



## **Defensoría del Pueblo**

**El camino de la Constitución para la protección eficaz  
de las personas en situaciones de emergencia.**

Marco conceptual de los fundamentos de la sentencia que  
declara la inconstitucionalidad de Ley 31028.

Defensoría del Pueblo  
Jirón Ucayali 394-398  
Lima-Perú  
Teléfono: (511) 311-0300  
Fax: (511) 426-7889  
Correo electrónico: [consulta@defensoria.gob.pe](mailto:consulta@defensoria.gob.pe)  
Página web: <http://www.defensoria.gob.pe>  
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición, marzo de 2021

Hecho el Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-03944

Documento de Trabajo n.º 1-2021-DP/AAE. El camino de la Constitución para la protección eficaz de las personas en situaciones de emergencia. Marco conceptual de los fundamentos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de Ley 31028.

La elaboración estuvo a cargo de José Antonio Ordinola Dediós, Jefe del Área de Administración Pública de la Adjuntía para la Adjuntía para la Administración Estatal y la aprobación de Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta para la Administración Estatal.

Especial mención merece la revisión efectuada y las sugerencias brindadas por Abraham García Chávarri, Adjunto para los Asuntos Constitucionales.

## ÍNDICE

I. Justificación del documento de trabajo .....	4
II. Repaso de los dilemas del Sistema Nacional de Pensiones y sus afiliados .....	5
III. Medidas propuestas por el Congreso de la República, costos y ausencia de financiamiento .....	9
IV. La Sentencia 151/2021 expedida por el Tribunal Constitucional.....	11
V. Marco conceptual de los fundamentos del Tribunal Constitucional en materia del derecho a la seguridad social .....	16
1. La premisa básica del derecho fundamental a la seguridad social como mandato de optimización para el legislador .....	16
2. El contenido “esencial” de la seguridad social como derecho fundamental y como “garantía institucional” frente al legislador.....	17
a. <i>La finalidad (o razón de ser) de la “seguridad social”</i> .....	17
b. <i>La especial consideración de la seguridad social como “garantía institucional y la fijación del principio de solidaridad</i> .....	19
3. Los principios constitucionales financieros y de gestión de la seguridad social y el realismo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) .....	21
a. El realismo a través del principio de progresividad en los DESC .....	21
b. La vital relevancia del principio de sostenibilidad o equilibrio financiero de la seguridad social.....	23
c. La garantía de intangibilidad (y autonomía) de los fondos de la seguridad social .....	26
d. Sobre la naturaleza de los “fondos de reserva” o “reservas” de la seguridad social, en particular sobre el FCR en el Perú .....	29
VI. Breves apuntes sobre la reiteración de jurisprudencia sobre las competencias constitucionales presupuestales.....	32
1. La exclusividad de la competencia del Poder Ejecutivo en la iniciativa de gasto público y en la administración de la Hacienda Pública .....	32
2. La restricción constitucional impuesta a la iniciativa legislativa de los congresistas de la República en materia de gasto público .....	33
VII. Medidas alternativas acordes con la Constitución propuestas por el Poder Ejecutivo.....	34
VIII. Conclusiones .....	37

## I. JUSTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO DE TRABAJO

La pandemia del COVID-19 ha generado un fuerte impacto en los derechos de las personas. Según la Organización Internacional del Trabajo – OIT, *“La presente crisis difiere bastante de las anteriores. El impacto de las medidas de confinamiento (...) va mucho más allá de la perturbación inicial del comercio y de las restricciones a la libre circulación”*.<sup>1</sup>

El impacto de la crisis en la economía tiene y tendrá consecuencias graves en la capacidad de las personas para solventar por sí mismas sus necesidades vitales, pero también en la del Estado. Por ejemplo, el organismo internacional señala que *“Los servicios e industrias no esenciales se vieron directamente afectados por el confinamiento, lo que provocó, entre otras cosas, una reducción del número de horas trabajadas y la pérdida de puestos de trabajo (...) La caída de los precios de los productos básicos en todo el mundo debilitará aún más la posición comercial de los países exportadores y reducirá el empleo en los sectores exportadores, lo que a su vez mermará los ingresos fiscales”*.<sup>2</sup>

En este complejo contexto, los Estados deben activar los mecanismos de seguridad social existentes y adoptar diversas medidas excepcionales para mitigar los efectos de las crisis. En esta misión, dependiendo de cada país y cultura, habrá un mayor o menor protagonismo del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, el poder administrador y técnico y el poder legislador y deliberante, respectivamente.

