



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

ADJUNTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

INFORME DEFENSORIAL N° 085

La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral

Lima, abril de 2004



INFORME DEFENSORIAL N°085

La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral¹

I. ALCANCES DEL INFORME

El problema de los regímenes pensionarios públicos regulados por los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, se agudiza en la medida en que los recursos destinados a su financiamiento -aportaciones de los afiliados, rendimiento del fondo previsional- se hacen cada vez más insuficientes para cubrir el costo de las prestaciones otorgadas por éstos; comprometiendo gravemente su sostenibilidad en el tiempo.

El desequilibrio financiero del sistema obedece tanto a la ausencia de estudios actuariales adecuados que consideren las variaciones demográficas que afectaron a nuestro país durante las últimas décadas², los altos índices de morosidad en las aportaciones³, así como al uso indebido por parte del Estado de los recursos de la seguridad social.

Esta situación ha traído como consecuencia que se destinen cada vez mayores recursos del Tesoro Público para financiar el equilibrio del sistema, postergando así la implementación y ejecución de políticas públicas y proyectos de inversión tan necesarios para el desarrollo de nuestro país y específicamente para la lucha contra la pobreza.

Conjuntamente con las anteriores, una de las causas principales que explican la difícil situación del sistema previsional público son las modificaciones introducidas por fuente legal o jurisprudencial⁴ en su marco normativo; los cuales, al margen del cuestionamiento de su legalidad, no necesariamente han tenido como objetivo la eficiencia y sostenibilidad de éste.

¹ Elaborado por un equipo de trabajo de la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo, integrado por Christian Sánchez Reyes, Alberto Arequipeno Támara, Hugo Carrasco Mendoza, Celín Valerio Milla, Alfredo Portal Galdós, Inés Mujica Checa y Rocina Melgarejo Cabello; sobre la base del Informe presentado por el Dr. Javier Neves Mujica quién elaboró una consultoría sobre la materia por encargo de la Defensoría del Pueblo.

² Al respecto, el Informe Final de la Comisión Especial encargada de elaborar el informe sobre la situación de los regímenes previsionales comprendidos en los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado, creada mediante Decreto Supremo 003-2001-TR, señala que en el Perú los cambios demográficos que se han registrado en los últimos 30 años elevaron la esperanza de vida de 55.5 años a 69.8 años, contados a partir del nacimiento (25.76%).

³ El mismo informe señalado en la nota anterior informa que en cuanto al Decreto Ley N° 19990 la morosidad en la aportación representa una recaudación menor del orden del 53%

⁴ Nos referimos tanto a pronunciamientos tanto del Poder Judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal Constitucional, como a los pronunciamientos de diversas entidades administrativas.

En tal sentido, debemos precisar que el presente informe se encuentra referido fundamentalmente a las deficiencias del marco normativo del sistema y en consecuencia tiene como objetivo brindar elementos de juicio para la reforma de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530. Para tal efecto se hace un análisis detallado de las características y problemas de estos sistemas pensionarios con el fin de identificar y proponer alternativas para corregir sus distorsiones, en primer lugar, en el marco de la Constitución vigente, tal como la interpreta el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, dado que los cambios normativos que pudieran hacerse dentro del marco constitucional vigente podrían resultar insuficientes, se analiza la posibilidad y necesidad de modificar la actual Carta Política, específicamente la Primera Disposición Transitoria y Final que consagra por excepción la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional para los trabajadores públicos, que como veremos constituye uno de los problemas fundamentales a la hora de plantear una reforma del sistema que tenga impacto en la situación actual.

II. COMPETENCIA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

El artículo 162° de la Constitución Política del Perú establece que la Defensoría del Pueblo tiene como función fundamental defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad en general; así también, según este artículo, es competencia de la Defensoría del Pueblo, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Por cierto, esta misión también se encuentra prevista en el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520.

En ese sentido, debe tenerse presente que el artículo 10° de la Constitución Política establece que 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. Asimismo, el artículo 11° de la propia Constitución dispone que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Por lo expuesto, el Estado Peruano tiene un mandato constitucional consistente en la implementación y mantenimiento de un sistema previsional con participación privada y/o pública que garantice a todos los ciudadanos el acceso a pensiones que le posibiliten, a él y a su familia, una vida acorde con su dignidad; tarea que en estos momentos resulta prioritaria dada la crisis por la cual atraviesan estos sistemas.

La Defensoría del Pueblo es consciente de la necesidad de contribuir en el desarrollo de esta tarea; necesidad que se hace más urgente si se tiene en consideración las frecuentes quejas y denuncias recibidas de parte de ciudadanos respecto al reducido monto de sus pensiones que no les permite cubrir sus necesidades vitales. En este orden de ideas comparte la preocupación generalizada de las entidades estatales y de la sociedad civil respecto a las deficiencias e inequidades, sobre todo del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, situación que demanda de la Defensoría del Pueblo un esfuerzo para aportar elementos de juicio conducentes a implementar los cambios normativos e

institucionales necesarios, a fin de dar vigencia efectiva a las normas constitucionales antes señaladas.

En cumplimiento de este imperativo, la Defensoría del Pueblo desea aportar las consideraciones aquí expuestas al debate nacional acerca de las medidas a adoptarse a fin de reformar el marco institucional del sistema previsional público.

III. ANTECEDENTES

A inicios de la década de los noventa, la gestión de la previsión social en el Perú se encontraba a cargo exclusivamente del Estado. El sistema estaba estructurado en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones.

Los regímenes generales existentes en cada caso, denominados Régimen de Prestaciones de Salud, regulado por el Decreto Ley N° 22482 del 27 de marzo de 1979 y el Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990 del 24 de julio de 1973, eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de éstos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos fueron declarados como intangibles por el ordenamiento legal de ese entonces.

En los dos ámbitos, el de la salud y el de pensiones, existían, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de éstos, para efectos del presente Informe, se mantenía en el campo de las pensiones y era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado establecido por el Decreto Ley N° 20530 del 26 de febrero de 1974.

3.1 Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 19990

Este régimen fue creado, sobre la base de los regímenes de pensiones de los trabajadores obreros y empleados, mediante el Decreto Ley N° 19990, del 1° de Mayo de 1973, el mismo que fuera reglamentado por el Decreto Supremo N° 011-74-TR. De esta manera quedaron incorporados en el régimen los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, independientemente de su categoría (Leyes N°s. 4916 y 8433).

Pero además fueron incluidos en este régimen los trabajadores de la administración pública que no se encontraban comprendidos dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530. Efectivamente, mediante el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962, se incorporó a los trabajadores estatales que ingresarán a laborar a partir de esta fecha, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, creada por la Ley N° 13724.⁵

⁵ Adicionalmente, se encuentran comprendidos en este régimen los trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente, en calidad de afiliados facultativos.

Este régimen opera bajo la lógica de un sistema de reparto, es decir mediante aportes de los activos a un fondo colectivo que sirve para financiar las pensiones de los jubilados. La solidaridad uno de los principios fundamentales que orientan este sistema, toda vez que las personas que aportaron más al sistema verán reducidas sus pensiones a favor de quienes aportaron menos. Por esta razón, en este régimen, el derecho a una pensión de jubilación se obtiene en base a dos elementos: edad del afiliado y periodo de aportación. De igual forma este sistema supone necesariamente la existencia de pensiones máximas y mínimas a efectos de mantener el equilibrio financiero del mismo.

Sobre el particular, es de advertirse que mediante Resolución Jefatural N° 032-96/ONP-JEFATURA, la ONP aplicó una interpretación restrictiva del artículo 80° del Decreto Ley N° 19990 y entendió que los requisitos de edad y años de aportación deberían ser cumplidos concurrentemente por el afiliado al momento de dar por finalizada su vida laboral. Dicho criterio ha sido modificado por la Resolución Jefatural N° 123-2001-JEFATURA/ONP del 22 de junio de 2001, en la que se dispone que no se trata de requisitos concurrentes, pudiendo el trabajador cesado esperar a cumplir la edad requerida para la jubilación y recién tramitar su solicitud.

