sociales dispuso la culminación de actividades administrativas y asistenciales de las comisiones médicas, la no recepción de solicitudes y/o documentos vinculados al convenio celebrado con la ONP para la emisión de la certificación médica y la disolución de las Comisiones Médicas Calificadoras de la Incapacidad - CMCI.

⁴ Mediante Carta Circular N° 558-GCPS-ESSALUD-2012, de fecha 25 de julio de 2012, la Gerencia Central de Prestaciones de Salud comunica a las Redes Asistenciales que: "(...) en concordancia a lo mencionado en el (...) artículo 23 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...) resulta necesario que las Gerencias y Direcciones de Redes (...) suspendan el cobro por el concepto de Evaluación y Calificación de Incapacidad (...) hasta su inclusión en el (...) TUPA (...)".

⁵ Demanda de cumplimiento admitida a trámite el 5 de agosto de 2015, por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, bajo el Expediente N° 10694-2015-0-1801-JR-CI-07.

⁶ Carta N° -D-HNRPP-HYO-ESSALUD-2017, de fecha 20 de febrero de 2017, suscrita por el Director del Hospital Nacional Ramiro Prialé de la Red Asistencial de Junín.



En este sentido, consideramos que contándose con la directiva pertinente queda sometida a la diligencia de los profesionales médicos la puesta en marcha del trámite de certificación. Lo contrario implicaría que ninguna norma técnica o directiva del Estado podría ser aplicada sin previa capacitación. Por tanto, es menester señalar que Comisión de la Red Asistencia de Junín no tiene justificación para su inacción, la cual de acuerdo al artículo 85 de la Ley del Servicio Civil - LSC, puede ser enmarcada en las siguientes causales:

- El incumplimiento de las normas establecidas en la LSC y su reglamento.
- La negligencia en el desempeño de las funciones.
- El impedir el funcionamiento del servicio público.

4. La desatención del público no previsto expresamente por la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01

Como se ha señalado, en la actualidad las comisiones médicas vienen funcionando en varias partes del país, sin embargo su gestión presenta algunos problemas con recurrencia, que generan la desatención de muchas personas con algún tipo de incapacidad laboral.

La Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01 es clara al delimitar la población objetivo de cada una de las instituciones obligadas, por el artículo 26 del Decreto Ley N° 19990, a realizar la certificación médica para fines pensionarios, de tal manera que corresponde a:

- ✓ Ministerio de Salud: Solicitantes que no tienen vínculo laboral y reclaman una pensión de invalidez.
- ✓ Seguro Social de Salud (EsSalud): Solicitantes asegurados por Incapacidad Temporal Prolongada establecida en la Ley N° 26790 y por prórroga de pensión.
- ✓ Entidades Prestadoras de Salud (EPS): Solicitantes asegurados de capa simple con Incapacidad Temporal Prolongada.

No obstante, son recurrentes los casos en los cuales las personas interesadas en obtener la certificación médica para fines pensionarios acuden tanto a EsSalud como al Minsa y no son atendidos por ninguna de dichas entidades. Ambas utilizan argumentos restrictivos a fin de acotar lo más posible sus competencias generándose aparentes lagunas legales⁷.

Esta problemática afecta, por ejemplo, a los derecho-habientes de un/a asegurado/a regular de EsSalud (cónyuge e hijo/a mayor de edad con incapacidad total y permanente para el trabajo), los/as trabajadores/as independientes, los/as ex trabajadores/as con periodo de latencia, entre otros, quienes en la medida que no tengan vínculo laboral vigente, debieran ser atendidos por los Hospitales Minsa-GORE. No obstante dicha entidad suele aducir que dichas personas aparecen como aseguradas de EsSalud, en el sistema de consulta en línea, por lo cual no pueden ser atendidos por los Hospitales Minsa-GORE sino por EsSalud⁸.

⁷ Así, tenemos los recientes casos de los señores Eloy Lezama Leyva, Marcela Fuentes de Cuadros y Erfilia Jacobo Velásquez Diestra, en la ciudad de Trujillo.

⁸ Así consta en el Oficio N° 0342-2017-GR-LL-GGR/GRS-HBT-DE-SDE, de fecha 07 de febrero de 2017, emitido por el Director Ejecutivo del Hospital Belén de Trujillo.