A pesar de que en el Perú, la dinámica institucional había transitado generalmente por el reconocimiento implícito y explícito de la preeminencia del Poder Ejecutivo en materia económica y presupuestal; la crisis generada por el COVID-19 propició que el Poder Legislativo peruano pretenda innovar en estas materias, optando por caminos que habían sido desaconsejados por el Poder Ejecutivo, al carecer del sustento técnico necesario que se requiere en estos casos.

Se intervino legislativamente los cobros por peajes afectando los términos y el equilibrio económico de diversos contratos de concesión celebrados por Estado peruano (Ley 31018). Se autorizó legislativamente ascensos automáticos del personal de la salud sin la realización de concursos de méritos y extender bonos o entregas económicas a trabajadores no considerados originalmente por el Poder Ejecutivo, como una especial retribución por el desempeño de labores durante la emergencia sanitaria por COVID-19 (Ley 31039). Ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional mediante las sentencias 359/2020 y 1041/2020, respectivamente.

---

<sup>1</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19*, Nota de políticas, Mayo de 2020, p. 3. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_751916.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_751916.pdf)

<sup>2</sup> *Ibidem*.

En esta tendencia se circunscribe el establecimiento, por el Poder Legislativo, de un régimen de devolución de los aportes efectuados al Sistema Nacional de Pensiones, desoyendo los dictámenes negativos emitidos por el Poder Ejecutivo (Ley 31083). A pesar de la claridad de la inconstitucionalidad de la medida, graficada fundamentalmente por el elevado costo de la misma (aproximadamente S/ 16 mil millones de soles), el Congreso de la República insistió en su promulgación. Esta medida también fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Debido a las previsibles implicancias presupuestales, la respuesta del Tribunal Constitucional debía ser contundente y estar dotada de celeridad, por lo que se aprovechó la oportunidad para consolidar y precisar la jurisprudencia en materia de iniciativa de gasto público y definir claramente la controversia. En materia del derecho a la seguridad social, se han realizado precisiones importantes, sin embargo la coyuntura no ha permitido profundizar en las mismas.

El propósito de este documento de trabajo es poner de relieve que el *Caso Ley de la devolución de aportes del Sistema Nacional de Pensiones* no solo evidencia un claro desconocimiento de las reglas de la administración presupuestaria del Estado sino también la desnaturalización de la garantía institucional de la seguridad social.

