

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Discriminación en el Sistema Privado de Pensiones Peruano a trabajadores con discapacidad
para acceder a la pensión de invalidez permanente

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogada

Autora:

Astrid Carolina Flores Huamani

Asesora:

Flor de Maria Lizzeth Ynga Morales

Lima, 2022

Resumen

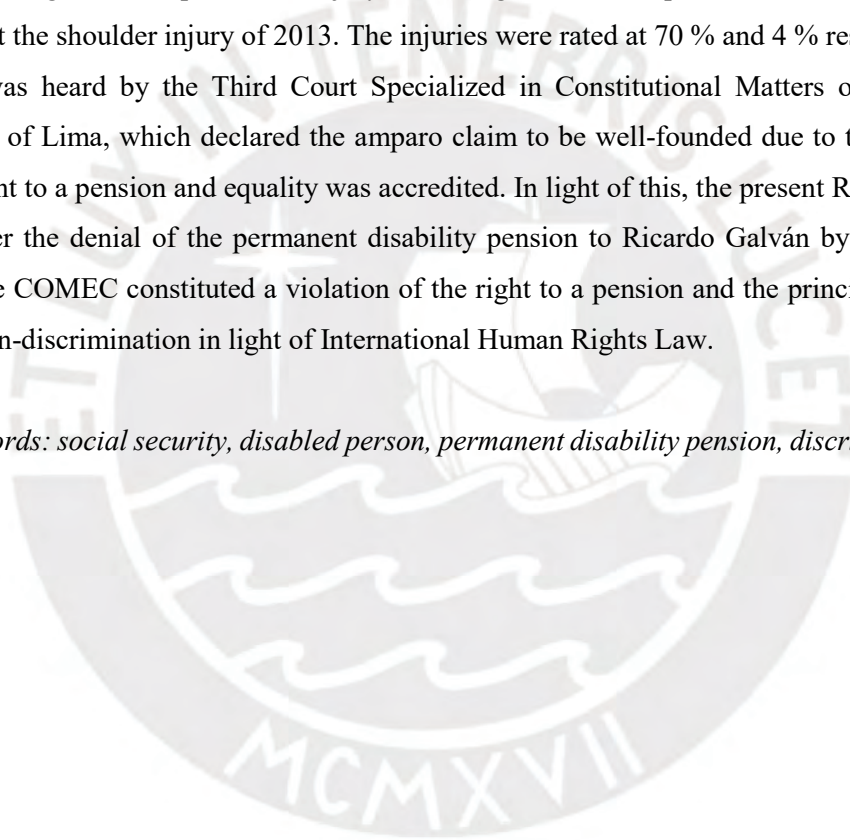
El caso versa sobre la vulneración del derecho a la seguridad social y el principio de no discriminación de Ricardo Galván en el marco de un proceso constitucional de amparo. Ricardo Galván es una persona con discapacidad física que se afilió en 1996 al Sistema Privado de Pensiones con una lesión medular producto de meningitis tuberculosa. En 2013 a partir de una lesión en el hombro producto de periartritis escapulo humeral solicitó una pensión de invalidez permanente. El COMAFP y el COMEC denegaron otorgar la pensión de invalidez permanente al determinar que la lesión medular de 1990 generó la condición de invalidez permanente y no la lesión en el hombro de 2013. Las lesiones fueron porcentualizadas en 70% y 4% respectivamente. El caso fue visto por el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima que declaró fundada la demanda de amparo por acreditarse la vulneración del derecho a la pensión e igualdad. Frente a ello se discute en el presente Informe si la denegación de la pensión de invalidez permanente a Ricardo Galván por el COMAFP y el COMEC constituyó una vulneración del derecho a la pensión y el principio de igualdad y no discriminación a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave: seguridad social, persona con discapacidad, pensión de invalidez permanente, discriminación.

Summary

The case deals with the violation of Ricardo Galván's right to social security and the principle of non-discrimination in the context of a constitutional amparo proceeding. Ricardo Galván is a physically disabled person who joined the Private Pension System in 1996 with a spinal cord injury resulting from tuberculous meningitis. In 2013 as a result of a shoulder injury resulting in the condition of scapulohumeral periarthritis, he requested a permanent disability pension. The COMAFP and the COMEC denied granting the permanent disability pension, determining that the spinal cord injury of 1990 generated the permanent disability condition and not the shoulder injury of 2013. The injuries were rated at 70 % and 4 % respectively. The case was heard by the Third Court Specialized in Constitutional Matters of the Court of Justice of Lima, which declared the amparo claim to be well-founded due to the violation of the right to a pension and equality was accredited. In light of this, the present Report discusses whether the denial of the permanent disability pension to Ricardo Galván by the COMAFP and the COMEC constituted a violation of the right to a pension and the principle of equality and non-discrimination in light of International Human Rights Law.

Key words: social security, disabled person, permanent disability pension, discrimination.



ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	Justificación de la elección del Expediente	2
III.	Relación de los hechos sobre los que versa la controversia del Expediente	2
IV.	Identificación de los principales problemas jurídicos	6
V.	Consideraciones previas	7
	V1 Normativa internacional del derecho a la seguridad social y discapacidad	7
	V2 Derecho de seguridad social desde una perspectiva de discapacidad	10
	V3 Distinción del contenido normativo de los términos: deficiencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente para el trabajo	17
VI.	Análisis y posición sobre los problemas identificados en el Expediente	20
	VI1 Problema principal: Análisis de la legalidad de la denegatoria de la pensión de invalidez permanente a Ricardo Galván	20
	VI.1.1 La denegación de la pensión de invalidez permanente de Ricardo Galván como un acto de discriminación por motivo de discapacidad	21
	VI.1.2 Problemas en la determinación de la fecha de ocurrencia del siniestro de invalidez y en la porcentualización del grado de invalidez en el caso Ricardo Galván	25
	VI2 Primer problema secundario: La obligación del Estado frente al rol de las Compañías de Seguros cuando excluyen a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez permanente	27
	VI3 Segundo problema secundario: Interpretación del artículo 115 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en el extremo de no otorgar pensión de invalidez por “preexistencias”	32
VII.	Conclusiones	35
VIII.	Recomendaciones	36
IX.	Bibliografía	37

I. Introducción

El presente Informe Jurídico se sustenta en normatividad nacional e internacional referente a la regulación del derecho a la seguridad social, pensión de invalidez y el mandato de igualdad y no discriminación. Se precisa que el marco normativo jurídico será a partir del ordenamiento peruano y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistema Universal de Derechos Humanos y Organización Internacional del Trabajo.

El problema principal del expediente 30851-2014-0-1801-JR-CI-03 (en adelante Expediente) corresponde a la vulneración del derecho a la pensión de invalidez permanente y el principio de igualdad y no discriminación de Ricardo Galván Gildemeister (en adelante Ricardo Galván o el demandante), quién es una persona con discapacidad física. Dicha vulneración fue realizada por el Comité Médico de las AFP (en adelante COMAFP) y el Comité Médico de la Superintendencia (en adelante COMEC).

El presente informe busca analizar la legalidad de la denegatoria de la pensión de invalidez permanente a Ricardo Galván. Para ello, analizaremos si la denegación de la pensión de invalidez permanente de Ricardo Galván deviene en un acto de discriminación por motivo de discapacidad. Asimismo, identificaremos los problemas jurídicos en la determinación de la fecha de ocurrencia del siniestro de invalidez y en la porcentualización del grado de invalidez en el caso Ricardo Galván.

Por otro lado, estudiaremos la obligación del Estado peruano frente al rol de las Compañías de Seguros cuando excluyen a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez. Además, realizaremos una distinción del contenido normativo de los términos: deficiencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente para el trabajo. Por último, tomaremos posición respecto a la interpretación del artículo 115 del Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en el extremo de no otorgar pensión de invalidez por “preexistencias”.

II. Justificación de la elección del Expediente

El presente caso resulta novedoso para la comunidad jurídica, ya que representa un avance importante en el acceso del derecho a la pensión de las personas con discapacidad física en Perú. Con la emisión de la sentencia, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional reconoce la vulneración del derecho a la pensión y el principio de igualdad de una persona con discapacidad física. En esa línea, el caso se convierte en relevante, pues el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional por primera vez proteger ambos derechos a una persona con discapacidad física aplicando estándares internacionales de protección de derechos humanos de las personas con discapacidad y legislación comparada.

En el ámbito del Derecho a la Seguridad Social, el expediente es relevante pues permite analizar si existe o no una vulneración del derecho a la pensión de invalidez y el principio de igualdad y no discriminación a una persona con discapacidad física. Asimismo, el caso promueve el debate en torno a la interpretación que debe seguirse respecto del artículo 115 del Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones respecto a la restricción del derecho a la pensión de invalidez a las personas con discapacidad cuando se presentan “preexistencias”.

En el ámbito del Derecho Internacional, el caso nos permite analizar la respuesta del Estado peruano a la luz de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Además, el expediente aborda la discusión internacional sobre el acceso a la seguridad social y el mandato de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en razón de su discapacidad. Estos argumentos resultan aportes valiosos para las resoluciones de los órganos jurisdiccionales que se enfrenten a un caso similar.

III. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia del Expediente

Antecedentes

En 1990¹, Ricardo Galván tuvo una lesión medular, la cual fue diagnosticada como meningitis tuberculosa². En 1990 y 1991 fue intervenido quirúrgicamente dos veces en la

¹ Ricardo Galván nació en 1971, siendo que en 1990 tenía 19 años de edad.

² Según la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) de la Organización Mundial de la Salud la meningitis tuberculosa es una enfermedad de las meninges, causada por una infección con la bacteria

columna vertebral por paquimeningitis, quedando parapléjico. Como consecuencia, en 1991, a partir de la presencia de una deficiencia física (no poder caminar) y barreras sociales Ricardo Galván se convirtió en una persona con discapacidad física usuaria de silla de ruedas.

Es importante señalar que la situación de discapacidad de Ricardo Galván no impidió su desarrollo académico y profesional. Por un lado, concluyó sus estudios universitarios de ingeniería agrícola en la Universidad Nacional Agraria La Molina, en 1995 se tituló y realizó estudios de maestría y especializaciones en España y Colombia. Por otro lado, desde 1994 trabajó de manera ininterrumpida en diferentes entidades públicas y privadas. Es así que el 13 de agosto de 1996 se afilió a la Aseguradora Privada de fondo de Pensiones Integra –Afp (AFP Integra).

En 2013, Ricardo Galván presentó una lesión en el hombro bajo diagnóstico de periartritis escápulo humeral. A partir de la lesión no pudo impulsar con sus hombros su silla de ruedas y, por tanto, no pudo continuar con su trabajo. En consecuencia, en un primer momento, solicitó una pensión de invalidez parcial, la cual duró 11 meses. El 23 de mayo de 2013, el Centro de Medicina de Ejercicio y Rehabilitación a través de una ficha de evaluación médica señaló que la invalidez de Ricardo Galván se originaba por su paraplejía y no por la lesión de su hombro. Pese a ello, el 26 de noviembre de 2013, Ricardo Galván solicitó la evaluación y calificación de su estado de Invalidez a AFP Integra a fin de obtener una prestación de invalidez en el Sistema Privado de Pensiones (en adelante SPP).

Vía administrativa

El 20 de enero de 2014, el COMAFP emitió el Dictamen N° 0203-2014, en el cual, por un lado, diagnosticó a Ricardo Galván con paraplejía³ y secuelas de tuberculosis del sistema nervioso central⁴ y les asignó un menoscabo ascendente al 70% mientras que a las anormalidades de la marcha y de la movilidad⁵ le asignó un menoscabo de 4%, en concordancia con el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (en

Mycobacterium tuberculosis. Se caracteriza por fiebre, dolor de cabeza o déficit neurológico. La transmisión es a través de la diseminación hematógena a las meninges después de la inhalación de secreciones respiratorias infectadas. La confirmación es por la identificación de la Mycobacterium tuberculosis en el líquido cefalorraquídeo.

³ Código G82 del MECGI.

⁴ Código B900 del MECGI.

⁵ Código R26 del MECGI.

adelante MECGI) aprobado mediante Resolución N° 058-94-EF/SAFP. Por otro lado, calificó las dos primeras enfermedades como total, permanente y definitiva con fecha de ocurrencia desde el 1 de enero de 1990 considerando que se trataba de un caso de preexistencia. En esa línea, el 05 de febrero de 2014, el COMEC emitió el Dictamen N° 0068-2014, el cual reprodujo lo mencionado por el Dictamen N° 0203-2014. Posteriormente, el 05 de marzo de 2014, el COMEC emitió el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez N° 0123-2014, en la cual confirmó (i) el grado de menoscabo de 70% al Sistema Nervioso Central-Lesiones de la Médula, (ii) el grado de menoscabo de 4% al Sistema Musculo Esquelético-Rangos de hombros, (iii) el grado de menoscabo de 0% por factores complementarios, (iv) la fecha de 1 de enero de 1990 como fecha de ocurrencia de la invalidez y (v) la naturaleza total, permanente y definitiva de la invalidez.

Vía judicial

Fundamentos de la demanda

El 11 de marzo de 2016, bajo Resolución N°4 se admitió a trámite la demanda y traslado correspondiente. Los principales argumentos de la demanda son las siguientes: (i) el COMAFP y el COMEC no distinguen la condición de discapacidad de la condición de invalidez permanente para el trabajo, (ii) la condición de invalidez fue adquirida en 2013 y no en el año 1990, (iii) lo contrario implicaría que Ricardo Galván por su condición de discapacidad es inválido para el trabajo desde el año 1990, (iv) el MECGI no considera la condición de personas con discapacidad física usuarias de silla de ruedas, (v) dicha omisión los discrimina, ya que se otorga un mínimo porcentaje a sus hombros y brazos cuando estos representaban su principal fuerza motriz y, por consiguiente, (vi) se vulnera los derechos a acceder a una pensión y a la igualdad.