Adicionalmente, el sistema otorga pensiones de invalidez cuando el asegurado se encuentre en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente que le impida desarrollar normalmente sus actividades laborales⁶; también forma parte de las prestaciones otorgadas por este régimen, las prestaciones de sobrevivencia otorgadas a la viuda, los hijos menores o los padres del asegurado.

3.2 Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530 “Régimen de Pensiones y Compensaciones por servicios civiles prestados al estado”

El régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530 fue creado para reemplazar a la Ley de Goces, Jubilación, Cesantía y Montepío creado el 22 de enero de 1850, durante el mandato del Mariscal Ramón Castilla, en el cual se encontraban incorporados únicamente los trabajadores al servicio del Estado. En tal sentido el objetivo del Decreto Ley N° 20530 fue dar por finalizado el antiguo régimen que debido a problemas en su configuración se encontraba desfinanciado.

Por tal razón, el sistema fue concebido como cerrado, en favor de los trabajadores públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que fue promulgado el Decreto Supremo que incorporó a los trabajadores estatales a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, creada por la Ley N° 13724⁷. De esta manera, según este esquema inicial los trabajadores estatales que entraran a laborar con posterioridad a esta fecha, quedarían automáticamente afiliados a la Caja; mientras que aquellos que hubieran ingresado con fecha anterior, se incorporarían al régimen del Decreto Ley N° 20530.

⁶ El artículo 25° del Decreto Ley No. 19990 precisa que “..le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingresos asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría y.....al asegurado que habiendo gozado del subsidio por enfermedad durante el tiempo máximo establecido por ley continúa incapacitado para el trabajo.....”

⁷ Antecedente del régimen previsional del Decreto Ley No. 19990.

No obstante, a pesar de haber sido concebido como un sistema cerrado, éste fue varias veces reabierto por leyes e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales, dadas las ventajas que ofrecía con respecto al Sistema Nacional de Pensiones, sobre todo en términos de -por una parte- la obtención de la cesantía considerando sólo el tiempo de servicios, de 15 años para los hombres y 12,5 para las mujeres (en cuyo cómputo se agregaba, además, los años de formación profesional) y -por la otra- de nivelación de las pensiones con las remuneraciones de los servidores activos, al alcanzar los 20 años de servicios⁸.

De esta manera se permitió la incorporación, entre otros, de los diplomáticos (Ley N° 24029 del 12 de diciembre de 1978); los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley N° 20530, contaran con 7 ó más años de servicios (Ley N° 24366 del 21 de noviembre de 1985) o se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados (Ley N° 25066 del 23 de julio de 1989); los trabajadores del Banco de la Nación (Ley N° 25146 del 19 de diciembre de 1989); los profesores del Estado (Ley N° 25212 del 20 de mayo de 1990); los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a Petroperú (Ley N° 25219 del 24 de mayo de 1990); los de las empresas estatales (Ley N° 25273 del 4 de junio de 1990); y, finalmente, los jueces (Decreto Legislativo N° 767 del 29 de noviembre de 1991).

A estas normas específicas que permitieron la incorporación de nuevos trabajadores a este régimen que originalmente fue concebido como cerrado, se sumaron una serie de pronunciamientos judiciales y administrativos que engrosaron aún más el número de beneficiarios, como es el caso de las Resoluciones del Tribunal Nacional de Servicio Civil, en las cuales se interpretaba que a la fecha real del ingreso del trabajador a la administración pública, cabía anteponerle los cuatro años de estudios profesionales dispuestos por el artículo 41° del Decreto Ley N° 20530. De esta manera se retrotraía la fecha de ingreso del trabajador, permitiendo así su incorporación al régimen cerrado bajo comentario.

Merece puntualizarse que, mientras las incorporaciones producidas al amparo de una ley específica corresponden a una opción legislativa, conveniente o no, que no puede ser considerada como irregular; las incorporaciones que se produjeron al amparo de los pronunciamientos señalados en el párrafo anterior resultan cuestionables desde el punto de vista legal, toda vez que contravenían el texto expreso del artículo 41° del Decreto Ley N° 20520°.

⁸ No obstante, debe señalarse que la nivelación de las pensiones así prevista (sólo en función de los años de servicio) fue dispuesta por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979; toda vez que originalmente el artículo 49° del Decreto Ley No. 20530 estableció que las pensiones son renovables, entre otras causales, cuando al cesar, los hombres cuenten con 30 ó más años de servicios y las mujeres con 25 o más años de servicios, tengan 60 ó 55 años de edad o más, respectivamente, y no hubiesen sido inhabilitados por sentencia judicial ejecutoriada o destituidos por medida disciplinaria; posteriormente esta nivelación fue ratificada a nivel legislativo por la Ley No. 23495 del 19 de noviembre de 1982.

⁹ El referido artículo señala textualmente “.....A los trabajadores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, se les computará de abono hasta cuatro años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos, los hombres, y doce y medio las mujeres, siempre que no sean simultáneos con servicios al Estado y efectúen los aportes a que se refiere el artículo 7o...” (el resaltado es nuestro)

La situación descrita motivó un engrosamiento desmedido del número de afiliados al régimen del Decreto Ley N° 20530 quienes, debido al mecanismo de nivelación de las pensiones, percibían beneficios ostensiblemente superiores a los percibidos por los afiliados al régimen del Decreto Ley N° 19990.

3.3 Las reformas legislativas de la década del 90.

La situación anteriormente descrita aunada a la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de la crisis que afectaba al sistema a inicios de la década de los 90.

Frente a ello, surgieron dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de la superación de la crisis acotada, así como de los medios para lograrla. Para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, una voluntad política distinta del gobierno, etc. Para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y sólo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta última tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

En este punto, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al Estado y al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente.

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 mediante el Decreto Ley N° 25897 del 7 de diciembre de 1992; mientras que en el campo de la salud el esquema complementario fue la opción adoptada, con la llamada Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790 del 15 de mayo de 1997.

Cierto es que la Constitución permite ambos tipos de relación cuando -en su artículo 11º- garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. No obstante, para el cabal cumplimiento de este mandato es indispensable, sin embargo, la existencia de unas y otras entidades, para lo que se requiere, a su vez, de una competencia equitativa. Efectivamente, consideramos que parte del contenido esencial de este derecho se encuentra constituido por la libertad de elección que tienen los ciudadanos respecto a los sistemas previsionales a los cuales se afilia; en tal sentido el Estado se encuentra comprometido a garantizar esta elección, lo cual implica, sin duda alguna, el mantenimiento de ambos sistemas.

A pesar de ello, lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a procurar la desaparición de los sistemas públicos, especialmente en materia pensionaria. En efecto, las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención. Así, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones es mucho más fácil de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones; se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron de este último al primero; se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; se aumentó la edad de jubilación de este último, para equipararla a la del primero; etc.

De otro lado, de forma paralela a la implementación de la participación alternativa del sector privado en materia de pensiones, a través de la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP, se incorporaron una serie de modificaciones tanto al régimen general pensionario (Decreto Ley N° 19990) como al régimen especial (Decreto Ley N° 20530), con el propósito de poder superar las deficiencias del marco normativo y sobre todo de los efectos de las decisiones judiciales y administrativas que habían permitido la incorporación irregular al régimen previsional de la 20530.

Los principales cambios normativos introducidos los resumimos a continuación.

Los cambios introducidos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990 se hicieron fundamentalmente en virtud del Decreto Ley N° 25967, del 19 de diciembre de 1992. Estos cambios se encontraban referidos al periodo mínimo de aportación para gozar de una pensión de jubilación y la forma de cálculo de la remuneración pensionable.

En lo que se refiere a los años de aportación, el artículo 1° del citado Decreto Ley estableció que ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy ONP, podría obtener el goce de pensión de jubilación si no acreditaba haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos en la ley. Al respecto cabe señalar que anteriormente, el artículo 41° del Decreto Ley N° 19990, establecía que se adquiría el derecho a una pensión de jubilación (con el 50% de la remuneración de referencia) los hombres, cuando acreditaban 15 años de aportación y las mujeres con 13 años completos de aportación.