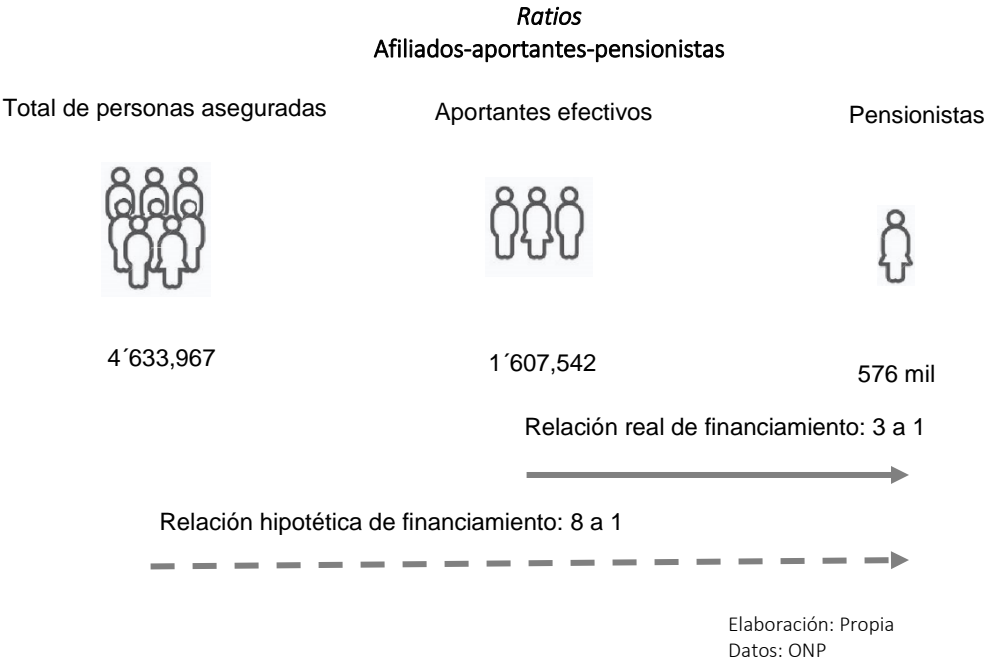
Con este fin como primer paso se extraen los principales argumentos del Tribunal Constitucional emitidos en la Sentencia 151/2021 y de ellos se deducen las instituciones jurídicas abordadas, para posteriormente desarrollarlas a la luz del Convenio 102 de la OIT, norma mínima de seguridad social, el cual contiene una síntesis de la evolución de la seguridad social a nivel de principios, derechos y diversas técnicas concernientes. Como no podía ser de otro modo, se utilizan las sentencias de Tribunal Constitucional que a lo largo de los años han sabido brindar una explicación plausible del derecho a la seguridad social en materia de pensiones, así como la abundante bibliografía producida por la OIT y otros organismos internacionales.

Optar por un camino alejado de los principios de la seguridad social, además de los principios presupuestales, para dar atención a una densa problemática social agravada por la emergencia sanitaria, conllevó a una serie de ineficiencias en la actuación estatal, que además decantaron en su ineficacia (vía declaración de inconstitucionalidad). La finalidad última del este documento, es contribuir a que esto no vuelva a ocurrir.

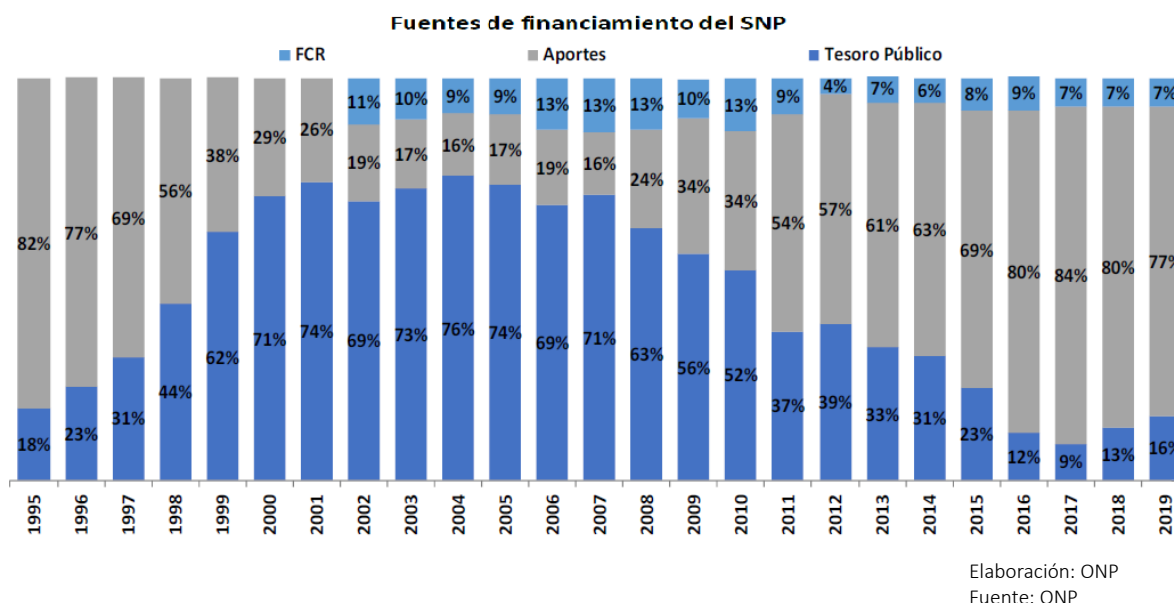
## **II. REPASO DE LOS DILEMAS DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES Y SUS AFILIADOS**