Fundamento de la contestación

En esa línea, el 19 de abril de 2016, la SBS se apersona al proceso, deduce excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda señalando que esta debe ser declarada improcedente. Asimismo, en la Resolución N°6 señalan que (i) los pronunciamientos médicos cuestionados han sido expedidos de acuerdo a ley, (ii) han determinado que la invalidez del demandante asciende a un 70%; (iii) se configura preexistencia, ya que la fecha de ocurrencia de la invalidez es el 1 de enero de 1990 y (iv) no corresponde otorgar la pensión de invalidez.

El 02 de agosto de 2016, bajo Resolución N°7 se declara infundada la excepción deducida por SBS, saneado el proceso y se dispone dejar los autos en despacho para sentenciar. El 28 de setiembre de 2016, el COMAFP se apersona al proceso y contesta la demanda señalando que esta debe ser declarada infundada. En tanto que su representada determinó que la fecha de ocurrencia del demandante, conforme al MECGI, preexistió al 1 de enero de 1990, fecha en la cual alcanzó un porcentaje de menoscabo mayor al 50%. El 7 de noviembre de 2016, a través de la Resolución N°10 se tiene por apersonado al proceso al COMAFP y por contestada la demanda. El 16 de noviembre de 2016 a través de la Resolución 11 se declara fundada la demanda.

El 16 de noviembre de 2017, mediante Resolución N° 9, la Segunda Sala Civil Superior declaró nula la sentencia contenida en la Resolución N° 11 y dispuso que se incorpore al proceso a la AFP Integra y se continúe con el trámite del proceso según su estado. Así, el 14 de mayo de 2018, AFP Integra se apersona al proceso, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contesta la demanda señalando que su representada se ha limitado a seguir el procedimiento establecido por ley, pues, se ha limitado a recibir la solicitud de prestación de invalidez y de trasladar su pedido de evaluación a la COMAFP, siendo dicha entidad como la COMEC las encargadas de calificar la invalidez del demandante, por lo tanto, su representada no ha afectado derecho alguno del demandante. El 5 de julio de 2018, a través de la Resolución N° 17 se declara infundada la excepción deducida por AFP Integra, saneado el proceso y se dejan los autos en Despacho para sentenciar. El 12 de octubre del 2018, bajo Resolución N° 18 se tiene por incorporado al proceso a AFP Integra, y se declara la validez y subsistencia de los actos procesales realizados posteriores a la notificación de la demanda, anexos y auto admisorio.

El 6 de diciembre de 2018, a través de la Resolución N° 20 se incorporó como medio probatorio el examen médico ante el Instituto Nacional de Rehabilitación –INR, a fin de determinar si la invalidez para el trabajo del demandante tiene como consecuencia la lesión de su hombro ocurrido en el 2013, considerando su discapacidad preexistente desde el 1 de enero de 1990. Sin embargo, el 10 de junio de 2019 bajo Resolución N° 21 se señaló la imposibilidad indicada por el INR y, por tanto, se dispuso oficiar al hospital Almenara a fin de evaluar la invalidez para el trabajo del demandante y determinar si esta se produjo como consecuencia de la lesión del hombro ocurrida en el 2013. El 6 de octubre de 2020, bajo

Resolución N° 26 se recibe informes del hospital Almenara y se dispuso dejar los autos en Despacho para expedir sentencia.

Fallo

El 18 de mayo de 2021, mediante Resolución N°27, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y declaró nulo el Dictamen N° 68-2014 y del Dictamen N° 0203-2014 emitidos por COMAFP y COMEC. Asimismo, ordenó al COMAFP y COMEC que la fecha de ocurrencia de la invalidez total, permanente y definitiva fuera el 23 de mayo de 2013 cuando Ricardo Galván tuvo la lesión del hombro. Por último, ordenó a AFP Integra que otorguen a Ricardo Galván la pensión de invalidez permanente con las pensiones devengadas, partir del 23 de diciembre de 2013.

IV. Identificación de los principales problemas jurídicos

Problema principal

- ¿Constituyó una vulneración del derecho a la pensión y del principio a la igualdad y no discriminación la denegación de la pensión de invalidez permanente de Ricardo Galván?

Problemas secundarios

- ¿Cuál es la obligación del Estado frente al rol de las Compañías de Seguros cuando excluyen a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez?
- ¿Cuál debe ser la interpretación adecuada que debe realizarse respecto del artículo 115 del Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en el extremo de no otorgar pensión de invalidez por “preexistencias”?

V. Consideraciones previas

V.1 Normativa internacional del derecho a la seguridad social y discapacidad

Sistema Universal de los Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en su artículo 9 de manera general reconoce el respeto del derecho a la seguridad social por parte de los Estados (1976, art. 9). Con mayor precisión, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 22, reconoce el derecho a la seguridad social. Por consiguiente, sostiene que toda persona, incluyendo sus familiares, les ampara el derecho a tener una vida de bienestar y salud (1948, art. 22). Además, en su artículo 25 afirma que toda persona tiene “derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, **invalidez**, viudez, vejez [...]” (la negrita es nuestra) (1948, art. 25). Como se puede notar el bloque normativo hace énfasis en el principio de universalidad de la seguridad social no dejando posibilidad de exclusión de ninguna persona, inclusive extiende su protección a los familiares. Es preciso reconocer que este derecho cobra relevancia ante grupos en situación de vulnerabilidad como son las personas con discapacidad cuando enfrentan contingencias como la invalidez.

Por otro lado, a partir de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD) se reconoció por primera vez el derecho a la seguridad social a favor de las personas con discapacidad en su artículo 28. De hecho, explícitamente se reconoce la prohibición de la discriminación por motivo de discapacidad frente a este derecho, indicando cuál sería la ruta para promover y proteger este derecho.

En esa línea, los Estados Parte al regular e interpretar la normativa nacional del derecho a la seguridad social deben hacerlo a la luz de los principios de la CDPD: mandato de no discriminación, participación e inclusión social, igualdad de oportunidades, accesibilidad e igualdad. Asimismo, es importante que apliquen el modelo social de la discapacidad. Caso contrario, se seguirá retrocediendo con el modelo rehabilitador, el cual sostiene que la discapacidad imposibilita trabajar y que es necesario siempre una opinión médica que ponga punto final a la protección o no de un derecho fundamental.

En efecto, el derecho a la seguridad social se irradia bajo el principio de universalidad, ya que reconoce el derecho a toda persona sin distinción e inclusive amplia la titularidad del derecho a la familia de la persona beneficiada. A ello se agrega que este derecho se vincula con el derecho a la salud y a la pensión de invalidez.

Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 26 pone de manifiesto que “los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales [...]” (CADH, 1969, art.26). En tanto que la seguridad social es un derecho social se ve irradiado por este instrumento. Así, por un lado, el Perú tiene el deber de realizar acciones internas para que sus ciudadanos puedan ejercer su derecho a la seguridad social. Por otro lado, estas acciones no pueden ser aplazadas bajo el principio de progresividad, ya que el fundamento del principio se sostiene en que los Estados a partir de su propio contexto social y económico se obliguen a adoptar medidas constantes para una plena realización de derecho. Entonces, progresividad no es justificación para la inacción o incumplimiento del derecho a la seguridad social.

Ahora, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador (en adelante PSS) señala que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (...)” (1988, art. 9). Es interesante la redacción del artículo, ya que reitera el reconocimiento del derecho para todas las personas sin distinción, es decir, incluye personas con discapacidad. Asimismo, hace especial mención a la protección de grupos en situación de vulnerabilidad como personas adultas mayores y personas con discapacidad para que gocen de una vida digna y con bienestar.

Asimismo, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador detalla que “es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales” (1947, art.28). Además, la CDPD en

su artículo 28 reconoce el derecho de la seguridad social enfatizando que se goza dicho derecho sin discriminación por motivo de discapacidad (CDPD, 2006, art.28).

Pues bien, los anteriores instrumentos internacionales recaban una serie de obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social que deben cumplir los Estados Parte. Las características de estas obligaciones son su (i) exigibilidad inmediata y su (ii) carácter progresivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso *Muelle Flores Vs. Perú* ha señalado, por un lado, la exigibilidad inmediata a las prestaciones de la seguridad social garantizando el derecho a la igualdad y no discriminación a través de medidas eficaces; por otro lado, el carácter progresivo es un constante avance a la plena realización del derecho a través de medidas legislativas u otras acciones, tomando en cuenta los recursos de cada Estado (Corte IDH, 2019, párr. 190).

Ahora, cabe resaltar que la Corte IDH a través de su jurisprudencia más relevante en materia de seguridad social ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de los siguientes casos: (i) Caso Asociación Nacional de Cesantes y jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú (2019) y (ii) Caso Muelle Flores Vs. Perú (2019). A partir de un análisis jurisprudencial se ha podido identificar que las obligaciones de los Estados Parte en relación al derecho de seguridad social son múltiples. Así, en cada uno de los dos casos mencionados la Corte IDH ha reafirmado que debe existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones con la debida fiscalización de los Estados respecto del SPP (Corte IDH, 2019, párr. 175, 2019, párr.192).

Asimismo, que se “garantice que las prestaciones sean suficientes en importe y duración para que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación” (Corte IDH, 2019, párr. 175, 2019, párr.192). En tanto que la calidad de vida de las personas con discapacidad debe verse garantizado a partir de las prestaciones. Además, debe haber accesibilidad para obtener una pensión. Es decir, se deberán brindar ajustes razonables proporcionados y transparentes para acceder a ella. Es por ello que “los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho” (Corte IDH, 2019, párr. 175, 2019, párr.192). Por consiguiente, es importante que las personas con discapacidad tengan acceso a mecanismos de denuncia accesibles y con posibilidad de implementar ajustes razonables

frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar sus derechos de seguridad social, acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Sobre esta base, el derecho a la seguridad social ha sido respaldado en diferentes instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, incluyendo jurisprudencia en este último Sistema y el mandato de no discriminación y el derecho a la igualdad. Lo anterior, es importante de resaltar, ya que automáticamente los Estados Parte se obligan a cumplir con respeto, garantía y de ser necesario adaptación de su regulación interna para el cumplimiento de dichos derechos.

V2 Derecho de seguridad social desde una perspectiva de discapacidad

A lo largo de la historia tanto la seguridad social como la concepción de la discapacidad ha evolucionado a partir de las condiciones sociales, económicas y culturales. Si bien, los avances de la seguridad social pueden organizarse a partir de tres fases (medidas de protección social, seguros sociales y sistemas de seguridad social) la concepción de la discapacidad también se ha estructurado a partir de tres grandes modelos (modelo de la prescindencia, modelo rehabilitador y modelo social de la discapacidad)⁶.

Dicho ello, en los estudios sobre la discapacidad se identifican tres grandes modelos que han evolucionado con el tiempo y que han sentado las bases sobre la concepción que tiene la sociedad sobre la discapacidad (Palacios, 2008, págs.37-38). Nos referimos al modelo de la prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social de la discapacidad. En efecto, estos modelos han tenido un impacto directo en el acceso y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, siendo que todavía existen rezagos de los dos primeros modelos que impactan negativamente en el modelo actual. Así, dependiendo qué modelo se siga se construye un derecho a la seguridad social inclusivo o restrictivo. Es por ello, relevante mapear y conocer estos modelos para continuar progresando en la concepción de discapacidad.

⁶ Theresia Degener sostiene un nuevo modelo llamado “Modelo de Derechos Humanos de la Discapacidad”. Si se desea saber más puede revisar la siguiente obra: Degener, T. (2017). “A New Human Rights Model of Disability”, The United Nation Convention on the Rights of Person with Disabilities, A Commentary , Della Fina, V., Cela, R., Palmisano G. (Editors), Springer, pp. 42 a 59.

El modelo de la prescindencia fue el primero que surgió desde la Edad Antigua. A la par, en esta época surgieron medidas de protección social como, por ejemplo: asistencia social, ahorro individual y colectivo, los mecanismos basados en la idea de solidaridad y mutualidad, el seguro privado, etc. Así, en Esparta de la antigua Grecia se forjó la idea que la discapacidad era “un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza se encuentra rota y que se avecina una catástrofe” (Palacios, 2008, pág.37). El asesinato de los niños y niñas con discapacidad física era un hecho permitido y común. Pues, la idea central de este modelo es que la discapacidad se considera como una carga o un retroceso para la sociedad. En esa línea, la persona con discapacidad es innecesaria o prescindible, ya que no genera algún aporte a la sociedad. Sin embargo, a las personas que adquirirían alguna deficiencia como consecuencia de participar en la guerra se les otorgaba un trato favorablemente diferente.

Bajo esta forma de entender la discapacidad, los mecanismos de protección social no tenían cabida para las personas con discapacidad preexistente sino solo para los guerreros con discapacidad sobrevenida. Si se construyera un SPP bajo el modelo de la prescindencia lo más probable es que se prohibiría la inclusión de las personas con discapacidad preexistente al derecho a la seguridad social. Si bien, actualmente es inviable dicho modelo no podemos negar que subsiste en las acciones ejecutadas por la sociedad. Por ejemplo, cuando las AFPs limitan o excluyen del acceso a las personas con discapacidad a un seguro o pensión por considerarlas una mayor carga económica al no generarles rentabilidad.

Posteriormente, surge el modelo médico o rehabilitador, el cual llegará a consolidarse en el siglo XX. Este modelo entiende que la discapacidad es equiparable a una enfermedad o a un problema que debe ser solucionado por la persona (y no por la sociedad) (Palacios, 2015, p.12). Así, es responsabilidad de la persona con discapacidad rehabilitarse o curarse para ser incluida en la sociedad. En caso ello no sea posible, la persona con discapacidad será afectada seriamente en el ejercicio de sus derechos, será excluida y dependiente de medidas asistencialistas (MIMP & Bregaglio, 2021, pág.24).