En lo que se refiere al cálculo de la remuneración de referencia, originalmente, el artículo 73° del Decreto Ley N° 19990 establecía que ésta era igual al promedio mensual que resulte de dividir entre doce el total de remuneraciones asegurables percibidas por el asegurado en los últimos doce meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos treinta y seis ó sesenta meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.

Esta regla fue modificada por el artículo 2° del Decreto Ley N° 25967; el mismo que estableció que la remuneración de referencia para los asegurados que hubieran aportado

durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos treinta y seis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; mientras que para los asegurados que hubieran aportado durante veinticinco años completos y menos de treinta, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre cuarenta y ocho, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos cuarenta y ocho meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación y para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación

Cabe señalar que el Decreto Ley N° 25967 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, toda vez que se pretendió aplicar, incluso a aquellos asegurados que tuvieran su solicitud de otorgamiento de pensión en trámite por haber cumplido previamente con todos los requisitos para obtener una pensión de jubilación. Frente a esta acción el Tribunal Constitucional se pronunció declarando la inconstitucionalidad parcial del Referido Decreto Ley, mediante sentencia de fecha 23 de abril de 1997.

Los fundamentos expuestos por el Tribunal se basaban en la ultractividad excepcional de las normas previsionales que supuestamente había consagrado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 y en tal sentido, la aplicación generalizada de las normas contenidas en el Decreto Ley N° 25967 constituiría una afectación a los derechos adquiridos por los asegurados que hubieran cumplido los requisitos establecidos por el Decreto Ley N° 19990, antes de la entrada en vigencia de la norma cuestionada (19 de diciembre de 1992).

El mismo razonamiento fue opuesto cuando se intentó aplicar topes al monto de las pensiones, respecto a asegurados que con fecha anterior ya habían cumplido con los requisitos para acceder a éstas.

Otra de las modificaciones introducidas al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990 fue el aumento de la edad para gozar de una pensión de jubilación, la cual fue fijada en 65 para hombres y mujeres a través del artículo 9° de la Ley N° 26504. Al respecto, debe tenerse presente que anteriormente las edades de jubilación determinadas por el Decreto Ley N° 19990 eran de 60 años para hombres y 55 años para las mujeres.

Al igual que en el caso anterior, el Tribunal Constitucional señaló en reiterada jurisprudencia que la nueva edad de jubilación establecida por el artículo 9° de la Ley N° 26504, sólo podía ser aplicado a aquellos asegurados que no hubieran cumplido con la edad anterior de jubilación (65 años para los hombres y 60 años para las mujeres, hasta el fecha de entrada en vigencia de la Ley antes referida, el 109 de julio de 1995¹⁰.

¹⁰ Sobre el particular, revisar a título de ejemplo las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes N°s.: 1778-2003-AA/TC, proveniente de la Corte Superior de Lambayeque y 670-99-AA/TC originado en la Corte Superior de Arequipa

Finalmente, otro de los principales cambios que se introdujo al régimen de la 1990 fue la elevación de la tasa de aportación del 9 al 11% de la remuneración pensionable. Dicho incremento fue establecido por el artículo 2º de la Ley N° 26504; el cual además prescribió que este aporte debería ser asumido exclusivamente por el trabajador.

Como puede apreciarse, los principales cambios que se introdujeron al régimen del Decreto Ley N° 19990 fueron neutralizados en sus efectos, mediante la ya citada Resolución del Tribunal Constitucional, al restringirse su aplicación respecto a las personas que aún no habían alcanzado su derecho a una pensión con anterioridad de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967. En tal sentido, consideramos que la resolución de la magistratura constitucional, resulta coherente con la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993.

De la misma forma, las modificaciones introducidas al marco legal del régimen previsional de la 1990, ahondaron las diferencias con respecto al régimen de la 20530, a pesar de que éstos regímenes pudieran afiliar a trabajadores que desarrollan labores similares en una misma entidad, pero que sin embargo tienen derechos previsionales sustancialmente distintos. De esta manera, debemos señalar de forma clara que mantener estas diferencias, que definitivamente perjudican a los afiliados al régimen del Decreto Ley N° 19990, podría significar una vulneración al principio de no discriminación recogido en el artículo 2º, inciso 2) de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, en el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley N° 20530), se atacó primero las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento, declarándose su nulidad de pleno derecho, a través del Decreto Legislativo N° 763 del 15 de noviembre de 1991.

Efectivamente, el referido dispositivo señalaba en su artículo 1º que era nula de pleno derecho y en consecuencia estaba prohibida toda incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530 que se haya efectuado o se efectúe, con violación del artículo 14o. de la citada norma¹¹. Este mandato, tras ser derogado, fue luego restituido mediante el Decreto Ley N° 25456.

Según el Gobierno de ese entonces, la referencia a la nulidad de pleno derecho facilitaba la exclusión de los afiliados que de forma irregular se habían incorporado a este régimen, sin necesidad de pronunciamiento judicial previo. De esta manera, las diversas entidades y empresas estatales emitieron actos administrativos, declarando nulas de oficio las resoluciones que otorgaban pensiones a estas personas.

¹¹ Sobre el particular, debe tenerse presente que el artículo 14º del Decreto Ley No. 20530 establecía que no son acumulables los servicios prestados al Sector Público con los prestados al Sector que no sea Público; así como aquellos prestados al Sector Público, bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada, salvo el caso previsto en la Décima Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley No. 19990. Finalmente el mencionado artículo también prohibía la acumulación de los servicios prestados a la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales con los servicios civiles bajo el régimen laboral de la actividad pública o privada.

Dichas resoluciones fueron cuestionadas por los afectados, mediante acciones de garantía interpuestas ante el Poder Judicial y ante el Tribunal Constitucional, los cuales se pronunciaron señalando que el Estado, de oficio, no podía desconocer estas pensiones, debiendo en todo caso acudir al Poder Judicial para demandar la nulidad de estas resoluciones; cosa que en muchos casos ya no era viable por haber prescrito el plazo previsto para el ejercicio de esta acción.

Otra de las medidas adoptadas por el Gobierno de ese entonces, supuestamente para superar la crisis del sistema, fue la expedición del Decreto Legislativo N° 817 del 23 de abril de 1996 y la Ley N° 26835 del 4 de junio de 1997, mediante las cuales se precisó que la nivelación de las pensiones, que se había establecido por la Constitución de 1979, debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público y no con las de un trabajador del régimen laboral privado, como pretendían algunos pensionistas.

Más adelante, se fijó un tope para estas pensiones por las Leyes de Presupuesto desde 1991 a 1994, el que luego se equiparó al sueldo de un congresista mediante el Decreto Legislativo N° 817 y recientemente se les ha señalado como máximo una Unidad Impositiva Tributaria-UIT en virtud de la Ley N° 28047 del 30 de julio del 2003.

Cabe señalar que ante el establecimiento de topes por las normas presupuestarias de 1991, diversos parlamentarios interpusieron una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada infundada por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales. El fundamento del Tribunal fue que, de conformidad con el artículo 201° de la Constitución de 1979, vigente en ese entonces, al ser el Presidente de la República el Funcionario Público con la más alta jerarquía administrativa, ningún pensionista que se encuentre ubicado debajo de esa jerarquía podría obtener legalmente una pensión cuyo monto sea mayor al de la remuneración que corresponde al Jefe de Estado.

No obstante este criterio fue modificado por el nuevo Tribunal Constitucional, ante una acción de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto Legislativo N° 817, en la que éste se pronunció mediante Resolución del 23 de abril de 1997, señalando que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, al establecer las pensiones nivelables para los trabajadores con 20 o más años de servicio, habría derogado el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530, impidiendo así que se impongan topes a las pensiones otorgadas por este régimen. En consecuencia, según este pronunciamiento, cualquier tope que se pretendiera imponer a dichas pensiones sólo serían aplicables a aquellas personas que hubieran adquirido el derecho a una pensión, recién a partir del 24 de abril de 1996, fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, no pudiendo afectarse las pensiones que ya se venían otorgando a esa fecha.