Al cierre de 2019, el Sistema Nacional de Pensiones – SNP otorgó pensión a 576 mil personas. Al tratarse de un sistema de la seguridad social bajo la modalidad de “reparto”, las pensiones son, en principio, financiadas por los aportes de un universo de 4’633,967 afiliados al sistema. Sin embargo, según los registros de diciembre de 2018, de dicho universo solamente aportaron de modo efectivo 1’607,542 personas. Es decir, los aportes de 3 aportantes

efectivos financian la pensión de 1 pensionista. Estas *ratios* o relaciones entre variables se grafican a continuación.



En las últimas décadas, anualmente, los montos pagados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en pensiones (egresos) exceden a los aportes recabados (ingresos) en el mismo periodo, existiendo por tanto un déficit de financiamiento del sistema. Durante el año 2018, se pagaron pensiones por un monto acumulado de S/ 4'737,734,136 soles, mientras que los aportes efectivamente pagados ascendieron a S/ 3'986,953,900 soles. El déficit es crónico. Conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico, la mayor parte de la brecha es cubierta por el Tesoro Público y otra menor por el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales – FCR, creado por el Decreto Legislativo N° 817.



El informe de la Comisión de Protección social de 2017, una de las últimas comisiones de reforma de pensiones establecidas en el país, ponía en evidencia que “*de acuerdo con Alonso et al. (2013) y BBVA Research (2012), más de un 80% de los trabajadores con educación primaria y casi un 60% de los que tienen educación secundaria, no recibirán pensión en el SNP*”. Una de las causas del problema sería que pocos trabajadores conocen de la existencia del requisito de acumular 20 años de aportaciones<sup>3</sup> para poder acceder al pago de una pensión, además de cumplir con 65 años de edad.

Dicha afirmación es consistente con el diagnóstico de la Organización Internacional del Trabajo, sobre lo que se ha denominado como falta de cultura de seguridad social,<sup>4</sup> según la cual un considerable grupo de la población muestra desinterés, falta de confianza y desconocimiento los beneficios que la seguridad social reporta.<sup>5</sup>

Se ha señalado que “[e]l sistema de pensiones es un espejo de lo que ocurre en el mercado laboral; por lo tanto, en los mercados laborales más informales los sistemas de pensiones

<sup>3</sup> COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL, *Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo*, Noviembre 2017, pp. 185.

<sup>4</sup> En su estudio del 2019 sobre los sistemas de pensiones en el Perú la OIT señala que “La alta informalidad, la precariedad laboral, la cotización facultativa por parte de los trabajadores por cuenta propia y una pobre cultura previsional de la población son elementos que no han favorecido el incremento significativo de la cobertura” (CASALÍ, Pablo, PENA, Hernán, *El futuro de las pensiones en el Perú Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina para los Países Andinos, Lima, 2020, p. 11).