En correlato, durante este periodo los seguros sociales aparecen en países como Gran Bretaña, Luxemburgo y Rumania, siendo especialmente interesante la política social británica (González 1998, p.10). Sin embargo, fue entre 1906 a 1914 que se realizó programas de

reformas sociales al Seguro Nacional a causa de la formación del Partido Laborista (1905); así, en 1911 se crea la “National Insurance Act” en Gran Bretaña, el cual es un seguro de enfermedad y de invalidez (González 1998, p.10). Asimismo, a partir de 1914 empiezan a tener mayor fuerza como efecto del inicio de la Primera Guerra Mundial los seguros sociales basados en un modelo rehabilitar. En efecto, es este modelo el que compatibiliza más con la postura del SPP, ya que restringen el acceso a la pensión de invalidez permanente de las personas con discapacidad a una previa calificación médica de la invalidez sustentada en un instrumento que no incluye enfoque de discapacidad.

Actualmente, se sigue el modelo social de la discapacidad, el cual es el modelo internacionalmente aceptado. La idea central de este modelo es que la discapacidad no radica en la persona, sino en la sociedad. Este cambio de enfoque es trascendental porque no se responsabiliza a la persona con discapacidad de lograr su inclusión, sino a la sociedad. Así, la sociedad tiene la obligación de adoptar medidas para eliminar las barreras (legales, actitudinales, arquitectónicas y comunicacionales) que restringen el ejercicio del derecho, la implementación de medidas de accesibilidad y si es necesario la aplicación de ajustes razonables a favor de la persona con discapacidad.

En esa línea, la concepción del derecho a la seguridad social con un enfoque de discapacidad se origina con el reconocimiento internacional de este modelo en el literal e) del Preámbulo, el artículo 1 y el artículo 28, inciso 2, literal e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD). Bajo análisis, este instrumento plantea que la discapacidad se genera por la interacción de deficiencia(s) y barrera(s) (arquitectónicas, comunicacionales, actitudinales o legales) interpuestas por la sociedad que restringen el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas (CDPD, 2006, art.28). Por consiguiente, en cumplimiento de este instrumento internacional es importante verificar que la aplicación de las normas peruanas sobre seguridad social y pensión de invalidez sean interpretadas bajo el enfoque de discapacidad.

El derecho a la seguridad social se define como un sistema de protección social, ya que a través del otorgamiento de diferentes prestaciones busca cubrir las contingencias que se presenten a lo largo de la vida con el objetivo que las personas puedan cubrir necesidades básicas en base a la redistribución de la renta (González & Paitán, 2017, pág. 40) (Abanto,

2014, pág. 20). De acuerdo con el artículo 10⁷, 11⁸ y 12⁹ de la Constitución Política del Perú toda persona tiene derecho a la seguridad social frente a contingencias reconocidas por la ley, libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, siendo que los fondos de la seguridad social son intangibles (1993). En esa línea, la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos con el objetivo de mejorar la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

Sumado a ello, el Tribunal Constitucional peruano define a la seguridad social como una “garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado peruano” (Tribunal Constitucional, 2004, párr.54). Bajo una lectura analítica, se puede concluir que las formas en que se manifiesta el derecho a la seguridad social es bajo una dimensión subjetiva y objetiva. Por un lado, se encuentran la titularidad del derecho (subjetivo). Es decir, la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, etc). En efecto, normativa legal que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. Por otro lado, el cumplimiento de los principios de universalidad, progresividad, solidaridad, ente otros y la estructura del derecho (González & Paitán, 2017, pág. 41).

La seguridad social se protege normativamente mediante el amparo. De acuerdo con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, el amparo procede ante la defensa del derecho a la seguridad social y derechos conexos (Congreso de la República, 2021, art. 44); y la demanda se presenta ante el juez constitucional.

En la jurisprudencia constitucional, la seguridad social se ha distinguido del derecho a la pensión sin negar su vinculatoriedad. La seguridad social aparece como una garantía

⁷ “Artículo 10.- Derecho a la seguridad social:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.” En: Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 1993, artículo 10.

⁸ “Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones:

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”. En: Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 1993, artículo 11.

⁹ “Artículo 12.- Fondos de la seguridad social:

Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”. En: Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 1993, artículo 12.

institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión. Así, tanto la seguridad social como el derecho a la pensión forman una dupla esencial para garantizar una vida digna. De ahí que el derecho a la pensión constituye una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social¹⁰ (Tribunal Constitucional, 2005, párr. 19).

Por otro lado, para Landa el contenido básico del derecho a la pensión incluye: (i) el otorgamiento periódico de una prestación, la cual reemplaza la remuneración que se percibía por el trabajo para afrontar contingencias de la vida final de la persona, (ii) el cumplimiento del requisito de una edad para el goce del derecho, (iii) el cumplimiento de aportar suma de dinero de manera periódica, (iii) el cumplimiento de un número de años durante la etapa laboral (Landa, 2017, pág.154).

Siendo que Perú tiene la obligación de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en el acceso a la protección social sin discriminación y, por consiguiente, a una pensión de invalidez. Es necesario un examen de la actual normativa sobre seguridad social, con énfasis en la pensión de invalidez, desde un enfoque de discapacidad. Bajo dicha perspectiva se busca constatar si el Estado Peruano ha tenido en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad al crear las normas.

El artículo 7 de la Constitución Política del Perú protege el derecho de las personas con discapacidad de manera general, indicando que:

[...] la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención readaptación y seguridad (1993).

Si bien el artículo hace referencia a “persona incapacitada” se resalta que es el único artículo que indirectamente hace referencia a las personas con discapacidad a nivel constitucional. Asimismo, en diciembre del 2012 se aprobó la Ley General de la Persona con Discapacidad (en adelante LGPD) con el objetivo de establecer el marco legal para la protección de los

¹⁰ Tribunal Constitucional. *Sentencia. Expediente 10087-2005-PA/TC*. Emitida el 18 de diciembre de 2007, fundamento 19; *Sentencia. Expediente 06612-2005-PA/TC Ica*. Emitido el 31 de diciembre del 2007, fundamento 18; y *Sentencia. Expediente 10063-2006-AA/TC*. Emitido el 6 de diciembre del 2007, fundamentos 6, 26, 29, 150, 151.

derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones (Congreso de la República, 2012, art. 1). De manera general, la tercera disposición complementaria final implementa responsabilidad, planes y programas dirigidos al acceso de la persona con discapacidad a la seguridad social (Congreso de la República, 2012). De manera específica, el artículo 28 de la LGPD garantiza el acceso de la persona con discapacidad al derecho a la pensión sin discriminación (Congreso de la República, 2012).

A partir del Decreto Ley 25897, ahora regulado por el Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (en adelante Ley SPP), se creó el SPP, conformado por las AFPs a causa de una gran crisis financiera que convulsionó el Sistema Nacional de Pensiones. El objeto de la norma es el desarrollo y fortalecimiento del derecho a la seguridad social a través de pensiones, siendo una de estas la de invalidez, administrada por las AFPs (Poder ejecutivo, 1997, art. 1). Hasta aquí podemos mencionar que en la Ley SPP no existe mayor desarrollo de la pensión de invalidez a excepción de su artículo 50 que nos deriva a su Reglamento.

El Decreto Supremo 004-98-EF (en adelante Reglamento de la Ley SPP), en su artículo 112 empieza a delinear la problemática en el otorgamiento de la pensión de invalidez a las personas con discapacidad, ya que señala que el contrato de administración de riesgos establece como caso excluido a las preexistencias que presenta la cobertura de los afiliados (Reglamento de la Ley SPP, 1998, art. 112). En esa misma línea, el artículo 116 resalta que la cobertura de la pensión de invalidez y las exclusiones del artículo 112 dependerá de la fecha de ocurrencia del siniestro.

El artículo 115 del Reglamento de la Ley SPP señala quién tiene derecho a una pensión de invalidez: “los trabajadores afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial, no originada por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias [...]” (Reglamento de la Ley SPP, 1998, art. 115).

Asimismo, distingue dos condiciones: invalidez parcial e invalidez total. La primera se aplica para el trabajador con incapacidad física o mental que quede impedido de manera prolongada en un 50% o más de su capacidad para el trabajo siempre y cuando ésta no alcance las dos terceras partes (2/3) de la misma (Reglamento de la Ley SPP, 1998). En cambio, la invalidez

total se otorga al trabajador que presente una incapacidad física o mental que quede impedido de manera permanente para el trabajo en por lo menos dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo.

Término	Tipo de incapacidad	Naturaleza de la incapacidad	Menoscabo de capacidad para el trabajo	Responsable de diagnóstico
Invalidez parcial	Física o mental	Prolongada	Mínimo: 50% o más Máximo: 2/3	Primera instancia: COMAFP Segunda instancia y última: COMEC
Invalidez total	Física o mental	Permanente	Mínimo: 2/3 Máximo: no definido	Primera instancia: COMAFP Segunda instancia y última: COMEC

Elaboración propia

La exclusión de la pensión de invalidez difiere respecto a si se califica al trabajador en una invalidez parcial o invalidez total. Así, de ser parcial le corresponde al seguro no sólo cubrir la pensión de invalidez, sino también el aporte del fondo del afiliado para que goce de su pensión de jubilación futura. En cambio, de ser total el seguro paga la diferencial entre el fondo del afiliado y los costos de una pensión de invalidez, ello con el propósito de completar el fondo necesario para que el afiliado goce de una pensión de invalidez completa. Ahora, un tema muy preocupante que se desliga de la aplicación de la regulación nacional es la exclusión de las personas con discapacidad del goce de una pensión con invalidez, aun hayan realizado los aportes al fondo.

La regulación del sistema comprende tantos puntos que es fácil mediante una leve modificación en alguno de ellos introducir variables que importan discriminación (Plá, 2013, p. 210). Una primera lectura del artículo 115 del Reglamento de la Ley SPP podría restringir este derecho a los trabajadores que sufran accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Sin embargo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley SPP ha dejado

claro que sólo se excluyen aquellos que ya estén cubiertos por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

Por último, la Resolución 232-98-EF-SAFP, que aprueba el Título VII del Compendio de Normas de la Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a las prestaciones, establece que no tendrán cobertura del seguro por los riesgos de invalidez las personas con enfermedades preexistentes (artículo 64-65: 1998).

Estos artículos son claros frente a la exclusión de las personas con discapacidad respecto de la pensión de invalidez en el SPP. De la lectura se logra identificar que el SPP no cubrirá ni otorgará una pensión de invalidez a las personas con discapacidad que hayan tenido una enfermedad o deficiencia previa al ingreso al SPP. En suma, podemos evidenciar que el Perú no cumple con su obligación de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en el acceso a la pensión de invalidez permanente en el SPP sin discriminación. En efecto, la normativa estudiada sobre seguridad social no se ha redactado desde un enfoque de discapacidad, ya que ha invisibilizado las situaciones que puedan pasar las personas con discapacidad. Sobre esta situación se profundizará en el punto VI.1.1 y VI.3.

V3 Distinción del contenido normativo de los términos: deficiencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente para el trabajo

Según el COMAFP y el COMEC Ricardo Galván es per se una persona inválida e incapacitada para el trabajo, lo cual genera que no pueda acceder a una pensión de invalidez. Esta conclusión a la que llegan se debe a una confusión en los términos de deficiencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente para el trabajo. A continuación, realizaremos una distinción entre los términos.

En primer lugar, el término **deficiencia** “es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo” (Palacios, 2008, pág. 123). Es decir, desde el enfoque social de la discapacidad no existe debate que la deficiencia puede ser físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Así las deficiencias son un hecho biológico que se adjudica a la persona.

En segundo lugar, la **discapacidad** es el resultado de la interacción entre la deficiencia y las barreras actitudinales, arquitectónicas, comunicacionales, legales generadas por la sociedad, las cuales evitan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (CDPD, 2006, art.1). Es decir, existen dos elementos obligatorios: deficiencia(s) y barrera(s).

En tercer lugar, el término **incapacidad para el trabajo** es abordado por instrumentos internacionales que ha emitido la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). En concreto, el Convenio 102 sobre la seguridad social (OIT, 1952) y el Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (OIT, 1967).

En esa línea, el Convenio 102 fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1952 y ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961. El artículo 14 y el artículo 32 del Convenio 102 utilizan el término “**incapacidad para trabajar**” señalándolo como un “resultado de un estado mórbido que entrañe la suspensión de ganancias” (OIT, 1952). Siguiendo el mismo instrumento, en el artículo 36 señala que “la disminución correspondiente de las facultades físicas es una causal **de incapacidad para trabajar**” (OIT, 1952). Llegando a su artículo 54 menciona que la contingencia cubierta comprende la “ineptitud para ejercer una actividad profesional en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será **permanente** o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad” (OIT, 1952). Así, “el Convenio 102 establece que todo Estado miembro debe de asumir la responsabilidad general de las prestaciones concedidas en aplicación del convenio y adoptar todas las medidas necesarias para ese fin” (Vidal, 2015, p.60).

De manera parecida, el artículo 8 del Convenio 128 señala que la contingencia cubierta comprende “la **incapacidad** para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta **incapacidad será permanente** o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial” (OIT, 1967).

Entonces, una persona con discapacidad se encontrará con incapacidad para el trabajo cuando a causa de un evento sobrevenido (enfermedad o accidente), se vea imposibilitado/a de desarrollar su actividad lucrativa. En otras palabras, “la incapacidad para el trabajo surge en aquellas ocasiones en las que la capacidad laboral para un empleo (o para todos los empleos)

está comprometida” (Bregaglio, Constantino, Galicia, Beyá 2016: 307). En esa línea, es razonable suponer que la persona con discapacidad sí podrá realizar otra actividad lucrativa que no sea similar a la que venía realizando. Así, este elemento de la actividad lucrativa cobra importancia, ya que determina la incapacidad. Asimismo, cuando una persona con discapacidad que presente una deficiencia tan severa que no pueda desempeñar ninguna actividad lucrativa.