Por nuestra parte consideramos que el Tribunal Constitucional incurrió en error al afirmar esta supuesta derogatoria tácita, toda vez que en realidad las materias que regulan la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y el artículo 57° del Decreto Ley bajo referencia son distintas entre sí. Así en el primer caso se está regulando la nivelación de pensiones, mientras que la segunda norma se regula la aplicación de topes

a esas pensiones. De esta manera, no puede afirmarse que exista superposición o incompatibilidad entre ambas normas, que son los supuestos de hecho para hablar de derogación tácita.

También, a través de la Ley N° 28047 se ha dispuesto la elevación por tramos del porcentaje de los aportes de los afiliados a este régimen, del 6 al 13% de la remuneración (desde agosto del 2003), a 20% (desde agosto del 2006) y a 27% (desde agosto del 2009) y mediante Ley N° 28046 se ha establecido una contribución solidaria por el monto que exceda de 14 unidades impositivas tributarias anuales, con la tasa del impuesto a la renta.

De otro lado, la gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que inicialmente estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud-ESSALUD, creada por la Ley N° 27056 del 29 de enero de 1999, y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional-ONP, creada por el Decreto Ley N° 25967. Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del -entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas.

La Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado, hasta que esa situación fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Tras ello, la Oficina de Normalización Previsional atiende las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 19990, mientras las del régimen del Decreto Ley N° 20530 corresponden a la entidad en que se generaron¹².

De la misma manera, también fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional la Ley N° 26835 y la Ley N° 27617, mediante las cuales se modificaron algunas reglas referidas a pensiones de jubilación y de sobrevivientes, en dirección restrictiva. En sus pronunciamientos emitidos en junio del 2001 y marzo del 2003 (ésta complementada por sentencia expedida en junio del 2003), dicho organismo estima -en todo y en parte, respectivamente- las demandas. El criterio es el mismo que se tuvo al resolver los casos anteriores: el respeto a la teoría de los derechos adquiridos.

Como puede apreciarse los cambios legislativos producidos en el marco normativo del régimen público de pensiones, en su mayoría con efectos peyorativos con respecto a los derechos de los afiliados, fueron impugnados ante el Poder Judicial, sobre todo por aquellas personas que se encontraban gozando de éstas, al amparo de las normas anteriores, quienes obtuvieron resoluciones judiciales favorables.

De esta manera, al igual que en el caso del sistema previsional del Decreto Ley N° 19990, puede advertirse que las medidas legislativas adoptadas para corregir las deficiencias del régimen del Decreto Ley N° 20530 fueron mediatizadas en sus efectos por las decisiones del Poder Judicial y del órgano de control constitucional; fundamentalmente por que, en

¹² Salvo el caso de las entidades que ya hubieran sido liquidadas, en cuyo caso el Ministerio de Economía y Finanzas asumía el pago de los derechos pensionarios.

base al teoría de los derechos adquiridos consagrada en la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución, una reforma que disminuya los derechos consagrados en dichas normas y al pretender aplicarlos inmediatamente a las relaciones existentes, lesiona los derechos adquiridos en materia pensionaria.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La situación expuesta anteriormente nos indica que resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana. No obstante, dicha reforma debe hacerse en concordancia con los parámetros de las normas constitucionales, evitando así que las decisiones adoptadas sean cuestionadas por contravenir la Constitución.

En ese sentido, las medidas a adoptarse deben hacer un adecuado equilibrio entre las legítimas expectativas de quienes ahora gozan de una pensión de jubilación, la necesidad de que el monto de estas pensiones garanticen a todos los pensionistas una vida digna y la responsabilidad de entregar a las futuras generaciones un sistema previsional equilibrado y solvente.

Para ello, primero debe resolverse en el ámbito político (el Poder Ejecutivo y el Congreso), la cuestión de qué hacer con los sistemas previsionales públicos, para luego, abordar la relación que debería existir entre éstos y el sistema privado.

Respecto al primer problema, consideramos que el Estado tiene el deber de reconstruir el sistema público de pensiones para dar cumplimiento cabal al artículo 11º de la Constitución, el cual demanda garantizar la libre elección de parte del trabajador respecto al sistema previsional al cual acogerse.

Al respecto, es de apreciarse que el fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable; pues éste fue quien se apropió de los inmensos fondos, no pagó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores. Asimismo, es el Estado quien imprimió una pésima gestión administrativa y financiera al sistema.

De otro lado, además del mandato constitucional y de la corresponsabilidad del Estado en la situación actual del sistema previsional público, resulta claro que la protección de las necesidades de la población, ante la ocurrencia de contingencias biológicas y profesionales, mediante prestaciones idóneas, es una actividad de la que un Estado moderno no puede estar ausente. Los instrumentos internacionales de derechos humanos le exigen atenderla.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, no se trata de mantener los sistemas públicos actuales, que parecen encaminados a su extinción. Consideramos que un punto fundamental de la reforma del sistema debe ser la creación de un nuevo régimen público, que reemplace los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, los cuales deberían derogarse. De esta manera, se superaría esta dualidad de regímenes que, en

muchos casos se aplican a trabajadores que realizan las mismas labores en una misma entidad; la cual resulta discriminatoria y por tanto inconstitucional.

Las características de este nuevo régimen previsional serían las siguientes:

- En este nuevo sistema, la jubilación tendría que alcanzarse en base a dos elementos: la edad del afiliado y sus años de aportación al sistema y no tan sólo en función del tiempo de servicios del asegurado, como es el caso del actual régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. De esta manera se lograría un adecuado equilibrio entre los aportes de un afiliado y los beneficios que éste obtenga.
- De la misma manera, consideramos que no podría reconocerse un régimen de nivelación automática o cédula viva, ya que estos factores conducen a la inviabilidad financiera de cualquier sistema. De este modo, se podría recuperar la transparencia remunerativa en la administración pública, acabando con los incrementos pensionables y no pensionables, que intentan evitar sus repercusiones previsionales.

Por el contrario, deberían buscarse indicadores más adecuados que permitan actualizar los montos de las pensiones, manteniendo su capacidad adquisitiva.

- La administración de este nuevo régimen previsional debería estar a cargo, en forma centralizada, de una sola entidad, que sea reconocida como un organismo autónomo del Poder Ejecutivo. Se superaría así la actual dispersión de entidades que califican y pagan las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530.
- Asimismo, en el diseño del nuevo régimen deben tomarse en cuenta los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo-OIT respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102¹³. Estos son, fundamentalmente tres:
 1. Debería garantizarse al afiliado que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años “una prestación reducida” o pensión mínima que sea igual para todo los afiliados (artículo 29, párrafo 2, a). De esta manera se evitaría las diferencias que actualmente existen entre los afiliados a la 19990 y 20530, a pesar que ambos sistemas puedan incorporar a trabajadores de una misma entidad
 2. En segundo lugar debería “aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio” (artículos 65 y 66); y,

¹³ Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003.

3. En tercer lugar debería preverse la participación de los representantes de las personas protegidas en la gestión de los sistemas de pensiones (artículo 72, párrafo 1)
- Para efectos de implementar los cambios que podrían introducirse en el régimen previsional público tendría que haber una regulación pormenorizada de la transición entre los actuales sistemas y el propuesto.
 - Para ser efectivas estas medidas, consideramos que estos cambios normativos deberían ser aplicados en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial¹⁴.

La relación de este nuevo sistema público con el sistema privado, pensamos que podría ser de dos tipos.

La primera relación que se podría establecer es de tipo complementario. De este modo, todos los trabajadores estarían afiliados y aportarían una tasa al sistema público, que les garantizaría una pensión básica. Se manejaría con la modalidad de reparto. Adicionalmente, habría inscripción y contribución al sistema privado, conducido con la modalidad de capitalización individual, que brindaría pensiones suplementarias.