<sup>5</sup> CASALÍ, Pablo, PENA, Hernán, *Los trabajadores independientes y la seguridad social en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Proyecto “Programa para la extensión de la protección social en los países de la subregión andina, Bolivia, Ecuador y Perú”, Lima, 2012, pp. 113 y siguientes.

contributivos tendrán tasas de cobertura inferiores”<sup>6</sup>. En este sentido, es necesario conocer que el reciente Informe del Consejo evaluador de pensiones creado por Ley 30939, de abril de 2020, ha estimado que:

*“(…) de la PEA (….) el 20% (….) si bien se encuentra afiliado al SNP (….) no recibirán una pensión por no cumplir con el requisito de al menos 20 años de aportes acumulados al cumplimiento de los 65 años de edad. Ambos hechos se justifican por un mercado laboral caracterizado principalmente por la informalidad, donde al no existir la obligatoriedad de ahorrar, presenta lagunas de cotización tan amplios que no cumplirán con el requisito exigido de 20 años de aportes mínimo”.*

*(…) se tiene que a diciembre de 2019 el Sistema Privado de Pensiones (SPP) registró 7.4 millones de afiliados y el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) 4,7 millones. De estos últimos se estima que la cuarta parte alcanzará la cantidad de aportes mínimos exigidos y por tanto tendrán derecho a una pensión, con lo cual los afiliados al SNP que no contarán con pensión serán alrededor de 3.5 millones de personas”.*<sup>7</sup>

Dicho esto, es necesario precisar que el requisito del cumplimiento de años o periodos mínimos de aportación es una exigencia técnica mundialmente generalizada para lograr equilibrio y sostenibilidad en el financiamiento de los sistemas públicos de pensiones, también conocidos como sistemas reparto, que cuenta con respaldo expreso en el artículo 29 del Convenio 102 de la OIT de 1952, Convenio sobre la seguridad social (norma mínima).<sup>8</sup>

Lo que el Estado peruano, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, han tardado en advertir es que los tradicionales y paradigmáticos sistemas de pensiones exportados décadas atrás a nuestro país no han tenido el efecto esperado de brindar, cada vez, un mayor acceso a las pensiones de jubilación, incapacidad para el trabajo o sobrevivencia.

Pero el problema no es el sistema de reparto y su lógica de funcionamiento, sino que dicho sistema no es suficiente para dar atención a la realidad social y económica del Perú, ya que el bajo y oscilante nivel de formalidad no contribuye a que las personas tengan constancia en los aportes que realizan. Asimismo, la ausencia de una cultura previsional no permite a las personas más vulnerables conocer las reglas previsionales que les permitirían completar

---

<sup>6</sup> ARENAS DE MESA, Alberto, *Los sistemas de pensiones en la encrucijada Desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, Libros de la CEPAL, N° 159, LC/PUB.2019/19-P, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019, p. 292.

<sup>7</sup> CONSEJO EVALUADOR DE PENSIONES, *Informe*, Abril 2020, p. 8.

<sup>8</sup> El cual establece que:

*“1. La prestación (….) deberá garantizarse (….) por lo menos:*

*(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia (….)*

*2. (….) deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:*

*(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo (….)”.*



los periodos de aportes exigidos. Se ha tenido pues una visión incompleta o inacabada de la situación de la seguridad social en país.

A pesar de los retos que afronta la seguridad social, la totalidad de las propuestas de política pública de los expertos, así como de los organismos nacionales, internacionales están orientadas a facilitar la accesibilidad a las pensiones (ampliación de la cobertura), esto es que cada vez más personas tengan acceso a la seguridad social<sup>9</sup>, no a poner más barreras o hacer impracticable estos derechos.

### **III. MEDIDAS PROPUESTAS POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, COSTOS Y AUSENCIA DE FINANCIAMIENTO**

En este contexto, es que el Congreso de la República intenta relacionar las múltiples necesidades que viene afrontando la población a causa de la emergencia sanitaria por el COVID-19, con los retos que afronta el Sistema Nacional de Pensiones. De este modo, tratando de emular la autorización legal existente en el Sistema Privado de Pensiones, el Poder Legislativo aprobó por insistencia la Ley 31083, "*Ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N.º 19990 Administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP)*", la cual dispone:

- a. Todas las personas aseguradas al SNP podrían solicitar la devolución de los aportes realizados al Sistema Nacional de Pensiones hasta por S/ 4,300 soles.
- b. Las personas aseguradas con 65 años de edad o más que no hubieren logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión podrían solicitar la devolución de la totalidad de sus aportes, a los que se aplicaría la tasa promedio de interés pasiva en moneda nacional para plazos mayores a un año que publica el Banco Central de Reserva del Perú.
- c. Todo y toda pensionista recibiría un pago adicional de S/ 930 soles.