En cuarto lugar, el artículo 115 del Reglamento de la Ley SPP contempla una definición sobre el concepto de **invalidez total** que tiene carácter permanente:

“Artículo 115.- Tienen derecho a la pensión de invalidez bajo la cobertura del seguro de invalidez [...]:

a) Invalidez Parcial: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental de naturaleza prolongada, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente a que se refiere el Capítulo siguiente, por la cual quede impedido en un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo, siempre y cuando ésta no alcance las dos terceras partes (2/3) de la misma.

b) Invalidez Total: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente, conforme a lo previsto en el Capítulo siguiente, por la cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo” (1998).

La SBS ha expresado su interpretación sobre la diferencia entre los conceptos de **invalidez absoluta permanente e invalidez total permanente**. Así ha señalado que la invalidez absoluta permanente implica un grado aún mayor de 2/3 de menoscabo que la invalidez total permanente y al existir el concepto de capacidad física no afectada existe la posibilidad que un trabajador afiliado al SPP pueda ejercer algún tipo de labor con el porcentaje residual de capacidad que mantendría si no llega a tener un menoscabo del 100% (MINTRA, 2012, s/p). En esa línea, entienden que ambos conceptos son agravantes uno a raíz de otro. La invalidez total permanente como la incapacidad relativa a la propia actividad bajo un nivel más agravado y la invalidez absoluta permanente es un concepto que se superpone al anterior sin abarcarlo completamente.

Término	Factor 1	Factor 2
Deficiencia	Deficiencia: física, auditiva, mental o intelectual	No aplica
Discapacidad	Deficiencia: física, auditiva, mental o intelectual	Barreras físicas, sociales, actitudinales o legales
Incapacidad para el trabajo	Menoscabo de capacidad temporal para el trabajo por deficiencia y/o enfermedad	No barreras generales, sino requisitos para un trabajo
Invalidez	Menoscabo de capacidad permanente para el trabajo por deficiencia y/o enfermedad	

Elaboración propia.

A partir de lo relatado podemos evidenciar que el uso de los términos “incapacidad para el trabajo” e “invalidez” no pueden ser usados bajo un mismo significado. Por el contrario, la OIT distingue lo permanente de lo temporal. “El uso de estos dos términos en partes distintas de los Convenios permite notar que la OIT considera dos situaciones significativamente distintas: i) una situación en la que la persona pierde la capacidad laboral para desempeñar su oficio o profesión de manera temporal (la incapacidad para el trabajo), y ii) una situación en la que la persona pierde la capacidad laboral para realizar cualquier trabajo de manera permanente (la invalidez)” (Bregaglio, Constantino, Galicia, Beyá 2016: 297). En otras palabras, cuando un trabajador con discapacidad pierde la capacidad laboral de manera temporal se califica como una incapacidad para el trabajo. En cambio, cuando un trabajador con discapacidad pierde su capacidad laboral de manera permanente se califica como invalidez. En ese sentido, planteamos que se califique la incapacidad para el trabajo sobre la actividad o las actividades que comúnmente realiza el trabajador que solicita la pensión de invalidez.

VI. Análisis y posición sobre los problemas identificados en el Expediente

VI.1 Problema principal: Análisis de la legalidad de la denegatoria de la pensión de invalidez permanente a Ricardo Galván

La pretensión principal de la demanda de amparo es declarar la nulidad de los Dictámenes N° 68-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, y N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, a través de la cual, se calificó el grado de invalidez ascendente a 70% como preexistente a la fecha de su afiliación, se afectó el derecho a la pensión e igualdad del demandante. De realizarse ello, como consecuencia, se ordenaría que la emplazada le otorgue la pensión de invalidez permanente regulada en el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF, con las respectivas pensiones devengadas, considerándose como fecha de contingencia el año 2013.

Para conocer la legalidad de este acto es preciso revisar: (i) La denegación de la pensión de invalidez permanente de Ricardo Galván como un acto de discriminación por motivo de discapacidad; y (ii) los problemas en la determinación de la fecha de ocurrencia del siniestro de invalidez y en la porcentualización del grado de invalidez en el caso Ricardo Galván.

VI.1.1 La denegación de la pensión de invalidez permanente de Ricardo Galván como un acto de discriminación por motivo de discapacidad

El 11 de marzo de 2016, bajo Resolución N°4 se admitió a trámite la demanda de Ricardo Galván. Los principales argumentos de la demanda son las siguientes: (i) el COMAFP y el COMEC no distingue la condición de discapacidad de la condición de invalidez permanente para el trabajo, (ii) la condición de invalidez fue adquirida en 2013 y no en el año 1990, (iii) lo contrario implicaría que Ricardo Galván por su condición de discapacidad es inválido para el trabajo desde el año 1990, (iv) el MECGI no considera la condición de personas con discapacidad física usuarias de silla de ruedas, (v) dicha omisión los discrimina, máxime si se otorga un mínimo porcentaje a sus hombros y brazos cuando estos representaban su principal fuerza motriz y, por consiguiente, (vi) se vulnera los derechos a acceder a una pensión y a la igualdad.

El artículo I, numeral 2, literal b de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define el término discriminación contra las personas con discapacidad como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de*

discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (2001, Artículo I).

Asimismo, la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en su artículo 8 señala que “la persona con discapacidad tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad” (2012, art.8). En esa línea, cuando se trata de conceptualizar el derecho a la igualdad y la no discriminación se hace una distinción entre ambos derechos sin negar su vinculación. Siendo que cada derecho tiene un núcleo autónomo, específico y concreto. Sin embargo, no se puede negar que comparten una idea central: prohibir un trato diferenciado arbitrario (Bregaglio, 2015, p.75). Por consiguiente, existirán situaciones en las que se permita un trato diferenciado con características de razonabilidad y objetividad que no conlleven a una situación arbitraria, sino por el contrario beneficie a los grupos en situación de vulnerabilidad.

De este modo, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación N°18, hace una distinción entre el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado. Mientras que el derecho a la igualdad es tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, siendo el trato diferenciado razonable. El derecho a la no discriminación se produce cuando se comete un trato diferente con un objetivo de menoscabo del derecho sobre la base de un motivo prohibido (Comité de Derecho Humanos, 1989, párr.8). Como se muestra a continuación:

Derecho	Elementos de afectación			
Igualdad	Trato diferenciado arbitrario	Menoscabo de derecho	de	Sin motivo prohibido
No discriminación	Trato diferenciado arbitrario	Menoscabo de derecho	de	Motivo prohibido

Elaboración propia.

Así, en este caso se realiza un trato diferenciado o desigual entre las personas con discapacidad y las personas sin discapacidad que ingresan al Sistema Privado de Pensiones. Asimismo, esta situación se sustenta en un motivo prohibido que es la discapacidad. Además,

el objetivo que persigue esta medida es excluir a las personas con discapacidad en el acceso a una pensión de invalidez permanente para el trabajo y, por consiguiente, al derecho de seguridad social. Téngase presente que las personas con discapacidad son objeto de discriminación sistemática por su condición en el ejercicio de diferentes derechos sin que medie motivo razonable. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado en su Observación General N° 5 y Observación N° 20. Así, es preciso distinguir que el presente caso no es una distinción justificada sino discriminatoria, ya que no es ni proporcional, razonable u objetiva.

En esa línea, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional concluye que “la calificación del grado del menoscabo del demandante se efectuó sin considerar que, en su caso, sus brazos y hombros, afectaban significativamente su funcionalidad y productividad, pues, a partir de la lesión sufrida a dicho miembro, es que se ve imposibilitado de realizar una actividad lucrativa por sí mismo” (2021, s/p). Este hecho constituye una situación de discriminación por el motivo prohibido de la discapacidad. El razonamiento incorrecto es (i) que las personas con discapacidad que ingresen al SPP no pueden realizar trabajo por tener una deficiencia física; (ii) que en el caso de una persona en silla de ruedas se deba porcentualizar por igual que una persona sin discapacidad, pese a que el hombro para Ricardo Galván representa parte fundamental para su movilización, y (iii) que las personas con discapacidad son inválidas per se desde que presentan alguna discapacidad y, por tanto, no pueden acceder a una cobertura de invalidez (2021, s/p).

Ahora bien, la Corte IDH en el caso *Furlán Vs. Argentina* y el caso *Ximenes López Vs. Brasil* se pronunció sobre el mandato de no discriminación. En ese sentido, señalaron que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinadas por las particulares necesidades del sujeto en protección, ya sea por una condición personal o una situación específica, como la discapacidad” (Corte IDH, 2012, párr.134; Corte IDH, 2006, párr. 103). Asimismo, el Estado tiene la obligación de incluir a las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades, participación de todas las esferas de la sociedad, prácticas de inclusión social y medidas de diferenciación positiva.

Por último, en la Opinión Consultiva 18/03 se reconoce que el mandato de no discriminación se encuentra dentro del dominio del jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el

andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que atraviesa todo ordenamiento jurídico (Comité de Derecho Humanos, 1989, párr.8). En esa misma línea, el Comité DPCD ha complementado su firme posición sobre la no discriminación por motivo de discapacidad en los siguientes pronunciamientos:

Tabla: Observaciones Generales del Comité DPCD sobre prohibición de no discriminación por motivo de discapacidad

Observación General	Tema	Posición sobre no discriminación por motivo de discapacidad
Observación General 1 ¹¹	Sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley	Los Estados partes deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad.
Observación General 2 ¹²	Sobre el artículo 9: Accesibilidad	El Estado debe adoptar todas las medidas pertinentes para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyen discriminación contra las personas con discapacidad.
Observación 5 ¹³	Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad	La obligación de prohibir “toda discriminación” incluye todas las formas de discriminación: directa, indirecta, denegación de ajustes razonables y acoso. La discriminación por motivos de discapacidad puede afectar a personas que tienen una discapacidad actual, pasada o posible futura.

Elaboración propia.

¹¹ Comité DPCD. *Observación General N°1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11° Periodo de sesiones. 19 de mayo de 2014.

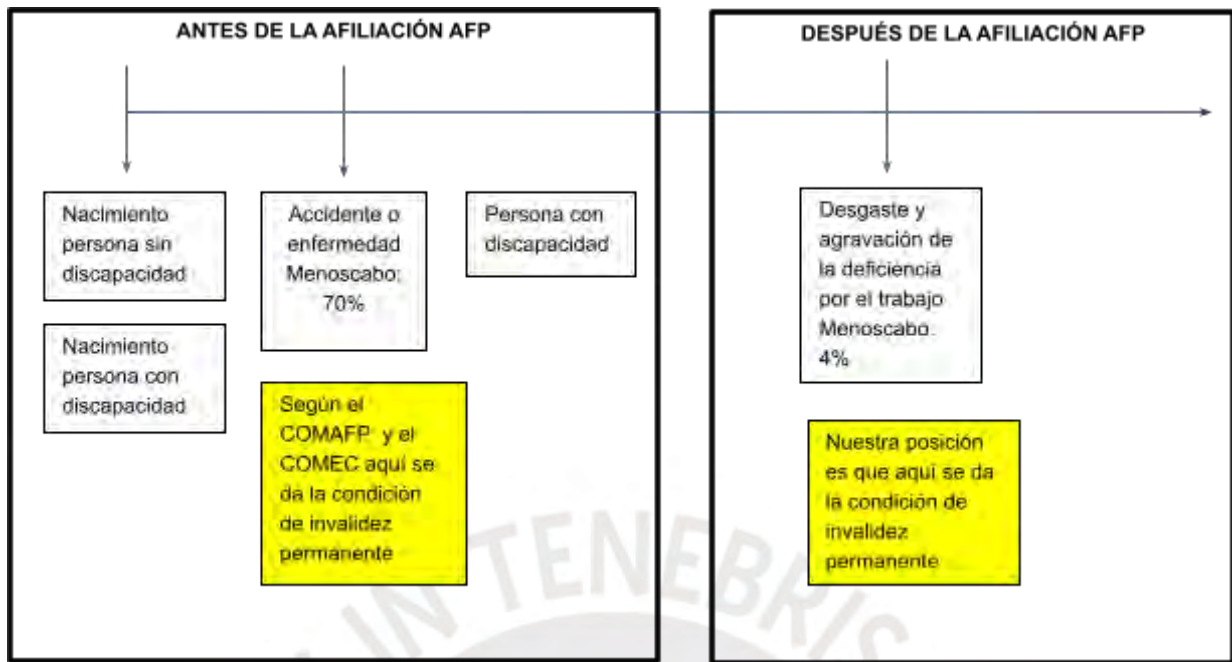
¹² Comité DPCD. *Observación General N°2 sobre el artículo 9: accesibilidad*. 11° Periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014

¹³ Comité DPCD. (2017). *Observación General N°5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*. CRPD/C/GC/5. 27 de octubre de 2017.

VI.1.2 Problemas en la determinación de la fecha de ocurrencia del siniestro de invalidez y en la porcentualización del grado de invalidez en el caso Ricardo Galván

Un primer problema es determinar cuándo Ricardo Galván tuvo la condición de invalidez para el trabajo. Por un lado, el COMAFP y COMEC tienen la postura que la condición permanente de invalidez se origina por la situación de discapacidad antes de la afiliación a la AFP o al SPP. Su posición se sustenta en el artículo 115 del Decreto Supremo 004-98-EF. Esta posición es muy cuestionable, ya que siempre concluirán que una persona con discapacidad no podrá insertarse al ámbito laboral con los mismos derechos que las personas sin discapacidad. Asimismo, erróneamente concluirán que Ricardo Galván antes de su ingreso al SPP ya tenía la condición permanente de invalidez aún cuando por muchos años demostró en la práctica que podía trabajar. Así, el COMAFP porcentualiza con 70% de menoscabo la lesión medular de Ricardo Galván. Mientras que al desgaste y las agravaciones de la deficiencia lo porcentualiza en 4% de menoscabo.