El criterio aplicable por dichos hospitales carece de sustento legal. En primer lugar porque la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01 asigna como público objetivo de EsSalud únicamente a “solicitantes asegurados por incapacidad temporal prolongada (mas no a derechohabientes, quienes además no cuentan con dicha cobertura) y aquellos que tramitan la prórroga de una pensión. En segundo lugar, pues la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01 al regular el público objetivo de los Hospitales Minsa-GORE alcanza a todas las personas que no cuentan con vínculo laboral, sin establecer ninguna excepción.

Se debe precisar que no es de aplicación a la certificación médica objeto de análisis, la división funcional de cobertura en salud entre el Seguro Social en Salud y Minsa que efectúan la Ley de Modernización de la Salud o la Ley del Aseguramiento Universal en Salud, ya que no nos encontramos ante una prestación de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo o de rehabilitación, sino ante un trámite que persigue un fin pensionario específico y se sustenta en normatividad propia.

No obstante, consideramos que la regulación de la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01 debe ser objeto de modificación, ya que todas las personas que son atendidas por EsSalud debieran ser certificadas por esta misma entidad, en la medida que tiene el mayor control de la situación al tener acceso a la historia clínica.

5. El derecho a impugnar la calificación médica efectuada

Otra problemática vinculada a la certificación médica de la incapacidad, la cual no es privativa de los trámites pensionarios, es la concesión o no de un derecho a impugnar la misma.

A nivel del Minsa se ha omitido regular la posibilidad de impugnar los certificados médicos emitidos. En el caso de EsSalud incluso se ha vedado dicha posibilidad⁹.

Ante los pedidos de ciudadanos/as disconformes con el resultado de la certificación emitida, EsSalud ha señalado que no es posible impugnar dicho acto al constituir un acto médico y no un acto administrativo. Sin embargo, en muchos casos cuando el error es más o menos evidente dicha entidad ha procedido a corregirlo, por lo general a través de la emisión de un nuevo certificado médico.

En el plano jurídico, solamente se ha podido ubicar una única sentencia del Tribunal Constitucional¹⁰ en la cual se adopta este criterio seguido por EsSalud. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República¹¹ ha indicado que sí cabe la posibilidad de impugnar la certificación médica, precisando incluso que la misma no surte efectos hasta que no haya quedado firme.

En una postura intermedia la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01 define al Certificado Médico como el “*Documento técnico médico, administrativo y legal expedido*

⁹ Resolución de Gerencia General N° 1311-GG-ESSALUD-2014, que aprueba la Directiva N° 015-GG-ESSALUD-2014, “Normas y Procedimientos para la Emisión, Registro y Control de las Certificaciones Médicas por Incapacidad y Maternidad en ESSALUD” prevé:

“6.2.7.3 Los actos médicos consignados en las Certificaciones Médicas de Incapacidades (CITT e IMECI), no se consideran actos administrativos, por lo tanto no son aplicables los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión”.

De manera aparentemente contradictoria la Directiva N° 002-GG-ESSALUD-2010, aprobada por Resolución de Gerencia General N°111-GG-ESSALUD-2010, sí prevería la impugnación de los dictámenes expedidos por las comisiones médicas.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N° 1816-2011-PA/TC

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CAS. LAB. N° 6849-2012-TACNA.





por la Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad que determina el grado y naturaleza de la incapacidad de una persona, conforme a las normas vigentes”.

Más allá de las diversas elucubraciones o hipótesis que se pueden plantear sobre la naturaleza de dichos actos, creemos que es a los entes técnicos rectores de los asuntos médicos y aquellos otros vinculados a la seguridad social, a los que les compete determinar si es posible o no impugnar o cuestionar los certificados médicos emitidos.

De lo que se trata, es de reconocer expresamente que los funcionarios a cargo de la certificación médica pueden incurrir en errores de forma y fondo y que las personas tienen derecho a pedir su corrección e incluso pedir una segunda opinión.

Sin ir muy lejos, esa ha sido la perspectiva del Sistema Privado de Pensiones – SPP que recoge expresamente la posibilidad de presentar un recurso de apelación¹² en contra del dictamen que pueda haber expedido la denominada COMAFP¹³ y que es resuelto por un órgano distinto e independiente: la COMEC¹⁴.