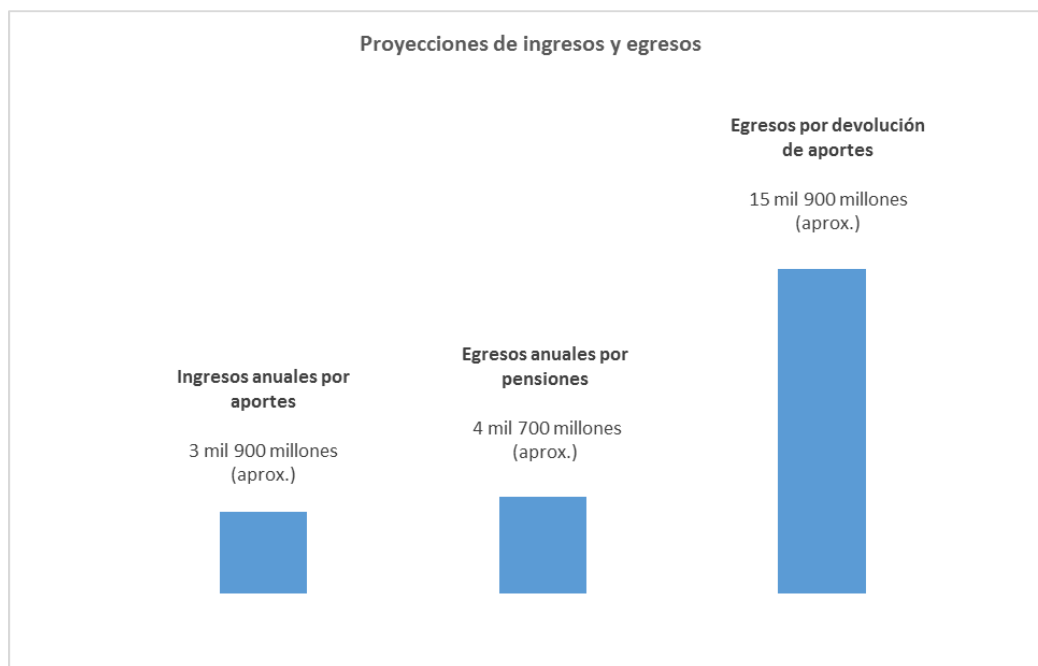
El pago por concepto de devolución de aportes se realizaría previo procedimiento administrativo ordinario (30 días hábiles) en el que la ONP debía dar conformidad a la solicitud presentada por la persona asegurada. El desembolso se efectuaría en dos armadas, en el lapso de los 3 meses posteriores a la culminación del procedimiento administrativo ante la ONP.

---

<sup>9</sup> Un recuento de algunas de las principales propuestas de reforma se encuentra en CRUZ SACO, María Amparo, SEMINARIO, Bruno, LEIVA, Favio, MORENO, Carla, ZEGARRA, María Alejandra, *La desestructuración del sistema peruano de pensiones*, Primera edición, Documento de investigación N° 10, Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, 2018.

Mediante el Informe de Adjuntía 2-2020-DP/AAE, la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo, planteó algunos cuestionamientos a las principales iniciativas legislativas que dieron lugar a la autógrafa.

El Poder Ejecutivo observó la autógrafa de Ley debido a que la denominada devolución de aportes podía suponer el desembolso de 15 mil 900 millones de soles en un plazo menor a 6 meses, sin haberse identificado previamente una fuente de financiamiento de dicho gasto. Esta grave y anti técnica omisión planteaba dos hipótesis: la primera es que el dinero saldría del Sistema Nacional de Pensiones y la segunda, que provendría del Tesoro Público. Cabe señalar que el monto requerido para financiar la autógrafa es el equivalente a 4 años completos de recaudación de aportes o 3 años completos de pago de pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones, según se puede graficar del siguiente modo.