El segundo tipo de relación que podría establecerse sería el alternativo. En este caso, tendríamos dos sistemas de capitalización individual¹⁵, uno del Estado y otro privado, en competencia por ofrecer el mejor servicio, fundada en reglas equitativas. En cualquiera de las opciones, el sistema privado debería ser sometido también a una adecuada supervisión, para prevenir o reparar las infracciones en que incurre.

Pensamos que el primer planteamiento requeriría una reforma de la Constitución, pero el segundo no. El actual artículo 11° de la Constitución, conforme al cual las entidades que brindan pensiones pueden ser públicas, privadas o mixtas, admitiría sin obstáculos una relación complementaria o alternativa entre dichas entidades gestoras. En cambio, la creación de un sistema público, que fusione a los de los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, con aplicación inmediata de nuevas reglas para las pensiones existentes, que podrían afectar derechos adquiridos, supondría la necesaria modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria.

Evidentemente que la implementación de estas medidas y sobre todo con efectos generales plantean como problema el respeto al teoría de los derechos adquiridos, recogidos de manera excepcional para efectos previsionales por la Constitución vigente, y el respeto a la cosa juzgada, también consagrada constitucionalmente.

¹⁴ En el supuesto, claro está, que mediante una modificación constitucional se suprima la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, la misma que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional para los trabajadores públicos y que ha fundamentado la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia.

¹⁵ Donde los aportes del trabajador son derivados a una cuenta de su exclusiva titularidad, la misma que se ve incrementada con el producto de las inversiones que realice la administradora y que financiara el pago de su pensión.

Respecto al tema de la cosa juzgada, evidentemente ello dependerá de la decisión que se adopte acerca de la vigencia de la teoría de los derechos adquiridos. En efecto, debe tenerse en cuenta que las resoluciones del Tribunal Constitucional que disponen la no afectación de las pensiones que se vienen otorgando por las recientes modificaciones, se fundamental en la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos consagrado, como excepción por la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución vigente, de tal manera que al suprimirse esta norma, desaparecería la objeción señalada, al regir el principio de los hechos cumplidos recogido con vocación general por el artículo III Título Preliminar del Código Civil.

De esta manera, los cambios propuestos podrían aplicarse, incluso a las pensiones que han sido reconocidas judicialmente, toda vez que ellas deberían ajustarse al marco legal vigente; no pudiendo, en este escenario, invocar la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos.

Lo expresado exige una reflexión profunda acerca de la necesidad de modificar o suprimir la Primera Disposición Complementaria y Final de la Constitución vigente que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, a fin de hacer viable con efectos generales las modificaciones propuestas.

V. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como se ha señalado, cualquier modificación tendiente a racionalizar los regímenes previsionales públicos tendrá efectos en la medida que resulta aplicable a aquellos afiliados que en la actualidad gocen de una pensión o que estén en aptitud de hacerlo. Lo señalado pone en cuestión el principio de derechos adquiridos consagrado para efectos de los derechos pensionarios de los trabajadores públicos, en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución vigente

En tal consideración resulta oportuno y necesario analizar la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo en nuestro sistema jurídico, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La regla de la irretroactividad de las normas.

Es propio de todo Estado de derecho establecer como regla la irretroactividad de las normas, aunque comúnmente se admita como excepción su retroactividad. El fundamento de la primera se encuentra en la seguridad jurídica, que impide alterar en el futuro las bases sobre las que se configuraron las relaciones jurídicas en el pasado; y de la segunda, en la protección de los sujetos que están en situación de desventaja, en ciertas áreas jurídicas regidas por los intereses públicos o sociales. De esto último fluye que la retroactividad sólo cabe cuando es benigna para el sujeto tutelado por determinada área del derecho. Además, por su mismo carácter de excepción, tiene que declararse expresamente.

Las constituciones de 1979 y de 1993, así como el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, coinciden en proclamar la regla y aceptar excepciones, pero difieren en la extensión de éstas: materia penal, laboral y tributaria, en la primera norma; sólo penal en la segunda; y penal y laboral en el Proyecto.

Sin embargo, en doctrina no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y de retroactividad, más allá de entender que la primera situación es la ordinaria y la segunda la extraordinaria. Las interpretaciones de esos términos son básicamente dos y vienen formuladas por las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

Según la teoría de los derechos adquiridos, la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.

Por tanto, si la antigua norma otorgaba una pensión de 800 soles y la nueva eleva el monto a 1000 -en una sucesión de mejora-, el pensionista se quedaría con 800; pero si ocurriera lo contrario -en una sucesión de disminución- el monto que debería percibir el pensionista no sería de 800 sino de 1000. La manera de evitar la afectación del pensionista en el primer supuesto, sería que la nueva norma se declare retroactiva, para que se incremente inmediatamente su pensión de 800 a 1000 soles, pero ello no cabría en nuestro esquema constitucional en esta materia, toda vez que no se encuentra contemplado la retroactividad en materia laboral.

La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de aplicación inmediata de la norma (irretroactividad) cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquélla entre en vigencia. La situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

Manteniendo el ejemplo anterior, tendríamos que si se aumentara las pensiones de 800 a 1000 soles -en una sucesión de mejora-, el pensionista percibiría el nuevo monto mayor; y si se rebajara el monto -en una sucesión de disminución- también la pensión decrecería de inmediato, fijándose en 800 y ya no en 1000 soles. Sólo en el primer caso la nueva norma podría declararse retroactiva, ya que sería benigna, aunque ello no podría ocurrir en nuestro ordenamiento.

Como puede verse, si el ordenamiento sobre derechos humanos siguiera una tendencia progresiva, que es la más acorde con su naturaleza, la teoría de los hechos cumplidos sería más ventajosa que la de los derechos adquiridos. La primera le permitiría a los destinatarios adaptarse a la innovación de mejora, mientras la segunda los llevaría a conservar el beneficio menor. En cambio, en supuestos excepcionales en los que dicho ordenamiento asume una tendencia regresiva, sucedería lo contrario. En virtud de la teoría de los hechos cumplidos su beneficio disminuiría de inmediato, en tanto que según la teoría de los hechos adquiridos, retendrían la ventaja alcanzada.

En definitiva, el escenario en que se mueve la teoría de los derechos adquiridos está en los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha en que se produce la sucesión normativa: si se rigen por la antigua norma, habrá irretroactividad; y si se rigen por la nueva, habrá retroactividad. En cambio, el de la teoría de los hechos cumplidos está en la aplicación de la nueva norma: si recae sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, habrá irretroactividad; y si recae sobre los hechos ya cumplidos, habrá retroactividad.

La clave, pues, para cada teoría está en cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Respecto del momento en que se adquiere un derecho, hay tres posiciones doctrinarias: para la primera, basta que la relación jurídica se haya constituido cuando estaba vigente la norma antigua; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho previsto por esa norma; y para la tercera, se requiere incluso que se haya comenzado a disfrutar del beneficio, antes de su supresión. La más razonable nos parece la intermedia. Sobre la oportunidad de cumplimiento del hecho, habría que distinguir los hechos que se cumplen una única vez, como la edad de acceso a la jubilación, de los que lo hacen periódicamente, como la percepción de una pensión. En este último caso, el cumplimiento ocurre el día en que debe efectuarse el pago.

La Constitución de 1979 no optó por ninguna de las teorías antes señaladas. Ese papel lo cumplió más bien el Código Civil, que en el artículo III de su Título Preliminar, acogió la teoría de los hechos cumplidos: la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por tratarse de una ley, aunque establezca criterios de interpretación y aplicación válidos para todo el sistema jurídico, otras normas con tal rango podían asumir la teoría contraria, como de hecho ocurrió en esos años en diversos campos, entre ellos el pensionario.

Con la Constitución actual parece ocurrir lo mismo. Sin embargo, dado que adopta figuras mixtas para el ámbito pensionario -en la Primera Disposición Final y Transitoria- que combinan ambas teorías, podría sostenerse por argumento a contrario que acoge para el resto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Decimos que la mencionada disposición recoge una figura mixta, porque nos queda claro que si se produce una sucesión de mejora, la nueva norma debe regir de inmediato; pero si la sucesión es de disminución, debe seguir rigiendo la antigua. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja, lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto.