6. El pago de derechos por parte de personas aseguradas a EsSalud

Un asunto claramente cuestionable es el cobro que efectúa EsSalud a sus asegurados/as, por la realización de los trámites y servicios vinculados a la certificación médica. El principal cuestionamiento se sustenta en la contradicción interna que se produce entre el objetivo de la seguridad social que es brindar protección a las personas ante un estado de necesidad y el hecho concreto de que se pretenda cobrar al/a trabajador/a asegurado/a o al pensionista, que justamente están afrontando dicho estado de necesidad.

De acuerdo al principio de legalidad, para que las Administraciones Públicas puedan desarrollar alguna actividad, deben sustentar su actuación en una norma jurídica, la imposición de tasas por servicios y procedimientos administrativos no escapa de esta lógica.

En el caso de EsSalud no existe norma que le autorice a efectuar cobros a sus asegurados/as. EsSalud ha argumentado el cobro señalando que dicho trámite no está contemplado en su ley de creación (al no ser prestación de salud), por lo que en cautela de los fondos intangibles de la seguridad social debe proceder al cobro del trámite de certificación médica a favor de sus asegurados/as.

EsSalud se equivoca al limitar sus actividades permitidas y propias de la seguridad social a aquellas contenidas en su ley de creación, ya que es también una norma con rango de ley la que le encarga la certificación médica de sus asegurados (como precisa la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01). EsSalud yerra también al sustentar su facultad de cobro en la cláusula constitucional de intangibilidad de los fondos de la seguridad social, pues dicha cláusula en ningún momento le autoriza a efectuar cobros a los/as asegurados/as.

Por el contrario, lo que la cláusula busca enfatizar es que “[l]os recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”. En la medida que el artículo 26 del Decreto Ley N° 19990, modificado por la Ley N° 27023, ordena la realización de la

¹² Decreto Supremo N° 004-98-EF, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Artículo 124.

¹³ Comité Médico de las AFP.

¹⁴ Comité Médico de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.





certificación médica, prestación propia de la seguridad social, se ha cumplido con el contenido de la garantía constitucional que habilita la utilización de sus fondos.

Adicionalmente, EsSalud ha argumentado que la habilitación para realizar el cobro se encontraría en la facultad otorgada por el artículo 11.1.c) de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, que establece que dicha entidad puede recaudar ingresos “seguros de riesgos humanos”¹⁵. Sobre este extremo, debemos señalar que EsSalud no puede pretender que la certificación médica, tal cual ha sido normativamente configurada, sea categorizada como un contrato de seguro.

Finalmente, lo que más debe llamar la atención es la falta de coherencia de los subsistemas de seguridad social existentes en el Perú, sobre este punto en particular. Así, mientras EsSalud ha decidido cobrar la totalidad del costo de la certificación médica a sus asegurados/as, el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones dispone que sus afiliados/as solamente deberán cubrir 20% del costo total¹⁶. Cabe agregar que en la práctica los afiliados al SPP no vienen sufragando dicho costo.

Ante esta situación, nuevamente opinamos por que sea el ente rector el llamado a proponer y definir normativamente el régimen económico de la certificación médica para fines pensionarios, antes que dejar este punto a la interpretación de los operadores jurídicos.

7. Elementos esenciales del régimen del Decreto Ley 18846: El Seguro por accidente de trabajo y enfermedades profesionales del personal obrero - SATEP

El Decreto Ley N° 18846 regulaba el Seguro por accidente de trabajo y enfermedades profesionales del personal obrero, hasta que en el año 1997 fue derogado y reemplazado por la Ley N° 26790 que instituye el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Para acceder a las prestaciones pensionarias de este régimen derogado también era necesario contar con la certificación médica de la incapacidad expedida por una comisión médica¹⁷. La particularidad o especialidad es que se evalúan enfermedades profesionales o accidentes de trabajo (por contraposición a enfermedades y accidentes comunes que son los que se han visto hasta este momento).

Derogado el régimen, las reservas y obligaciones por prestaciones económicas fueron transferidas del Instituto Peruano de Seguridad Social – IPSS a la Oficina de Normalización Previsional. No se reguló expresamente que sucedía con la certificación médica que pudiera haber quedado pendiente.