Por otro lado, y en contraposición, consideramos que la condición permanente de invalidez para el trabajo de Ricardo Galván se origina luego del ingreso al SPP a causa del desgaste por el trabajo realizado por el transcurso del tiempo. Así, la porcentualización del menoscabo no debe guiarse del preexistente sino del sobrevenido. “Lo contrario supondría considerar que toda persona con discapacidad adquirida con anterioridad a su afiliación [...] debe ser considerada como un caso de “preexistencia” que no se cubre y, por lo tanto, excluido de la protección social de la incapacidad para el trabajo, lo que tampoco puede admitirse” (Corte Superior de Justicia de Lima, 2021, p.13). A continuación, un gráfico con las posturas antes señaladas.



Elaboración propia.

En esa línea, en la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-671 ha enfatizado que se vulnera el derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad que desean acceder a una pensión de invalidez permanente cuando los Comités Evaluadores determinan como fecha de fin de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que la enfermedad haya causado una pérdida de capacidad laboral permanente superior al 50% (Corte Constitucional de Colombia, 2011). Así, la postura de dicha Corte es que:

Deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Con ello, podemos evidenciar que bajo el análisis jurídico de la Corte Constitucional de Colombia la fecha de ocurrencia del siniestro de invalidez queda establecida cuando el trabajador ya no puede continuar realizando sus funciones de manera permanente o superior al 50%. Ello implica que a partir de esa fecha los organismos competentes deben empezar a calificar la invalidez no antes. Y es justo esta posición la que compatibiliza con la nuestra,

siendo que postulamos que la condición permanente de invalidez se origina luego del ingreso al SPP a causa del desgaste por el trabajo realizado.

En esa línea, el MECGI, aplicado por el COMAFP y COMEC, no recoge consideraciones técnicas que lo conviertan en un instrumento de utilidad para la medición del grado de invalidez de Ricardo Galván y de otras personas con discapacidad. Lo anterior, demuestra que nuestro sistema de protección social no responde a las necesidades de los grupos heterogéneos de discapacidad (física, mental, intelectual). Asimismo, tampoco a los tipos de deficiencia. En tanto que la forma en cómo está construida el sistema de medición que aplica el COMAFP y el COMEC no es inclusivo a las personas con discapacidad.

En el caso de Ricardo Galván no se tuvo en cuenta que sus brazos le permitían movilizarse a través de su silla de ruedas, lo cual no ocurre con las otras personas que presentan una deficiencia en su brazo, ya que tienen sus piernas para movilizarse. Pese a ello, se porcentualizó con mayor grado su lesión medular que su lesión en el brazo. Y es en este punto donde el SPP debería aplicar el modelo social y por consiguiente los ajustes razonables a Ricardo Galván al aplicar el MECGI. En otras palabras, “el problema de fondo radica en que ninguno de estos sistemas cuenta con un baremo de medición del menoscabo adecuado a las personas en situación de discapacidad, lo que se traduce en una clara discriminación por razón de discapacidad” (Bregaglio, Constantino, Galicia, Beyá 2016: 314-315).

VI.2 Primer problema secundario: La obligación del Estado frente al rol de las Compañías de Seguros cuando excluyen a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez permanente

Es importante abordar la obligación del Estado peruano frente al rol que cumplen las Compañías de Seguros cuando excluyen por motivo prohibido a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez permanente. Ricardo Galván es una persona con discapacidad física, que a partir de su lesión en el hombro no puede impulsar su silla de ruedas.

De acuerdo con la Sentencia del Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional, la situación de discapacidad de Ricardo Galván no impidió su desarrollo académico y

profesional. Por un lado, concluyó sus estudios universitarios de ingeniería agrícola en la Universidad Nacional Agraria La Molina, en 1995 se tituló y realizó estudios de maestría y especializaciones en España y Colombia. Por otro lado, desde 1994 trabajó de manera ininterrumpida en diferentes entidades públicas y privadas. Es así que el 13 de agosto de 1996 se afilió a la Aseguradora Privada de fondo de Pensiones Integra –Afp (AFP Integra).

La Constitución Política del Perú en su artículo 10 establece el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social con el objeto de brindar una protección a las contingencias para elevar la calidad de vida (1993)¹⁴. Asimismo, su artículo 11 reconoce el deber supervisión del Estado frente al derecho a la pensión:

“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento” (1993).

Bajo una interpretación sistemática del artículo 10 y 11, el Estado tiene dos obligaciones: en primer lugar, realizar avances constantes y efectivos respecto del acceso del derecho de pensión de la seguridad social, y en un segundo momento, supervisar el eficaz funcionamiento del derecho.

Asimismo, el artículo 28 de la LGPD genera la obligación del Estado y de las aseguradoras, por un lado, de garantizar y promover el acceso a las personas con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras de salud y de vida privadas, sin discriminación por motivo de discapacidad; y por otro lado, la obligación a la SBS de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras y supervisar que las primas de los seguros se fijen de manera justa y razonable, sobre la base de cálculos actuariales y estadísticos, y valoradas individualmente (Congreso de la República, 2012). Esta norma es muy clara respecto al deber que tiene tanto el Estado como las Compañías de Seguros frente al acceso de la seguridad social, representado en la pensión, y a la prohibición de exclusión por motivos de discapacidad.

¹⁴ “Artículo 10.- Derecho a la seguridad social:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.” En: Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 1993, artículo 10.

La pensión de invalidez permanente, como derecho subjetivo, supone que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de exigir al Estado y a las Compañías de Seguro una prestación económica que permita cubrir sus remuneraciones que no pueden percibir por la situación de incapacidad. Así, el Estado tiene la obligación de garantía respecto al funcionamiento y acceso y otorgamiento de la pensión de invalidez permanente a favor de las personas con discapacidad ante el COMAF y el COMEC.

Así, no cabe duda que el Estado es el principal garante del respeto por la seguridad social en pensiones. En esa medida, no cabe duda que el Estado, a través de las AFPs, es el ente rector que fiscaliza y garantiza el acceso a la pensión de invalidez permanente a las personas con discapacidad. Entonces, el Estado, por un lado, tiene obligaciones que deberá hacer cumplir a través las AFPs y, por otro lado, tendrá obligaciones erga omnes que implica un rol fiscalizador para el adecuado cumplimiento del derecho a la pensión.

La obligación de garantía del Estado resulta necesaria para el cumplimiento del derecho a la pensión de invalidez permanente hacia las personas con discapacidad. Es correcto señalar que en la relación entre el Estado y una Entidad privada (como una Compañía de Seguros) los derechos humanos alcanzan a la segunda por generar obligaciones erga omnes (Melish, 2008, 22). Así, las AFPs pese a ser entes privados generan una responsabilidad internacional al Estado frente a actos de discriminación y su poca diligencia para prevenirlos¹⁵.

Ahora, la tendencia doctrinal respecto de los deberes u obligaciones del Estado frente al derecho ha tenido diferentes posiciones. Es conocido que a partir de la Observación General del Comité DESC, referido al derecho a la alimentación, se postula que los DESC tiene triple amparo: el respeto, la protección y el cumplimiento.

En concreto, en los artículos 1.1 y 2 de la CADH se reconoce las obligaciones de respetar, garantizar y tomar medidas. En primer lugar, la obligación de respetar implica que el Estado no interfiera con el disfrute del derecho a la pensión (abstención). En segundo lugar, la

¹⁵ Corte IDH. (2009). *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 120; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 párr. 140 – 141; *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172; Comité DESC. *Principios de Limburgo en la implementación del Pacto Internacional de DESC*. E/CN.4/7987/17, 2-6 de junio de 1986, párr. 72; *Directrices de Maastricht en la violación de DESC*. Óp. cit., párr. 15.d; y TEDH. *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Sentencia del 09 de junio de 2005, párr. 89.

obligación de garantía “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH, 2003, párr. 142). En tanto que, el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda vulneración del derecho a la pensión y/o discriminación. Así como, reparar los daños producidos por la vulneración de ambos derechos. A continuación, detallaremos estas sub-obligaciones vinculándolas con el derecho a la pensión de invalidez permanente:

La obligación de prevenir la vulneración a la pensión “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que puede acarrear sanciones, así como la obligación de indemnizar a las víctimas” (Corte IDH, 1988, pár. 175). En el caso concreto, es necesario realizar una modificación al MECGI para aplicar un enfoque de discapacidad y no genere situaciones de discriminación a personas con discapacidad.

La obligación de investigar las vulneraciones al derecho a la pensión significa que el Estado debe buscar justicia dentro de un plazo razonable. Es decir, que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. La investigación debe realizarse con parámetros de eficacia e idoneidad. Es importante resaltar que la inacción del Estado va en contra de esta obligación (Corte IDH, 1988, pár. 175).

La obligación de sancionar la vulneración del derecho a la pensión implica haber identificado culpabilidad en las AFPs, COMAF, COMEC u otro ente involucrado en el otorgamiento de la pensión de invalidez. En el presente caso, pese a que se concluyó que hubo una vulneración al derecho a la pensión e igualdad no existió mayor sanción que el pago de costos del proceso.

La obligación de reparar implica que el Estado restituya la situación de las cosas hasta antes de la vulneración del derecho a la pensión; en caso ello no sea posible el Estado puede retribuir económicamente por el daño irreparable, entre otras acciones. Por último, la obligación de cumplimiento invita al Estado a tomar medidas eficaces para la plena

realización del derecho a la pensión, por ejemplo: legislativas, presupuestarias, judiciales, entre otras.

Por otro lado, en la jurisprudencia de la Corte IDH se ha abordado la temática con el Caso Muelle Flores vs. Perú. Actualmente, es el único caso que aborda la temática de discapacidad y pensión. En este caso, la controversia se inicia cuando el señor Oscar Muelle Flores deja de recibir su pensión desde el año 1991 por la falta de cumplimiento y ejecución de una sentencia emitida por el Poder Judicial del Estado peruano. Así, el derecho a la pensión del señor Muelle no fue garantizado de manera oportuna. Ante esto, la Corte IDH concluyó la responsabilidad internacional del Estado peruano por vulnerar por 27 años el derecho a la pensión del señor Oscar Muelle Flores, el cual es una persona en situación de vulnerabilidad al ser un adulto mayor y persona con discapacidad (Corte IDH, 2019, párr. 218).

Dicha sentencia es relevante porque (i) la Corte IDH se pronuncia por primera vez sobre el derecho a la pensión como parte de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y (ii) la Corte IDH consideró que bajo una interpretación sistemática de la Carta de la OEA y el artículo 26 de la Convención Americana se sustenta la protección al derecho a la seguridad social (Corte IDH, 2019, párr. 273).

Tomando en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, identificamos que la CDPD en su artículo 28 protege el derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad, ya que busca un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad (CDPD, 2006, art. 28).

En la Observación General 5 y en la Observación General 19 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya se ha pronunciado respecto a la necesidad de una prestación social para personas con discapacidad que a causa de una discapacidad permanente hubieran perdido temporalmente sus ingresos o hubieran visto reducidos sus oportunidades de empleo (1995, párr.28; 2007, párr. 20). Acertadamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que *“el sistema de seguridad social debe sufragar los gastos y la pérdida de ingresos resultante de la lesión o condición de morbilidad”* (2007, párr. 17).

En esa misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas se ha pronunciado en su Observación General N° 3 al resaltar dos obligaciones de los Estados Parte. En concreto, (i) el respeto de los derechos Económicos, Sociales y Culturales bajo el principio de no discriminación y (ii) el respeto de los derechos Económicos, Sociales y Culturales bajo el principio de progresividad.

En ese sentido, el párrafo 2 de la Observación General N° 3, señala que “(...) *si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados (...)*” (1990, parr.2). Ello implica que el Estado peruano debe tener presente que existe un objetivo y un plazo breve, los cuales se vincula a la entrada en vigor del Pacto. A ello sumamos que la efectividad del derecho a la seguridad social se protege por “(...) *una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales (...)*” (1990, párr.10). Entonces, el principio de progresividad es un constante recordaris al Estado peruano que deben realizar avances con resultados y respaldados por evidencias respecto del cumplimiento del derecho a la seguridad social.

En ese sentido, habría sido valioso que el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional aprovechara la oportunidad para no solo mencionar el derecho a la pensión y la igualdad sino abordara su impacto en la vida de las personas con discapacidad adultas mayores, pues era un caso que vinculaba la temática de discapacidad, adultos mayores y pensiones. En esa línea, en la Sentencia habría sido importante que: (i) se disponga la potenciación de la función de garantizar y promover el acceso a las personas con discapacidad a los productos y servicios ofertados por parte del Estado y las Compañías de Seguro, mediante capacitaciones o talleres en materia de enfoque de discapacidad, capacidad jurídica, trato a personas con discapacidad; y (ii) que se oriente a las Compañías de Seguros en la implementación de ajustes razonables y medidas de accesibilidad durante el procedimiento de otorgamiento de pensiones de invalidez permanente, a cargo de instituciones como el CONADIS.

VI.3 Segundo problema secundario: Interpretación del artículo 115 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en el extremo de no otorgar pensión de invalidez por “preexistencias”

En el caso, la COMAF y el COMEC sostienen que a Ricardo Galván no le corresponde la pensión de invalidez permanente porque está dentro de las prohibiciones del artículo 115 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, respecto del término “preexistencias”. En concreto, la SBS señala mediante Resolución N° 6 que la demanda presentada por Ricardo Galván debe ser declarada improcedente en tanto que los pronunciamientos del COMAF y el COMEC han determinado que su invalidez asciende a un 70% y que data del 1 de enero de 1990, por lo que se configuraría la preexistencia en el SPS quedando excluida la empresa de seguros de otorgarle la pensión de invalidez solicitada.