De otro lado, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución circunscribe la protección de los derechos adquiridos a los regímenes obligatorios y a los trabajadores públicos. De modo que no están comprendidos en ella, por una parte, los sistemas pensionarios voluntarios, establecidos como suplemento o complemento a los legales; y, por la otra, los trabajadores privados. Esta última exclusión resulta manifiestamente discriminatoria, puesto que dichos regímenes obligatorios abarcan tanto a trabajadores de la actividad privada como del sector público.

Los derechos adquiridos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967, Decreto Legislativo N° 817, Ley N° 26835 y Ley N° 27617, el Tribunal Constitucional ha consolidado algunos criterios que nos interesa resaltar a continuación.

En primer lugar, sostiene el Tribunal Constitucional que la Constitución adopta la teoría de los hechos cumplidos como regla para el conjunto del sistema y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario. Así, de un lado, señala que “la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma” cuando establece “la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial”, por su artículo 109°, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). Del otro, afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria: “Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente” (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967).

Asimismo, al aludir a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, asevera: “Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530”; lo que cabe sólo porque aquella “permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente” (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817). Las materias no pensionarias no disfrutaban de esta protección: así, dado que “la bonificación [del FONAHPU] no forma parte de la pensión... no constituye un derecho adquirido” (Fundamentos 5, 6.1 y 6.2 de la sentencia sobre la Ley N° 27617).

Sobre el argumento utilizado para sustentar la adopción de la teoría de los hechos cumplidos por la Constitución, creemos que el Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo con la de sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En cualquier sistema jurídico ajustado a los principios propios de todo Estado de derecho, las normas entran en vigencia con posterioridad a su publicación. Pero de allí no se deduce, en nuestro concepto, la adopción de ninguna teoría; para ello hace falta indagar si se acepta que la nueva norma opere sólo para las futuras relaciones o también para los derechos ya adquiridos o los hechos no cumplidos de las existentes. La pregunta central, pues, es si al entrar en vigencia la nueva norma -que no interesa cuándo sea, pero deberá ocurrir con posterioridad a su publicación- afectará o no las relaciones y situaciones existentes

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional establece dos precisiones importantes: qué es un derecho adquirido y cuándo se produce la adquisición de un derecho. Respecto de lo primero, sostiene que tales derechos son “los que han sido incorporados en el patrimonio

jurídico de los pensionistas” (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967), o “aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos” (Fundamento 15 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

Respecto de lo segundo, para el Tribunal Constitucional hace falta distinguir entre las pensiones originarias y las derivadas. Las primeras son las que genera el titular en su provecho, como las de jubilación, cesantía e invalidez, y las últimas son las que suscita en beneficio de los familiares a su cargo, como las de sobrevivientes.

El derecho a un obtener una pensión originaria se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma. De este modo, la antigua norma “se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el Decreto Ley N° 19990 para obtener la pensión de jubilación en cumplimiento de los supuestos de hecho” (Fundamento 11 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). O, más específicamente todavía, cuando dice que “es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable” y concluye que sucede “desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos [los de la norma antigua], aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente” (Fundamento 19 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional considera compatibles con la Constitución todas las modificaciones legislativas que operen hacia el futuro, afectando derechos no adquiridos; e incompatibles las que tienen aplicación inmediata sobre derechos ya adquiridos. Así, por ejemplo: “El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decreto Ley N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990” (Fundamento 12 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). O, en el mismo sentido: “el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia” (Fundamento 13 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

En igual dirección, cuando se autoriza la modificación por decreto supremo de los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación, sostiene el Tribunal Constitucional que “es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley N° 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido” (Fundamento 2.2 de la sentencia sobre la Ley N° 27617).

En definitiva, pues, el Tribunal Constitucional ha mantenido en sus fallos una línea de pensamiento en el sentido de que el derecho a una pensión originaria se adquiere cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, aunque no se haya ejercido todavía. Adopta, por tanto, la tesis intermedia que describimos antes y que nos resulta equilibrada.

El único caso que conocemos, en el que se cambia la oportunidad en que se adquiere el derecho, es el de un diplomático (Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores), resuelto en vía de acción de amparo, en octubre del 2001. Aquí, el diplomático ingresó al servicio en enero de 1971, siendo que estaba vigente desde abril de 1929 una ley (modificada en agosto de 1970), conforme a la cual el pase a retiro por límite de edad se producía a los 60 años. Esa ley fue modificada en diciembre de 1996 por otra (a su vez sustituida en junio de 1997), que rebajó dicha edad a 55 años. Antes de alcanzar esta última edad, el diplomático interpuso la acción de amparo por amenaza de violación de sus derechos adquiridos. El Tribunal Constitucional afirmó: “Los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y, específicamente, aquellos que establecen plazos, no pueden ser -a posteriori- desnaturalizados de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos... como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas...” (Fundamento 3 de la sentencia).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional acoge en este caso la tesis de que el derecho se adquiere cuando se constituye la relación jurídica bajo la vigencia de la norma antigua, que corresponde a la primera de las tesis antes expuestas. El apartamiento de la ruta trazada, lamentablemente no se justifica de forma explícita, aunque podría hallar apoyo en la particularidad de las circunstancias. En efecto, si se mantuviera la tesis de que la adquisición del derecho se verifica cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, los diplomáticos no llegarían nunca a adquirirlos, ya que la nueva edad de pase a retiro es menor que la anterior. Lo que sí nos parece errada es la referencia al principio de irrenunciabilidad de derechos, puesto que éste opera cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandona voluntariamente, que no es el caso, en el que más bien ocurre una privación por ley, derivada de una sucesión de disminución.

Un escenario similar se presenta en el caso del cese por edad de los magistrados del Poder Judicial, que el Poder Ejecutivo propuso adelantar. En comunicado de la Corte Suprema, publicado en el diario “El Comercio” el 5 de setiembre del 2003, se sostiene que “los derechos adquiridos por los magistrados de ninguna manera pueden resultar desnaturalizados restrictivamente por nuevas disposiciones legales, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos... y el de irretroactividad de la ley... perteneciendo cualquier modificación al ámbito de la reforma constitucional” (Punto 3).

Regresando a la cuestión del momento de adquisición de un derecho, centrémonos en el caso de las pensiones derivadas. En este supuesto sostiene el Tribunal Constitucional que no existe en rigor derecho adquirido ni expectatio, ya que no hay requisito alguno para el disfrute de la pensión de sobrevivencia. El fallecimiento del titular es sólo una condición (Fundamento 16 de la sentencia sobre la Ley N° 27617). De este modo, el familiar tendrá derecho a conservar la situación prevista por la norma vigente cuando el titular adquirió su derecho, aunque éste no haya fallecido aún. Así, se dice “que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular” (Fundamento 10 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617). De allí se concluye que las

modificaciones de disminución de derechos “sólo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían concretado su derecho previsional” (Fundamentos 17, 18 y 20 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Si bien en el plano conceptual la posición del Tribunal Constitucional acerca de la adquisición del derecho a las pensiones derivadas, luce sostenible, en el plano aplicado conduce a situaciones absurdas. Así, cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía, genera automáticamente beneficios de sobrevivencia en una persona con la que podría no haber contraído todavía matrimonio o que podría no haber sido siquiera concebida. Nos parece, por ello, que el criterio para determinar el momento de adquisición del derecho a una pensión derivada, debería ser el de la producción de la contingencia, esto es, el fallecimiento del titular.

Un asunto sobre el que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ha sido el del alcance subjetivo de la tutela conferida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución: si sólo incluye a los trabajadores del sector público, como literalmente aparece en el texto, o si comprende también a los trabajadores de la actividad privada, como tendría que ser para no incurrir en segregaciones injustificadas.