A pesar que la norma derogada establecía un plazo de prescripción de 3 años para reclamar las prestaciones económicas de dicho régimen, el Tribunal Constitucional acertadamente ha establecido como precedente de observancia obligatoria que dichos beneficios son imprescriptibles¹⁸. Del mismo modo, el Colegiado estableció que si es el

¹⁵ Informe N° 747-GAA-OCAJ-ESSALUD-2014, de fecha 05 de noviembre de 2014, expedido por la Gerente de Asuntos Administrativos de la Oficina Central de Asesoría Jurídica de EsSalud.

¹⁶ Decreto Supremo N° 004-98-EF, Artículo 136.

¹⁷ Artículo 61 del Reglamento del Decreto Ley N° 18846, aprobado por Decreto Supremo N° 002-72-TR.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N° 10063-2005-PA/TC, Fj. 91.





menoscabo de la incapacidad se incrementa también se deberá incrementar el monto de la pensión.

Esta prolongación indefinida de derechos a lo largo del tiempo plantea el problema de re-operativizar un procedimiento que ha sido derogado.

8. Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Ley N° 18846

Así, ante la problemática generada por la derogación del Decreto Ley N° 18846, el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC estableció como precedente vinculante, dentro de otros, que:

“(...) el Tribunal Constitucional establece como regla nueva que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26° del Decreto Ley 19990”.

Siendo el derecho a la pensión un derecho imprescriptible y a fin de interponer un proceso de amparo, las personas interesadas deben iniciar previamente la vía administrativa y obtener una respuesta negativa por parte de la Oficina de Normalización Previsional (que puede ser tácita), a fin de que la demanda no sea declarada improcedente y archivada, en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

No obstante, la negativa de EsSalud y Minsa a realizar expresamente evaluaciones médicas al amparo del Decreto Ley N° 18846 ha sido una constante. Tal es así que las últimas versiones del Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de EsSalud y Minsa no han consignado expresamente el trámite de certificación médica para este régimen.

Sin embargo, esta formalidad no es necesaria en la medida que de acuerdo al precedente del Tribunal Constitucional la norma aplicable es el artículo 26 del Decreto Ley N° 19990, supletoriamente.

a. Problemática de la aplicación del precedente en EsSalud

Entendemos que la aplicación supletoria del citado artículo 26 es aceptada por EsSalud, ya que a pesar de no haber regulado el trámite específico en su TUPA, de manera complementaria al mismo emitió la Resolución de Gerencia General N° 1945-GG-ESSALUD-2015, que autorizó la conformación de comisiones médicas especializadas para otorgar certificación médica bajo los “cánones” del Decreto Ley 18846 en los Hospitales Almenara y Rebagliati.

La idea de crear comisiones especializadas encontraría cierta justificación en las particularidades de las evaluaciones por enfermedad profesional y accidente de trabajo, que en la actualidad se han visto plasmadas en la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DGSP-V.01.

No obstante, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha esclarecido el marco jurídico aplicable a las pretensiones vinculadas al Decreto Ley N° 18846, a fin de



viabilizar operativamente el reconocimiento del derecho fundamental a una pensión justa y digna, EsSalud ha restringido indebidamente el acceso al trámite indicando equivocadamente que, de acuerdo al precedente vinculante citado, los únicos casos que dicha entidad debe atender son aquellos en los que medie mandato judicial en ese sentido. Así, la Gerencia de Prestaciones de Salud¹⁹ ha señalado:

"(...) el Tribunal Constitucional frente al vacío normativo ha regulado (...) que la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión (...) de esta manera únicamente corresponderá su conformación cuando exista un mandato judicial proveniente de un proceso de amparo o contencioso administrativo (...)"

Para justificar la restricción en el acceso al trámite de certificación médica, a la previa existencia de un "mandato judicial", EsSalud invoca el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia recaída en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC. Dicha afirmación, de plano debe ser descartada pues el precedente no lo indica, ni expresa, ni tácitamente. La restricción fluye de su interpretación.

Un aspecto que resulta sumamente relevante resaltar es que EsSalud parece no tomar en cuenta que el citado numeral precisa que el precedente no sólo es vinculante para los/as jueces/as sino también "para todos los poderes y organismos públicos", como es el propio EsSalud y la ONP.