A la par, el COMAFP, emitió el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, a través de la cual, le diagnosticó paraplejia (código G82) y secuelas de tuberculosis del sistema nervioso central (código B900) con un menoscabo ascendente al 70% y, calificó su invalidez como total, permanente y definitiva, a partir del 1 de enero de 1990 (fecha de ocurrencia) considerando que se trataba de un caso como de preexistencia.

Frente a estos hechos, nos preguntamos si fue correcta la interpretación del artículo 115 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones de dichos órganos tuvieron respecto del término “preexistencias”¹⁶. En concreto, el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 004- 98-EF prescribe que:

Pensión de invalidez. Cobertura y condiciones aplicables

¹⁶ De la misma forma, la Resolución 232-98-EF-SAFP, que aprueba el Título VII del Compendio de Normas de la Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a las prestaciones, establece que:

Artículo 65°: Exclusiones: La Empresa de Seguros que brinde la cobertura por los riesgos de invalidez y sobrevivencia no responderá por los siniestros ocurridos en cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

g) Aquellos siniestros producidos por enfermedades que resulten calificadas como preexistentes en el SPP conforme a las regulaciones sobre la materia".

*Artículo 115.- Tienen derecho a la pensión de invalidez bajo la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, los trabajadores afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial, no originada por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de **preexistencias**, conforme a la reglamentación de la materia, y que no estén gozando de pensión de jubilación (la negrita es nuestra) (1998).*

Bajo una interpretación literal, se entiende que para que un trabajador pueda acceder a una pensión de invalidez permanente en el SPP se requiere acreditar (i) la pérdida de un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo y (ii) que la incapacidad no haya sido causada por preexistencias. Aplicado en el caso, este último término se refiere directamente a a lesión medular producto de la meningitis tuberculosa que afectó a Ricardo Galván, ya que este hecho ocurrió en 1990, mientras que su afiliación al SPP fue en 1996 (seis años después). Es decir, concluyen que Ricardo Galván ingresó al SPP con una preexistencia.

Sin embargo, como ya se ha analizado en el punto VI.1 arribar a esta interpretación conlleva a una discriminación por motivo de discapacidad. Así lo ha confirmado el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional al señalar:

“[...] si ejerció una actividad productiva, se le debe garantizar los mismos derechos que tiene todo trabajador, entre los cuales se incluye el derecho a afiliarse a un Sistema Pensionario y a beneficiarse de las prestaciones sociales que este reconoce. Lo contrario supondría considerar que toda persona con discapacidad adquirida con anterioridad a su afiliación, como ocurre en el caso de autos, debe ser considerada como un caso de “preexistencia” que no se cubre y, por lo tanto, excluido de la protección social de la incapacidad para el trabajo, lo que tampoco puede admitirse” (2021, s/p).

En ese sentido, hubiera sido adecuado que el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional hubiera realizado una interpretación sistemática de normas internacionales y nacionales. “Según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Corte IDH, 2012, párr. 191). Así, en el presente caso el Tercer Juzgado

Especializado en lo Constitucional podría haber argumentado a partir de una interpretación sistemática conformada, por un lado, con normativa internacional: artículo 9 del PIDESC, artículo 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 28 de la CDPD, artículo 26 de la CADH, artículo 9 del PSS, artículo 28 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador; y por otro lado, en base a normativa nacional: artículos 10 , 11 y 12 de la Constitución Política del Perú y artículo 28 de la LGPD.

VII. Conclusiones

1. El COMAFP y el COMEC realizan actos de discriminación al evaluar y calificar si una persona con discapacidad se encuentra en una situación de invalidez permanente. Así, para calificar la invalidez de una persona con discapacidad que solicita una pensión de invalidez permanente aplican el MECGI. Instrumento que no recoge consideraciones técnicas o adaptaciones que lo conviertan en un instrumento eficaz o de utilidad para la medición real del menoscabo de una persona con discapacidad.
2. El COMAFP y el COMEC no distinguen los términos discapacidad, invalidez e incapacidad permanente para el trabajo. A partir de ello, concluyen que todas las personas con discapacidad son per se inválidas e incapacitadas para el trabajo. Como resultado las personas con discapacidad son objeto de una situación de discriminación, ya que tienen restringido acceder a una pensión de invalidez. Así, es importante que la normativa nacional peruana reestructure la terminología en las normas del SPP. En esa línea, el término invalidez debe ser cambiado, ya que sólo genera confusión y restringe que las personas con discapacidad accedan una pensión de invalidez. Ello en la medida que se confunde el término invalidez con el de discapacidad, siendo ello normalizado en el modelo rehabilitador más no en el modelo social. De hecho, en el presente trabajo se ha evidenciado que una persona con discapacidad puede tener capacidad para el trabajo. Entonces, es más acertado reemplazar el término “invalidez” por “incapacidad para el trabajo”. Caso contrario, dichos Comités seguirán concluyendo que una persona con discapacidad con un menoscabo de 50% a más no puede acceder a una pensión de invalidez permanente por su condición de discapacidad.

3. Pese a que actualmente el modelo social de la discapacidad es el reconocido y de obligatoria aplicación para el Estado peruano se ha identificado que el modelo que predomina en la regulación nacional para la evaluación de invalidez es el modelo médico o rehabilitar. Hasta que no se cambie al modelo social no se construirá un derecho de seguridad social a la pensión de invalidez permanente inclusivo. Por ello, es necesario que la normativa peruana del SPP sea reformulado en sintonía al modelo social para que se reconozca el vínculo entre la diversidad de deficiencias y la capacidad productiva bajo un análisis más personalizado.
4. El Estado tiene la obligación de respetar, garantizar y cumplir el derecho de pensión de la seguridad social a favor de las personas con discapacidad, siendo que estas obligaciones alcanzan a las acciones de las AFPs cuando excluyen a personas con discapacidad de acceder a una pensión de invalidez permanente.

VIII. Recomendaciones

- En primer lugar, es fundamental que las empresas del SPP recopilen información respecto de las personas con discapacidad que no han accedido a una pensión de invalidez. Luego de analizar Boletines pasados podemos evidenciar que no se tiene mayor información al respecto de lo siguiente: (i) número de solicitudes de Evaluación y Calificación de Invalidez de personas con discapacidad preexistente, (ii) número de solicitudes aprobadas para primera evaluación médica de personas con discapacidad preexistente. (iii) diagnósticos recurrentes que presentan las personas con discapacidad preexistente, (vi) número de dictámenes definitivos para solicitar la pensión invalides de las personas con discapacidad preexistente, (v) número de dictámenes desfavorables para las personas con discapacidad preexistente, etc. A partir de ello, se podría implementar que los trabajadores con discapacidad ingresen al SPP con una previa porcentualización para efectos de tenerlo en cuenta de su posterior evaluación o que no se valore la discapacidad de estos trabajados para acceder a una pensión de invalidez.
- En segundo lugar, luego de tener un panorama claro, es importante que la normativa nacional peruana reestructure la terminología en las normas del SPP, incluyendo el MECGI. Así, el término invalidez debe ser cambiado, ya que sólo genera confusión y restringe que las personas con discapacidad preexistente accedan una pensión de

invalidez. Ello en la medida que se confunde el término invalidez con el de discapacidad, siendo ello normalizado en el modelo rehabilitador más no en el modelo social. De hecho, en el presente trabajo se ha evidenciado que una persona con discapacidad puede tener capacidad para el trabajo. Entonces, es más acertado reemplazar el término “invalidez” por “incapacidad para el trabajo”.

- Por último, no es menos importante crear mecanismos de consulta o validaciones formales encabezadas por la participación activa de las personas con discapacidad y las ONG's para asegurar que las decisiones sobre la protección social sean en concordancia con la CDPD y, por consiguiente, el modelo social. Actualmente, el modelo que predomina en la regulación nacional para la evaluación de invalidez es el modelo de rehabilitación. Por ello, es necesario que sea reformulado en sintonía al modelo social para que se reconozca el vínculo entre la diversidad de deficiencias y la capacidad productiva bajo un análisis más personalizado. Por ejemplo, las funciones del cargo, la deficiencia, la discapacidad y cómo estos factores influyen en la medición de la incapacidad para el trabajo. Esta modificación encuentra sustento en el derecho a los ajustes razonables con la finalidad de garantizar su pleno ejercicio del derecho a la seguridad social, de acuerdo a la definición contenida en el artículo 2 de la CDPD.

IX. Bibliografía

Abanto, R. C. (2013). *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

Bregaglio, R., Constantino, R., BEYÁ, & Saulo, E. (2016). Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?. *Revista Derecho PUCP*, número 77, pp. 91-321. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.012>

González, D. (1998). *Seguridad social, configuración y desarrollo internacional*. Madrid: OISS.

Gonzáles, H. C., & Paitán, M. J. (2017). *El derecho a la seguridad social*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. (2017). *Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima: INEI.

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. (2018). *Perú: Caracterización de las Condiciones de Vida de la población con Discapacidad 2017*. Lima: INEI.

MELISH, T. (2008). “The Interamerican Court of Human Rights. Beyond Progressivity” en *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends In Comparative And International Law*, LANGFORD, Malcolm (ed.), Cambridge University Press.

MIMP & Bregaglio, R. (2021). Manual con orientaciones técnicas para el adecuado procesamiento de casos de violencia de género en población con discapacidad en el marco del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar. Lima: MIMP.

Palacios, A. (2015). El modelo social de la discapacidad. En E. Salmón & R. Bregaglio (Ed). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. (pp. 9-33). Lima: Grafica.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca.

Plá, A. (2013). Sin solidaridad no puede haber Seguridad Social. *Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, 56(250), pp. 205-215. <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/989>

Superintendencia de Banca y Seguros del Perú. (2021) “Boletín Informativo Mensual de Febrero”. Lima.

https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.aspx?p=31#

Vidal, Á. (2015). El derecho a la Seguridad Social en la Constitución Política y los Convenios Internacionales. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 15, pp. 45-67. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem15-45-67.pdf>

Normativa y jurisprudencia

Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. (1993).

Congreso de la República. *Ley N°28237. Código Procesal Constitucional*. Publicado el 31 de mayo del 2004.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. (2007). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ginebra: 5 a 23 de noviembre de 2007. E/C.12/GC/19.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. (1995). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 5 (1994): personas con discapacidad. En Informe sobre los periodos de sesiones 10 y 11 (2 a 20 de mayo de 1994 y 21 de noviembre a 9 de diciembre de 1994) (pp. 104-116). E/1995/22; E/C.12/1994/20.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. (1990). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). En Quinto período de sesiones.

Comité de Derechos Humanos. (1989). Observación General N°18. No discriminación.

Comité DPCD. (2014). *Observación General N°1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11° Período de sesiones. 19 de mayo de 2014.

Comité DPCD. (2014). *Observación General N°2 sobre el artículo 9: accesibilidad*. 11° Período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

Comité DPCD. (2017). Observación General N°5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. CRPD/C/GC/5. 27 de octubre de 2017.

Corte IDH. (2019). Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de marzo de 2019. Serie C número 375.

Corte IDH. (2019). Caso Asociación Nacional de Cesantes y jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C número 413.

Corte IDH. (2012). Caso Furlán Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C número 246.

Corte IDH. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C número 257.

Corte IDH. (2006). Caso Ximenes López Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C número 149.

Corte IDH. (2003). Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C número 99.

Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-671, de fecha 9 de setiembre de 2011.

Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Resolución N° 27, de fecha 18 de mayo de 2021. Expediente N° 30851-2014-0-1801-JR-CI-03.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2012). Informe 10-2012-MTPE/2/14. Consulta remitida por la SBS acerca del concepto de “invalidez absoluta permanente” como causal de extinción del contrato de trabajo.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1994). Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 154(29 de junio), 20658-20708. BOE-A-1994-14960.

Ley General de la Persona con Discapacidad, Congreso de la República del Perú, Ley 29973, Diario Oficial El Peruano (13 de diciembre de 2012) (2012).

Organización Internacional del Trabajo. (1967). Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Organización Internacional del Trabajo. (1952). Convenio 102 sobre la seguridad social.

Organización de Estados Americanos. (2001). Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Organización de Estados Americanos. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador.

Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos.

Organización de Estados Americanos. (1947). Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador.

Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización de Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Organización de Naciones Unidas. (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo 004-98-EF, Diario Oficial El Peruano (19 de enero de 1998) (1998).

Título VII del Compendio de Normas de la Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a las prestaciones, Superintendente de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Resolución 232-98-EF-SAFP (17 de junio de 1998) (1998).

Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Poder Ejecutivo, Decreto Supremo 054-97-EF, Diario Oficial El Peruano (13 de mayo de 1996) (1996).