Fuente: ONP, MEF  
Elaboración: Propia

Adicionalmente al costo económico, dicha medida implicaba un alto costo social ya que establecía una barrera ostensible para el acceso a una futura pensión en el caso de aquellas personas que pudieran haber solicitado la devolución de sus aportes. En algunos casos dicha barrera hubiese sido infranqueable en la medida que el derecho a pensión, en el Sistema Nacional de Pensiones, se genera al acumular un número prefijado de aportes previsionales.

Paralelamente, como alternativa a la devolución de aportes planteada en la autógrafa, con fecha 3 de septiembre de 2020, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley 6114/2020-PE, "Ley que establece medidas extraordinarias a favor de las/os del Sistema Nacional de

*Pensiones por motivo del impacto del COVID-19 en la economía peruana*”, el cual pretendía introducir mejoras sustanciales al Sistema Nacional de Pensiones y estipulaba una serie de derechos y beneficios a los que la población hubiese podido acceder tras su promulgación.

No obstante, las diversas comisiones congresales dictaminadoras que intervinieron en la aprobación de la autógrafa de ley desestimaron las observaciones del Poder Ejecutivo y optaron por insistir en la promulgación de la propuesta original del Poder Legislativo.

#### IV. LA SENTENCIA 151/2021 EXPEDIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El análisis de la Ley 31083 por parte del Tribunal Constitucional se sustenta en dos grandes bloques: los fundamentos constitucionales del derecho a la seguridad social y los fundamentos constitucionales presupuestales.

<b>Primer bloque Fundamentos del derecho a la seguridad social</b>
<b>Naturaleza jurídica del SNP e intangibilidad de los fondos de pensiones</b>
<p>Avanzando en el desarrollo de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional delinea en un solo documento y con total claridad las características jurídico-constitucionales del Sistema Nacional de Pensiones, esto es su naturaleza jurídica. El propósito de develar la naturaleza del este sistema es finalmente dilucidar si la ley impugnada lo afecta de modo tal que lo hace irreconocible, lo desnaturaliza.</p> <p>Esto permite evidenciar que en el fondo de esta operación subyace la idea o conceptualización de la seguridad social como garantía institucional, pues no cualquier institución configurada o caracterizada por la ley tiene la potencialidad de limitar al legislador, como sí sucede en el presente caso.</p> <p>Asimismo, se advierte con claridad que las características jurídico-constitucionales deducidas por el Tribunal Constitucional han sido derivadas o extraídas de la función social que está llamado a cumplir el instituto garantizado, así como de los principios elementales de la seguridad social consagrados en la Constitución como la solidaridad, el equilibrio financiero y la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, este último también concebido como una garantía institucional.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Sobre la función social y protectora frente a las contingencias de la vida a través de la provisión de ingresos seguros, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Sistema Nacional de Pensiones:</li></ol>

*“Otorga una prestación económica mensual a quienes han cumplido con los requisitos exigidos legalmente, pudiendo ser por derecho propio (pensión por jubilación, cesantía o invalidez) o derivado (pensión por viudez, orfandad o ascendientes)”.*

2. Sobre la forma en que se concretiza el principio de solidaridad, el Tribunal Constitucional precisa que el Sistema Nacional de Pensiones:

*“Se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional. Los aportes realizados mensualmente por sus afiliados financian las pensiones de quienes ya se jubilaron (...)” “Las personas que aportan más al sistema favorecen las pensiones de quienes aportaron menos en su momento”. “El ahorro previsional que se realiza en el SNP es colectivo. Las personas ahorran realizando aportes al SNP, para poder luego disfrutar de una pensión durante su vejez”.*