El criterio restrictivo también ha sido sustentado en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2513-2007-PA/TC, el cual reitera la idea central del citado precedente; sin embargo EsSalud no considera otros aspectos relevantes de dicha sentencia, los cuales aludimos a continuación:

- a) En el fundamento jurídico 43, el Tribunal Constitucional precisó que los precedentes dictados a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC "requieren de una complementación", por lo que era necesario emitir reglas complementarias.
- b) Una de las reglas complementarias se fijó en el numeral 2.p. de la parte resolutive de la sentencia, en la cual se precisaba que en los casos de las demandas en trámite al momento de dictarse el precedente vinculante, en supuestos específicamente detallados, se debía otorgar un plazo de 60 días a los demandantes para adjuntar el certificado médico emitido por una comisión médica, bajo sanción de archivar el expediente.
- c) Finalmente, la regla complementaria más importante en la materia que nos ocupa, es la contenida en el numeral 3.d. de la parte resolutive, la cual precisa que las demandas interpuestas a partir del 19 de enero de 2008 (fecha de publicación de la STC N° 10063-2006-PA/TC) sobre otorgamiento de pensión al amparo del Decreto Ley N° 18846, deben anexar el certificado médico expedido por una comisión médica bajo pena de archivamiento (por improcedencia), sin que exista posibilidad de subsanar dicha situación.

Así, la regla complementaria del numeral 3.d. de la parte resolutive de la STC N° 2513-2007-PA/TC, presupone que la ciudadanía, indefectiblemente, debe poder

¹⁹ Mediante Oficio N° 627-GCPS-ESSALUD-2016, de fecha 05 de octubre de 2016.

contar con la certificación médica aludida antes de iniciar un proceso judicial, razón por la cual no cabe la posibilidad de que medie mandato judicial alguno.

Es menester precisar que los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, no solamente tienen impacto en el escenario judicial sino que también lo tienen en el trámite administrativo, en este caso de otorgamiento de pensión.

Así, debe tenerse presente que la derogación del Decreto Ley N° 18846 generó una laguna legal en el trámite administrativo pensionario que debe ejecutar la ONP, sin embargo de acuerdo, a lo dispuesto por el artículo VIII de la Ley del Procedimiento Administrativo General, dicha entidad no podía dejar de resolver por deficiencia de fuentes. En ese sentido, el fundamento jurídico 96 de la STC N° 10063-2006-PA/TC, que también tiene la calidad de precedente vinculante, viene a cubrir el vacío al señalar que:

“En el caso de la calificación de pensiones de invalidez conforme a lo establecido por el artículo 26° del Decreto Ley 19990, es la Comisión (...) el órgano competente para realizar la evaluación médica (...) Esta forma (...) es aplicable, mutatis mutandi, a las pensiones de invalidez por enfermedad profesional del Decreto Ley 18846, cuya regulación primigenia establecía que la renta se encontraba sujeta a la declaración de incapacidad practicada por una Comisión Evaluadora de Incapacidades. Tal circunstancia, evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales, la evaluación médica debería ser practicada por el órgano llamado por ley (...).”

a.1. Sobre los pedidos de conformación de Comisiones Médicas Calificadoras de la Incapacidad - CMCI en la zona sur del país

Se debe dejar constancia que vinculada a esta temática existen colectivos de pensionistas²⁰ que han venido solicitando a EsSalud la conformación de comisiones médicas en zonas distintas a la capital del país. Dicha entidad, aplicando el requisito del mandato judicial, ha condicionado la evaluación del pedido a la remisión de información sobre la cantidad de dichos mandatos en las zonas en las que se requeriría de una CMCI²¹.

Al respecto es menester reiterar que el citado requisito resulta arbitrario, por lo que debe ser eliminado. Asimismo, no resulta indispensable la designación de comisiones especializadas para la certificación médica en base a los criterios del Decreto Ley N° 18846, ya que las CMCI que vienen operando al amparo del artículo 26 del Decreto Ley N° 19990 son también competentes para hacerlo, en virtud del precedente vinculante del Tribunal Constitucional. No obstante, de permanecer el criterio de la especialidad, EsSalud debe procurar la cobertura de este servicio a nivel nacional.



²⁰ Es el caso de la Asociación de pensionistas mineros, metalúrgicos y siderúrgicos de Cerro Verde y bases zona sur del Perú

²¹ Ver por todos el Oficio N° 005-GCAJ-ESSALUD-2017, de fecha 06 de febrero de 2017, expedido por la Gerencia Central de Asesoría Jurídica de EsSalud.