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional. Sentencia. Expediente 0050-2004-AI/TC y acumulados. Emitida el 03 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia. Expediente 10087-2005-PA/TC. Emitida el 18 de diciembre de 2007.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

Expediente : 30851-2014-0-1801-JR-CI-03
Materia : PROCESO DE AMPARO
Juez : PAREDES SALAS, JOHN JAVIER
Especialista : ZAMALLOA ZUÑIGA, AURA
Demandado : COMITÉ MÉDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS Y OTROS
Demandante : GALVÁN GILDEMEISTER, RICARDO ALBERTO

SENTENCIA

RESOLUCIÓN N° 27

Lima, 18 de mayo de 2021.-

Vista la demanda de amparo constitucional de fojas 70 a 107, presentada por **Ricardo Alberto Galván Gildemeister** en contra de **La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora Privada de Fondo de Pensiones, el Comité Médico de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (COMAFP), el Comité Médico de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (COMEC).**

I.- ANTECEDENTES:

1. Mediante la presente, el demandante solicita que esta judicatura declare la nulidad del Dictamen N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, emitida por el Comité Médico de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (COMAFP) y del Dictamen N° 68-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, emitida por el Comité Médico de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (COMEC) y, como consecuencia de ello, se le permita acceder a la pensión de invalidez permanente regulada por el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF, mas el abono de las pensiones devengadas correspondientes. En tanto señala que luego de ser diagnosticado con meningitis tuberculosa en el año 1990 y ser sometido a 2

intervenciones quirúrgicas en la columna vertebral en los años 1990 y 1991, y, adquirir, una lesión medular, fue considerado como una persona con discapacidad; sin embargo, dicho estado no le impidió desarrollarse profesional ni académicamente, pues, ha podido concluir sus estudios universitarios de ingeniería agrícola en la Universidad Nacional Agraria La Molina, titularse en el año 1995, realizar estudios de maestría y especializaciones en España y Colombia, así como laborar desde 1994, de manera ininterrumpida en distintas instituciones públicas y privadas, dentro y fuera de Lima sin problema alguno, habiéndose, inclusive, afiliado a la Administradora de Fondo de Pensiones Integra, el 13 de agosto de 1996 y efectuado a partir de dicha fecha sus respectivas aportaciones. No obstante, al sufrir en el año 2013, una lesión en el hombro derecho a raíz de lo cual fue diagnosticado con Periartritis Escápulo Humeral, que le impidió, por sí solo, realizar largos desplazamientos en bastones, silla de ruedas, y actividades que demanden flexo abducción del hombro derecho repetitivas, así como actos inherentes a todo ser humano, tuvo que recurrir a la asistencia de una enfermera para realizar, incluso, actividades relacionadas a su propio trabajo, por lo que procedió a solicitar su declaración de invalidez permanente para el trabajo y el otorgamiento de la pensión de invalidez regulada en los artículos 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF; sin embargo; al ser evaluado por el Comité Médico de las Administradoras Privadas del Fondo de Pensiones y el Comité Médico de la Superintendencia de Banca y Seguros determinaron a través de los Dictámenes N° 0203-2014 y N° 0043-2014, respectivamente, que presentaba una invalidez permanente con un menoscabo ascendente al 70%; concluyeron que ésta discapacidad fue adquirida en el año 1990 a causa de la lesión medular, y no a causa de la lesión en el hombro ocurrido en el año 2013, que a su criterio, representaba, únicamente el 4% de su menoscabo global, esto es, calificaron su estado de invalidez como una situación preexistente a su afiliación excluyéndosele de la cobertura de la compañía de seguros así como del otorgamiento de dicha prestación, desconociendo arbitrariamente que las lesiones de su columna no le impedían realizar labores y como tal, efectuar sus respectivas aportaciones. Agrega que la emplazada no distingue su condición de discapacidad de su condición de invalidez permanente para el trabajo, pues esta última la adquirió, recién, en el año 2013 y no en el año 1990 como lo indican, en efecto, lo contrario implicaría que es una persona inválida para el trabajo desde el año 1990; sin embargo, desde 1994 hasta el 2013, es decir, mas de 19 años consecutivos, realizó labores y a partir del año 1996, efectuó sus aportaciones al fondo privado de pensiones. Asimismo, que si bien el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez aprobado mediante Resolución N° 058-

94-EF/SAFP, considera diversos factores para evaluar el grado de invalidez no considera la condición personas discapacitadas que también realizan trabajo y que dicha omisión los discrimina, máxime si se otorga un mínimo porcentaje a sus hombros y brazos cuando estos representaban su principal fuerza motriz. Que, tales hechos afectan sus derechos a acceder a una pensión y a la igualdad, por lo que recurre al proceso del amparo en busca de tutela.

2. Mediante Resolución N° 4, de fecha 11 de marzo de 2016, se admitió a trámite la demanda y se dispuso el traslado correspondiente, por lo que con fecha 19 de abril de 2016, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones se apersona al proceso, deduce excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda señalando que esta debe ser declarada improcedente en tanto que los pronunciamientos médicos cuestionados han sido expedidos de acuerdo a ley, han determinado que la invalidez del demandante asciende a un 70% y que data del 1 de enero de 1990, por lo que se configuraría la preexistencia en el Sistema Privado de Pensiones quedando excluida la empresa de seguros de otorgarle la pensión de invalidez solicitada.
3. Por Resolución N° 6, de fecha 6 de junio de 2016, se tiene por apersonado al proceso a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, por contestada la demanda y se dispone el traslado de la excepción deducida.
4. Con Resolución N° 7, de fecha 2 de agosto de 2016, se declara infundada la excepción deducida, saneado el proceso, y se dispone dejar los autos en despacho para sentenciar.
5. A través del escrito presentado el 28 de setiembre de 2016, el Comité Médico de las Administradoras de Fondos de Pensiones – COMAFP, se apersona al proceso, y contesta la demanda señalando que esta debe ser declarada infundada, en tanto que su representada determinó que la fecha de ocurrencia del demandante, conforme al Manuel de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez, preexistió al 1 de enero de 1990, fecha en la cual alcanzó un porcentaje de menoscabo mayor al 50%. En efecto, de acuerdo a la ficha de evaluación médica expedida por el Centro de Medicina de Ejercicio y Rehabilitación, de fecha 23 de mayo de 2013, se reporta que el demandante presentó cuadro de TBC, que fue operado por paquimeningitis en 1990 quedando con paraplejia y que su situación actual de enfermedad presenta desgarramiento de bíceps proximal derecho con degeneración del tendón, siendo la paraplejia la que condiciona la invalidez y no la lesión del manguito rotador que le asigna un menoscabo insuficiente.
6. Mediante Resolución N° 10, de fecha 7 de noviembre de 2016, se tiene por apersonado al proceso al Comité Médico de las AFP y por contestada la demanda.

7. A través de la Resolución N° 11, de fecha 16 de noviembre de 2016, se declara fundada la demanda.
8. Por Resolución N° 9, de fecha 16 de noviembre de 2017, la Segunda Sala Civil Superior declaró nula la sentencia contenida en la Resolución N° 11 y dispuso que se incorpore al proceso a la AFP Integra y se continúe con el trámite del proceso según su estado.
9. Mediante escrito presentado el 14 de mayo de 2018, AFP Integra se apersona al proceso, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contesta la demanda señalando que su representada se ha limitado a seguir el procedimiento establecido por ley, pues, se ha limitado a recibir la solicitud de prestación de invalidez y de trasladar su pedido de evaluación a la COMAFP, siendo dicha entidad como la COMEC las encargadas de calificar la invalidez del demandante, por lo tanto, su representada no ha afectado derecho alguno del demandante.
10. Resolución N° 17, de fecha 5 de julio de 2018, se declara infundada la excepción deducida por AFP Integra, saneado el proceso y se dejan los autos en Despacho para sentenciar.
11. Por Resolución N° 18, de fecha 12 de octubre de 2018, se tiene por incorporado al proceso a AFP Integra, y se declara la validez y subsistencia de los actos procesales realizados posteriores a la notificación de la demanda, anexos y auto admisorio.
12. A través de la Resolución N° 20, de fecha 6 de diciembre de 2018, se incorporó como medio probatorio el examen médico ante el Instituto Nacional de Rehabilitación –INR, a fin de determinar si la invalidez para el trabajo del demandante tiene como consecuencia la lesión de su hombro ocurrido en el 2013, considerando su discapacidad preexistente desde el 1 de enero de 1990.
13. A través de la Resolución N° 21, de fecha 10 de junio de 2019, dada la imposibilidad indicada por el INR, se dispuso oficiar al hospital Almenara a fin de evaluar la invalidez para el trabajo del demandante y determinar si esta se produjo como consecuencia de la lesión del hombro ocurrida en el 2013.
14. Recibido los informes emitidos por el hospital citado a través de la Resolución N° 26, de fecha 6 de octubre de 2020 se dispuso dejar los autos en Despacho para expedir sentencia.

II.- FUNDAMENTOS:

2.1. Consideraciones Generales

Primero: Conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o

tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Asimismo, conforme a esa obligación asumida por el Estado, el Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst), ha dispuesto en su artículo 1, en lo que se refiere a las disposiciones generales que regulan los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, que: "Los procesos [antes descritos] (...) tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo". Y, específicamente, el artículo 37 que los procesos de amparo procede en defensa de los derechos, entre otros, a la igualdad y seguridad social.

2.2. Objeto de la Controversia:

Segundo: En el presente caso, es materia de análisis de la presente causa determinar si la emplazada al emitir los Dictámenes N° 68-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, y N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, a través de la cual, calificó su grado de invalidez ascendente a 70% como preexistente a la fecha de su afiliación, afectó el derecho a la pensión e igualdad del demandante y si como consecuencia de ello, corresponde declarar la nulidad de dichos extremo y ordenar que la emplazada le otorgue la pensión de invalidez permanente regulada en el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF, con las respectivas pensiones devengadas, considerándose como fecha de contingencia el año 2013.

2.3. Normas aplicables al caso

Tercero: El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, ha señalado que los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión contemplados en el artículo 11 y que deben ser otorgados en el marco del sistema de la seguridad social reconocido en el artículo 10.

Asimismo, ha precisado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así,

será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia".

Cuarto: En ese contexto, el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Ley N° 25897, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, establece en los artículos 40 y 50, lo siguiente:

Artículo 40.- Las prestaciones en favor de los trabajadores incorporados al SPP son exclusivamente las de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y no incluyen prestaciones de salud ni riesgos de accidentes de trabajo.

Pensiones de Invalidez y Sobrevivencia.

Causales Artículo 50.- Las causales que originan la pensión de invalidez y de sobrevivencia son establecidas por los reglamentos.

Asimismo, el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 004-98-EF prescribe que:

Pensión de invalidez. Cobertura y condiciones aplicables

Artículo 115.- Tienen derecho a la pensión de invalidez bajo la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, los trabajadores afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial, no originada por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias, conforme a la reglamentación de la materia, y que no estén gozando de pensión de jubilación. Para efectos de la pensión de invalidez son aplicables las siguientes condiciones:

a) Invalidez Parcial: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental de naturaleza prolongada, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente a que se refiere el Capítulo siguiente, por la cual quede impedido en un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo, siempre y cuando ésta no alcance las dos terceras partes (2/3) de la misma.

b) Invalidez Total: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente, conforme a lo previsto en el Capítulo siguiente, por la

cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo.

Pensión de invalidez. Devengamiento

Artículo 116.- La pensión de invalidez que corresponda devengará desde la fecha de presentación de la respectiva solicitud de evaluación y calificación de invalidez. A tal efecto, la pensión de invalidez únicamente se hará efectiva a partir del vencimiento del goce del subsidio por incapacidad temporal a que se refiere la Ley N° 26790, de ser el caso.

La fecha de ocurrencia del siniestro será relevante únicamente para efectos de la determinación de la cobertura del seguro y/o las exclusiones correspondientes a que se refiere el Artículo 112.

A su vez, la Resolución 232-98-EF-SAFP, que aprueba el Título VII del Compendio de Normas de la Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a las prestaciones, establece que:

Artículo 64°: Derecho a cobertura del seguro: "Tendrán derecho a la cobertura del seguro aquellos afiliados que no se encuentren comprendidos dentro de alguna de las causales de exclusión a que se refiere el artículo siguiente y se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

Trabajadores dependientes:

a) Desde su incorporación al SPP hasta el momento en que el período de afiliación no sea mayor al de dos (2) meses contados a partir del mes de vencimiento del pago de su primer aporte.

b) Que cuenten con cuatro (4) aportaciones mensuales en la AFP en el curso de los ocho (8) meses calendario anteriores al mes correspondiente a la fecha de ocurrencia del siniestro.

(...)".

Artículo 65°: Exclusiones: La Empresa de Seguros que brinde la cobertura por los riesgos de invalidez y sobrevivencia no responderá por los siniestros ocurridos en cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

g) Aquellos siniestros producidos por enfermedades que resulten calificadas como preexistentes en el SPP conforme a las regulaciones sobre la materia".

Mientras que el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez en la parte relacionada a las Instrucciones para el uso de estas normas, establece que:

La evaluación y calificación de la invalidez se efectuarán por la COMAFP o COMEC con estricto apego a las Normas para la Evaluación. Este texto

convencional de medición aprobado por la CTN establece criterios y métodos uniformes para la asignación del menoscabo derivado de los impedimentos físicos o mentales, al cual se asocian los Factores Complementarios, permitiendo determinar el grado y tipo de Invalidez.

B. Calificación del Menoscabo en la capacidad productiva:

Invalidez, es un concepto más amplio que el impedimento y se refiere a una definición médico administrativa y legal respecto de cuándo un "impedimento" produce una pérdida en la capacidad productiva del afiliado, que le impide realizar un trabajo compatible con sus capacidades. El menoscabo en la capacidad productiva se expresa en valores porcentuales establecidos en las normas de evaluación y calificación aprobadas por la Comisión Técnica Médica (CTM)

La calificación del menoscabo es tarea exclusiva del Comité Médico constituido en sesión. Esta calificación deberá considerar la evaluación del impedimento, realizada por el médico integrante correspondiente, y la evaluación de los factores complementarios.

Los factores complementarios son aquellas asignaciones porcentuales de menoscabo que se agregan al grado de invalidez, por concepto de edad, grado de instrucción y desempeño de labor habitual. Estos factores contribuyen al ajuste de la calificación en aquellos casos en que las características individuales del trabajador, a juicio del comité médico, así lo amerite.