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dado que los organismos internacionales pueden conocer las reclamaciones interpuestas contra las decisiones jurisdiccionales o administrativas adoptadas por los organismos nacionales, según lo prevé nuestra propia Constitución -en su artículo 205º -y que ha llegado a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego, un caso sobre pensiones proveniente de nuestro país, conocido como “Caso cinco pensionistas versus Perú”, que constituye un evidente precedente para futuros cuestionamientos, es indispensable revisar la posición del último de los mencionados organismos, expresada en su sentencia del 28 de febrero del 2003.

Antes de reseñar los criterios manejados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el caso, vamos a resumir los hechos, a partir del texto de la propia sentencia.

Los pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros y cesaron después de haber prestado más de veinte años de servicios a la administración pública. Conforme a la ley orgánica de dicha entidad, debieron elegir entre continuar sujetos al régimen laboral y pensionario del sector público o acogerse al de la actividad privada. Decidieron lo primero y se les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable. Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica hasta abril de 1992, en que a cuatro de los reclamantes se les redujo el monto de su pensión y al quinto se le suspendió. Luego, en octubre de ese año y por mandato del Decreto Ley N° 25792, se dispuso la homologación de las pensiones con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus trabajadores. Los reclamantes interpusieron sendas acciones de amparo y obtuvieron

fallos favorables de la Corte Suprema, expedidos en 1994. La entidad denunciada incumplió las sentencias, por lo que hubo nuevos reclamos, que generaron unas resoluciones expedidas en 1995 por aquélla ordenando ejecutar el mandato judicial, lo que también se incumplió. Las acciones de cumplimiento planteadas por los reclamantes, también fueron declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional.

En enero del 2002, el Congreso derogó por la Ley N° 27650 el precepto del Decreto Ley N° 25792 que mandaba efectuar la homologación mencionada. Finalmente, la entidad resolvió dar cumplimiento a las resoluciones antes aludidas.

La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue interpuesta en febrero de 1998 y en diciembre del 2001 ésta decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se le pedía determinar si el Estado peruano había violado los artículos 21 (propiedad privada), 25 (protección judicial) y 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó el reclamo respecto de los dos primeros derechos y lo desestimó en cuanto al tercero. Nos interesa resaltar el fallo en lo relativo al derecho de propiedad, porque esta materia se relaciona directamente con los derechos adquiridos. Debe tenerse en cuenta que en este caso no se ha considerado el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque a la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos éste no se encontraba aún vigente, por carecer del número mínimo de ratificaciones. Entró en vigor recién el 16 de noviembre de 1999.

Para resolver la controversia se debe determinar “si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto” y “qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste” (Punto 95). “En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano” (Punto 96). Añade la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley N° 20530, en el sentido que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas” (Punto 102). Asimismo, que “desde el momento en que... [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas” (Punto 103).

Sobre la cuestión de los parámetros para cuantificar el derecho a la pensión y los límites que se puede imponer a ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada

(1991) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado” (Punto 115). Al reconocérceles primero y negárseles después, el derecho a la nivelación de su pensión con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les “afectó patrimonialmente, violando el artículo 21 de la Convención” (Punto 115).

Interpretando el texto del artículo 21º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 5 de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala: “Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido... los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (Punto 116).

De la síntesis ofrecida sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fluye que el derecho a la pensión es un derecho adquirido, porque así lo concibe la Constitución peruana y, en tanto se incorpora al patrimonio de los pensionistas, está cubierto por el derecho de propiedad consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No queda claro el momento desde el que dicho organismo jurisdiccional entiende que se adquirió el derecho a la pensión: el de la inscripción en el régimen del Decreto Ley N° 20530 o el del cese en el trabajo; pero sí que tal adquisición no abarca sólo la obtención de la pensión sino los términos en que ella se otorgaba conforme a la norma antigua. No obstante, se admite que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales, se pueda limitar el monto de las pensiones, dándose a entender que las restricciones pueden comprender a las pensiones existentes y no sólo a las futuras.

El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso

Como se ha señalado en los últimos años se ha producido en nuestro país un intenso debate sobre el futuro de los sistemas de pensiones. Restaurado el ordenamiento constitucional, se formó una Comisión Especial encargada de elaborar un Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado. Asimismo, fue designada otra Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que tuvo entre sus preocupaciones principales el tema previsional. Ambos informes se presentaron el 15 de julio del 2001.

Más recientemente, en ámbitos políticos y periodísticos, se ha centrado la atención en los sistemas de pensiones, tanto los públicos como el privado. En este marco, se ha propuesto al Congreso que se corrija las principales distorsiones legislativas que afectan a dichos sistemas. Las demandas, sin embargo, han sido escuchadas sólo en lo que respecta a los sistemas públicos. En este sector, se ha ejercido también fuertes presiones sobre el

Tribunal Constitucional, para que rectifique algunas de sus posiciones referidas en especial al régimen del Decreto Ley N° 20530.

Como resultado de este proceso, el Tribunal Constitucional se ha rectificado en algunas líneas centrales de sus planteamientos y el Congreso ha dictado las Leyes N°s. 28046 y 28047. Lo primero ha ocurrido con ocasión de la expedición de una sentencia recaída en un proceso de amparo (Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional), dictada el 18 de junio del 2003, aunque en otra, expedida el 27 del mismo mes y año, en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley N° 27617, vuelve a enfatizar los derechos adquiridos.

En la primera sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional sostiene que el “Decreto Ley N° 20530... es un régimen de pensiones de carácter cerrado” (Fundamento 3), desde “el 12 de julio de 1962” (Fundamento 7), pese a lo cual “en diversas ocasiones fue abierto por ley” (Fundamento 3). A partir de esta concepción, “ha resuelto apartarse del criterio adoptado” en un pronunciamiento emitido apenas quince días antes, en el que se concedió erróneamente el derecho de incorporarse a dicho régimen (Fundamento 11). Asimismo, se retracta en el cómputo de los cuatro años de formación profesional, que en fallos anteriores había admitido que se hiciera con anterioridad a alcanzar los 15 años de servicios para los hombres y los 12,5 para las mujeres y ahora sostiene que el abono de ese período “se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente aportados al Estado” (Fundamento 10); y con respecto a la nivelación, cuestión en la que fija su posición en el sentido que “debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese” y, más explícitamente aun, que “la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada... no procede” (Fundamentos 15 y 16). Termina la resolución con un inusual planteamiento: “considera este Colegiado que... debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga” (Fundamento 20).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional efectúa una larga reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria, que parece ser la razón por la que se expidió ese fallo complementario sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 27617, tres meses y medio después de haber resuelto el proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esta sentencia precisa que “el ‘reajuste’ de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes ya tienen el derecho adquirido, sino de ‘incrementarlas’”, por interpretación de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución concordante con la Undécima, referida a “la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales -como la Segunda- que requieren nuevos o ‘mayores gastos’”. Agrega que la progresividad “no puede nunca interpretarse como sinónimo de ‘regresividad’, y ni siquiera como mantenimiento del statu quo” (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617).

Esta idea se refuerza cuando le recuerda al Congreso “que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios”, los que parecen requerir una reforma de la Constitución, que es atribución de aquél efectuar: “siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido” (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617).

En el punto siguiente, nos vamos a ocupar de las innovaciones introducidas por las Leyes N°s. 28046 y 28047, respecto de las reglas establecidas por las normas que las precedieron.

La viabilidad de los cambios efectuados por el Congreso en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Nos interesa en este punto, analizar a qué trabajadores o pensionistas podrá aplicárseles las modificaciones efectuadas en el ordenamiento pensionario en los últimos años, en el entendido que se mantengan las normas constitucionales actuales sobre la materia y que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantengan su criterio de que el derecho se adquiere en los términos y condiciones existentes cuando se produjo el supuesto de hecho, como lo sostienen ambos organismos jurisdiccionales en el Fundamento 17 de la sentencia sobre la Ley N° 27617 y el Punto 103 de la sentencia del “Caso cinco pensionistas versus Perú”, respectivamente.

Para estos efectos, vamos a centrarnos en tres temas referidos al régimen del Decreto Ley N° 20530, que se han regulado con el propósito de reducir los extremos en los montos de las pensiones y el déficit de los fondos. Se trata de los topes, los aportes y la contribución solidaria.

Los topes a las pensiones estuvieron previstos en el esquema original del Decreto Ley N° 20530, cuyo artículo 57° remitía para su fijación a las leyes de presupuesto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, consideró que la Octava Disposición General de la Constitución de 1979, que introdujo la nivelación, derogó el citado precepto del decreto ley¹⁶ (Fundamento 18 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

No obstante, los topes han existido, dispuestos por sucesivas normas con rango legal. Cuando la Ley de Presupuesto de 1991 impuso topes, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales desestimó la demanda de inconstitucionalidad contra ella, sobre la base de que “no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o empresa”. Aquí podríamos identificar tres tramos: primero, el de la Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994; segundo, el del Decreto Legislativo N° 817, de abril de

¹⁶ Aún cuando como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional incurrió en error al afirmar esta supuesta derogatoria tácita, toda vez que en realidad las materias que regulan la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y el artículo 57° del Decreto Ley bajo referencia son distintas entre sí. En el primer caso se está regulando la nivelación de pensiones, mientras que la segunda norma se regula la aplicación de topes a esas pensiones.

1996, equivalente al sueldo de un congresista; y tercero, el de la Ley N° 28047, de julio del 2003, ascendente a una unidad impositiva tributaria.

Esto significa que según el período en que se adquirió el derecho, no en el que se hizo efectivo, habrá topes distintos para las pensiones. El actual monto máximo, por tanto, sólo vale para los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener una pensión a partir de la vigencia de la última ley mencionada.

En lo que se refiere a los aportes, es del caso señalar que éstos se han elevado recientemente. En este caso, tendríamos que diferenciar cuatro tramos: uno, hasta antes de la Ley N° 28047, en que era del 6% de la remuneración; dos, desde agosto del 2003, en que asciende al 13%; tres, a partir de agosto del 2006, que se eleva a 20%; y cuatro, de agosto del 2009 en adelante, que se fija en 27% (todo ello por mandato de la Ley N° 28047).

Pues bien, al igual que lo planteado para los topes, aquí el trabajador congelaría el monto del aporte vigente en la fecha en que adquiere el derecho a la pensión. De este modo, si la jubilación se materializara en el tramo siguiente, en el que el aporte ya es mayor, seguiría abonando en ese lapso el monto anterior.

Finalmente, la Ley 28046, también de julio del 2003, ha creado una contribución solidaria para quienes perciben pensiones más altas. Esta contribución grava el exceso de catorce unidades impositivas tributarias anuales y tiene como tasa la vigente para el impuesto a la renta. Aunque la ley no indica la categoría a la que se adscribe esta figura, asumimos que es la quinta, en cuyo caso dicha tasa sería de 15% hasta 27 unidades impositivas tributarias, 21% por el exceso hasta 54 y 30% por el exceso de 54.

Respecto al ámbito de aplicación de este tributo, hay quienes sostienen en la misma línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional, que debe distinguirse dos tramos: primero, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28046; y segundo, desde dicha vigencia en adelante. Esto significaría, según esta posición, que la contribución sólo podría gravar a las personas cuyos derechos pensionarios se adquieran a partir de la aplicación de la Ley N° 28046.

Sin embargo, si fuera así la contribución no tendría a quién aplicarse, ya que siendo -por mandato de la Ley N° 28047- el nuevo tope equivalente a una unidad impositiva tributaria por mes, ninguna pensión podría llegar y menos superar las catorce unidades impositivas tributarias por año. En consecuencia, es claro que la intención del legislador es por tanto, gravar incluso a las pensiones existentes. No obstante, en tal supuesto, que dicha afectación sería inconstitucional para esta posición, toda vez que entraría en contradicción con la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional respecto al tema de los Derechos adquiridos. Hay que tener en cuenta que las pensiones han estado excluidas de toda carga tributaria (primero exoneradas del pago y, luego, desde el 1 de enero del 2001, inafectas, en lo que corresponde al impuesto a la renta) por lo que ahora no podría imponérseles una, al menos a las existentes.

VI. CONCLUSIONES

1. Los regímenes pensionarios públicos se encuentran en una grave crisis. En el caso del régimen del Decreto Ley N° 19990, esta situación se origina en la utilización de sus ingentes recursos por sucesivos gobiernos para fines distintos a los de la seguridad social, así como en ciertas deficiencias en la gestión administrativa y financiera de tales recursos. En el caso del Decreto Ley N° 20530, la radical alteración de su diseño inicial, a través de masivas incorporaciones a un régimen concebido como cerrado, generó su inviabilidad, dadas las onerosas condiciones en que otorga sus prestaciones.

2. Es una responsabilidad básica de un Estado moderno brindar seguridad social a su población. Por ello, deben rediseñarse los sistemas pensionarios públicos en el Perú. Esta tarea pasa por unificar los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, bajo la administración de una sola entidad, que debe operar como un organismo autónomo. Correspondería al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República, definir la relación complementaria o alternativa que guardaría ese nuevo sistema público con el sistema privado.

3. Dado que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, interpretada por el Tribunal Constitucional, garantiza el respeto por los derechos adquiridos, es necesario modificarla, si se quisiera que las nuevas reglas que rijan para las pensiones en el sistema público unificado puedan aplicarse a las pensiones existentes. El sentido de tal modificación sería el de adoptar en general para todo el sistema jurídico, con la excepción del ámbito penal, la tesis de los hechos cumplidos: esto es, la nueva norma se aplica inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes.

En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas o desproporcionadas que desnaturalicen el derecho de los pensionistas. De producirse transgresiones de esa naturaleza, los organismos jurisdiccionales tendrían que restituir los derechos vulnerados.

VII. RECOMENDACIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 26° de la Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo RECOMIENDA al Congreso de la República lo siguiente:

1. La aprobación de una ley que cree un nuevo sistema previsional público que unifique y sustituya a los actuales regímenes de los Decretos Leyes No. 19990 y 20530.
2. Que el nuevo régimen previsional público se establezca teniendo en consideración lo siguiente:

- 2.1 La jubilación tendría que alcanzarse en base a dos criterios: la edad del afiliado y sus años de aportación al sistema.
- 2.2 Excluir el criterio de nivelación automática o cédula viva, optando por indicadores más adecuados que permitan actualizar los montos de las pensiones, manteniendo su capacidad adquisitiva.
- 2.3 La administración correspondería a una sola entidad, reconocida como un organismo autónomo del Poder Ejecutivo y sujeto al control de la Contraloría General de la República.
- 2.4 Los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo-OIT respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102¹⁷. Estos son, fundamentalmente tres:
- Garantizar al trabajador que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años “una prestación reducida” o pensión mínima que sea igual para todos los afiliados (artículo 29º, párrafo 2, a). De esta manera se evitaría las diferencias que actualmente existen entre los afiliados a la 1990 y 20530, a pesar que ambos sistemas puedan incorporar a trabajadores de una misma entidad.
 - Agotar todos los esfuerzos orientados a “aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio” (artículos 65º y 66º); y,
 - Prever la participación de los representantes de las personas protegidas en la gestión de los sistemas de pensiones (artículo 72º, párrafo 1)
- 2.5 Estos cambios normativos deberían ser aplicados en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 1990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial. Siendo ello así, tendría que regularse de manera expresa la transición entre los actuales sistemas y el propuesto.
3. Modificar la Constitución, suprimiendo la Primera Disposición Final y Transitoria, a través del procedimiento establecido por el artículo 206º del propio texto constitucional. Dicha disposición debe recoger el criterio sobre vigencia de las normas en el tiempo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, según el cual las nuevas normas se aplican inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes a su fecha de

¹⁷ Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003.

entrada en vigencia, dejando a salvo la retroactividad benigna en materia penal.

Lima, abril del 2004