Quinto: Por otro lado, en la sentencia emitida en el Expediente N° 0045-2004-AI/TC, ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

Dicho Tribunal ha precisado también que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Pues, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 4/84: *dado que "la igualdad y la no discriminación" se desprenden de la idea de unidad de dignidad naturaleza de la*

persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". Es decir, la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación].

Y en esa línea en la sentencia emitida en el expediente N° 02417 2013-PA/TC, dicho Tribunal ha señalado también que:

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, esto es, aquellas que sufren de una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente, los artículos 2°.2 y 7° de la Constitución declaran la obligación del Estado de garantizarles el respeto a su dignidad y un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Tal régimen legal de protección especial no se circunscribe solo a medidas de asistencia sanitaria sino que, en general, comprende el deber estatal de establecer ajustes razonables orientados a promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas. Por ajustes razonables, en este contexto, el Tribunal ha de entender:

[...] las modificaciones y adaptaciones *necesarias y adecuadas* que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [artículo 2° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante la Convención, cursivas agregadas]

La adopción de medidas de esta clase no se justifica en la discapacidad en sí misma o en la idea de que esta incapacite para alcanzar el progreso y el desarrollo y en que, por dicha razón, el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista a favor de estas personas, sino en el hecho de que su exclusión de los diversos procesos sociales se ha originado en las condiciones y características del ambiente o entorno social en el que se han visto forzadas a interactuar.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Artículo 4° literal b, prescribe que:

Las personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas y a que se adopten medidas tendientes a lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo, garantizándoles su participación e integración plena en la sociedad. Este derecho

está consagrado en la Constitución y en tratados internacionales, normas en las que se establecen obligaciones en cabeza del Estado, entre las que se encuentran la de tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, y la de abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con su protección especial. Para cumplir estas obligaciones, existe un deber de adoptar medidas como la implementación de ajustes razonables, entendido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieren en un caso particular, para garantizarle a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponer una carga desproporcionada o indebida.

Y en esa línea, La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-671, de fecha 9 de setiembre de 2011, ha establecido que:

(...) La Corte ha evidenciado que los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir las Juntas de Calificación de Invalidez, establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva superior al 50%, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez – Decreto 917 de 1999-[17].

Esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo, por cuanto, en primer lugar, desconoce que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones al “benefici[arce] de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.” y finalmente contraria el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.

(...)

En este orden de ideas, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y

permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.

Sexto: Bajo ese contexto, se tiene que, para afectos de acceder a una pensión de invalidez en el Sistema Privado de Pensiones, **se requiere acreditar la pérdida de un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo**, que esta no haya sido causada por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios, como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias, y que no estén gozando de la pensión de jubilación.

2.4 Resolución del caso

Sétimo: En el presente caso, de folios 3 a 6 y 415 a 434, se observa que ante la lesión del hombro derecho- diagnosticado como Periartritis Escápulo Humeral con desgarramiento masivo de manguito rotador derecho y desgarramiento del biceps braquial- sufrido por el demandante el 23 de mayo de 2013, y luego de gozar de licencias temporales, procedió con fecha 26 de noviembre de 2013, a solicitar la evaluación y calificación de su estado de Invalidez a la Aseguradora Privada de fondo de Pensiones Integra –Afp Integra fin de obtener una prestación de invalidez en el Sistema Privado de Pensiones. Ante ello, el Comité Médico de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -COMAFP, emitió el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, a través de la cual, le diagnosticó paraplejia (código G82) y secuelas de tuberculosis del sistema nervioso central (código B900) con un menoscabo ascendente al 70% y, calificó su invalidez como total, permanente y definitiva, a partir del 1 de enero de 1990 (fecha de ocurrencia) considerando que se trataba de un caso como de preexistencia.

Así mismo, que ante inconformidad de dicho pronunciamiento médico, el demandante presentó una (folios 435 a 440) expidiendo como consecuencia de ello, el Comité Médico de la Superintendencia de Banca y Seguros -COMEC, el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez del Titular N° 0068-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, de folios 441, a través de la cual, reprodujo el diagnóstico; sin embargo, posteriormente, con fecha 5 de marzo de 2014, emitió el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez del Titular N° 0123-2014, de folios 9, a mediante la cual, confirmó el grado de menoscabo de 70%, la fecha de ocurrencia: 1 de enero de 1990, la naturaleza total, permanente y definitiva de la invalidez pero le diagnóstico al demandante: secuelas de tuberculosis del sistema nervioso central (código B900), paraplejia (código G82) y anomalías de la marcha y de la movilidad (código R26). Según se advierte, del Anexo 4, "Fundamentación del Dictamen N° 0123-2014", de folios 10, la determinación del citado menoscabo, correspondió a un 4% del Sistema Musculo Esquelético,

Rangos de hombros; un 70% al Sistema Nervioso Central, Lesiones de la Médula y un 0% por factores complementarios. Lo cual fue puesto en conocimiento del demandante, a través de la Carta N° 244-2014-COMEC, de fecha 7 de marzo de 2014, obrante a folios 8.

De lo descrito se observa que no es un hecho controvertido que el demandante presente invalidez total y permanente y que el porcentaje de su menoscabo ascienda a un 70%, tal como se ha consignado en los diferentes pronunciamientos médicos antes citados. Sin embargo, lo que sí cuestiona el demandante es que el porcentaje de dicho menoscabo se haya atribuido a su lesión medular generada en el año 1990 y no así a la lesión presentada en su hombro, en mayo del 2013, fecha a partir de la cual se encuentra incapacitado para trabajar e incluso para realizar, por sí mismo, actos cotidianos inherente a todo ser humano.

Entonces, se advierte que, al menos, 2 son los problemas generados en la calificación de la invalidez del demandante. El primero relacionado a la valorización del menoscabo otorgado a sus hombros y el segundo, vinculado a la fecha del inicio de su estado de invalidez.

- **Del menoscabo otorgado a los hombros del demandante:**

Octavo: De los folios 14, 60 y 418 reverso, se aprecia que el demandante fue diagnosticado con paraplejía, post cirugía de Paqui-meningitis en 1990, y que como consecuencia de ello adolece de una discapacidad de su aparato locomotor (para trasladarse hace uso de una silla de ruedas). Dicha situación no ha sido desconocida por la emplazada en tanto que en ningún extremo de la contestación de la demanda han señalado que dicha condición no había sido informada al momento de su afiliación, el día 13 de agosto de 1996 al Sistema Privado de Pensiones (ver folios 25). Asimismo, que dicha discapacidad no le impidió realizar una actividad lucrativa, pues, conforme aparece de folios 43 a 56, ha prestado servicios en diferentes instituciones desde el 1 de marzo del 2000 hasta el 10 de junio de 2013, habiendo por ello, inclusive, efectuado sus aportaciones correspondientes, hecho que tampoco ha sido cuestionado o desconocido por la emplazada.

Ahora bien, como se ha indicado, al padecer el demandante, con fecha 23 de mayo de 2013, una lesión en el hombro derecho que le generó Periartritis Escapulo Humeral (folios 60), así como la imposibilidad de realizar largos desplazamientos y actividades que demanden flexo abducción del hombro derecho repetitivo, se vio en la necesidad de hacer uso de licencias por incapacidad temporal, desde el 10 de junio de 2013 hasta el 22 de diciembre de 2013. Sin embargo, ante la falta de mejora y necesidad de asistencia para

realizar sus necesidades básicas e incluso las relacionadas a su actividad lucrativa (profesional), esto es, al surgir su incapacidad para trabajar, procedió a solicitar la evaluación y calificación de su estado de invalidez (folios 415 a 416) a fin de adquirir una prestación pensionaria de invalidez, emitiéndose -en última instancia- el Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez del Titular N° 0123-2014, de fecha 5 de marzo de 2014, que en aplicación del Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones, asignó un 4% de menoscabo a su Sistema Musculo Esquelético, Rangos de hombros; 70% al Sistema Nervioso Central, Lesiones de la Médula y un 0% a los factores complementarios.

Revisado dicho Manual se aprecia que este no contempla un sistema de medición para personas en situación de discapacidad. Asimismo, que, la calificación del grado del menoscabo del demandante se efectuó sin considerar que, en su caso, sus brazos y hombros, afectaban significativamente su funcionalidad y productividad, pues, a partir de la lesión sufrida a dicho miembro, es que se ve imposibilitado de realizar una actividad lucrativa por sí mismo. Tal situación a criterio de esta judicatura constituye una clara discriminación por razón de discapacidad, pues, aceptar que las personas con discapacidad no pueden realizar trabajo por tener limitado una parte de su cuerpo y asignar a todos sus miembros una valoración neutra como si encontrara en una situación normal como cualquier otro trabajador, sin considerar la importancia que éste ejerce en el desempeño de sus actividades, implica considerar que son personas invalidas, desde la adquisición de su incapacidad y que por lo tanto no pueden acceder a una cobertura de invalidez.

- **Del estado de invalidez del demandante:**

Noveno: Conforme lo describe el artículo 115 citado, para acceder a una pensión de invalidez dicha condición, no debe existir con anterioridad a su incorporación al Sistema Privado de Pensiones, pues de ser así, según dicha norma el asegurado no puede acceder a dicha cobertura.

Del Dictamen de Evaluación y Calificación de Invalidez del Titular N° 0123-2014, citado, se advierte que los Comités Médicos Calificadores consideraron que el menoscabo del 70% del demandante, esto es, su condición de invalidez total, permanente y definitiva, tuvo lugar el día 1 de enero de 1990, fecha en la cual aún no se encontraba afiliado al Sistema Privado de Pensiones, por lo que al tratarse de un caso preexistencia, no podría acceder a la prestación de invalidez regulada por el Sistema Privado de Pensiones.

De ello se aprecia que la las citadas Comisiones consideraron que la pérdida de la capacidad para trabajar del demandante se produjo en el año 1990, fecha en la cual se produjo su lesión medular, a pesar de que en dicha fecha no presentaba una pérdida de su capacidad laboral permanente y definitiva ya que, como se ha indicado, continuó laborando hasta junio de 2013. Esto es, se atribuyó a su condición de discapacidad, la pérdida de su capacidad productiva, asumiendo que, al ser una persona discapacitada, por su especial condición, no puede desarrollar actividades compatibles con sus capacidades, desconociendo sus labores realizadas, así como sus aportaciones efectuadas al Fondo Privado de Pensiones a fin de obtener una pensión de invalidez, de darse el caso.

Tal situación, importa, igualmente, vulneración de su derecho a la pensión del demandante, pues, si ejerció una actividad productiva, se le debe garantizar los mismos derechos que tiene todo trabajador, entre los cuales se incluye el derecho a afiliarse a un Sistema Pensionario y a beneficiarse de las prestaciones sociales que este reconoce. Lo contrario supondría considerar que toda persona con discapacidad adquirida con anterioridad a su afiliación, como ocurre en el caso de autos, debe ser considerada como un caso de “preexistencia” que no se cubre y, por lo tanto, excluido de la protección social de la incapacidad para el trabajo, lo que tampoco puede admitirse.

Décimo: Siendo ello así, se advierte que al haberse expedido los Dictámenes N° 68-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, y N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, atribuyendo el menoscabo del 70% únicamente al Sistema Nervioso Central por Lesiones de la Médula así como que su invalidez total, permanente y definitiva preexistió al 1 de enero de 1990, se afectó el derecho a la pensión e igualdad del demandante; por lo que, corresponderá declarar la nulidad de los pronunciamientos médicos en dicho extremo y ordenar que la emplazada considere que dicha condición la adquirió, recién, con la lesión de su hombro, el día 23 de mayo de 2013, por lo que debe ordenarse el otorgamiento de la pensión de invalidez permanente regulada en el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF, con las respectivas pensiones devengadas, a partir del 23 de diciembre de 2013, día siguiente del vencimiento del subsidio que por incapacidad temporal venía percibiendo el demandante (ver folios 27).

Décimo primero: Al advertirse la vulneración de sus derechos constitucionales del demandante, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, corresponde ordenar que las emplazadas asuman los costos del proceso, liquidables en estado de ejecución de la presente sentencia.

III. FALLO

Por lo tanto, por las consideraciones expuestas, el Juez Provisional del Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación, ha resuelto:

1. **DECLARAR FUNDADA** la demanda de **AMPARO** interpuesta por **RICARDO ALBERTO GALVÁN GILDEMEISTER** en contra de **LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORA PRIVADA DE FONDO DE PENSIONES, EL COMITÉ MÉDICO DE LAS ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES (COMAFP), EL COMITÉ MÉDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS Y AFP (COMEC) y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES INEGRA- AFP INTEGRAL** por acreditarse la vulneración de su derecho a la pensión e igualdad, en consecuencia:
 - a) **NULO** los Dictámenes N° 68-2014, de fecha 5 de febrero de 2014, y N° 0203-2014, de fecha 20 de enero de 2014, en el extremo que asigna el menoscabo del 70% al Sistema Nervioso Central por Lesiones de la Médula y preexistente al 1 de enero de 1990.
 - b) **ORDENAR** que **EL COMITÉ MÉDICO DE LAS ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES (COMAFP) y EL COMITÉ MÉDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS Y AFP** consideren que la condición de invalidez total, permanente y definitiva la adquirió, recién, con la lesión de su hombro, el día 23 de mayo de 2013.
 - c) **ORDENAR** que **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES INEGRA- AFP INTEGRAL** otorgue al demandante la pensión de invalidez permanente regulada en el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-3F y 115° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 004-98-EF, con las respectivas pensiones devengadas, a partir del 23 de diciembre de 2013. Dicho Mandato debe cumplido en el plazo de 10 días hábiles, bajo los apercibimientos contenidos en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, en lo que corresponda.
2. **ORDENAR** a las demandadas el pago de costos del proceso, los cuales deben ser liquidados en ejecución de la presente sentencia.

Notifíquese a las partes.