*“Los aportes aludidos no se acumulan en una cuenta de capitalización individual (...). Sin embargo, generan el derecho a recibir pensiones (...)”.*  
*“Los aportes que se recaudan no se acumulan en un fondo colectivo permanente (...) a partir del cual sea posible identificar el monto entregado por cada trabajador. Es un sistema de reparto que se utiliza para asumir los gastos y cargas económicas de las generaciones previas (...)”.*

*“No cabe afirmar que los aportes realizados al fondo del SNP estén garantizados por el derecho de propiedad y, en consecuencia, esté justificada la devolución de la totalidad de aportes con fines previsionales que hicieran las personas de 65 años o más que no cumplieron con los requisitos legales para finalmente obtener una pensión. Como ya se advirtió, los aportes realizados al SNP constituyen un ahorro colectivo previsional que solo genera un derecho a percibir en el futuro una pensión, si se cumplen los requisitos legales para tal efecto [esencialmente, haber aportado más de veinte años] (...)”.*

3. Sobre la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, el Tribunal Constitucional concluye que la Ley de devolución de aportes del SNP:

*“(...) colisiona frontalmente con los artículos 11 y 12 de la Constitución. Buscando garantizar el pago de las pensiones futuras, estos artículos establecen que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Solo pueden ser empleados para pagar las pensiones de los jubilados. Esta intangibilidad ha sido afirmada por este Tribunal*

*Constitucional como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión de las personas que se jubilan, toda vez que el pago de su pensión debe estar asegurado" (subrayado agregado).*

### **Sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes pensionarios**

Otro de los principios constitucionales de la seguridad social abordados por el Tribunal Constitucional en su sentencia ha sido el de sostenibilidad financiera contemplado en la primera disposición final y transitoria de la Constitución. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*"La sostenibilidad está referida a la viabilidad financiera en el largo plazo de las medidas de asignación de recursos, es decir, a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros".*

*"El SNP debería autofinanciarse con el aporte de los afiliados; [sin embargo] tiene un déficit que es asumido por el tesoro público. En tal sentido, dado el escaso ahorro previsional, se ha vuelto una constante que el tesoro público termine subsidiando el pago mensual de las pensiones del Decreto Ley 19990".*

Bajo estas correctas premisas, el Tribunal Constitucional concluye que la medida de devolución de aportes del Sistema Nacional de Pensiones autorizada mediante Ley 31083:

*"(...) carec[e] de una fuente de financiamiento identificada para cubrir los 15,000 millones de soles que aproximadamente requiere su ejecución por tanto, agravarán la deficitaria sostenibilidad financiera que caracteriza al régimen previsional del Decreto Ley 19990 (...) En tal sentido, este Tribunal Constitucional considera que la Ley 31083 también contraviene lo dispuesto por la primera disposición final y transitoria de la Constitución (...)".*

## Segundo bloque Fundamentos de constitucionales presupuestales

### La administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo

El Tribunal Constitucional reiterando los fundamentos esgrimidos en el Caso de la ley de ascensos del personal de la salud, ha dejado sentado con total contundencia que:

*“(...) la Constitución establece en el inciso 17 de su artículo 118 que corresponde al Poder Ejecutivo administrar la hacienda pública. Este Tribunal ha afirmado la exclusividad de dicha competencia (...) Con relación al Poder Legislativo, el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución dispone que: Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”.*

Sin embargo, el principal aporte es quizás la precisión de que:

*“(...) una vez que entra en vigencia la Ley de Presupuesto, que es de un año calendario (...) los congresistas de la República no pueden aprobar proyectos de ley presentados por ellos que incurran en los siguientes supuestos: a) Crear gastos públicos; o b) Aumentar gastos públicos”.*

En este sentido, el Tribunal Constitucional concluye que debido a las implicancias presupuestales de la Ley 31083 sobre devolución de aportes del Sistema Nacional de Pensiones se:

*“(...) ha transgredido la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública, así como la prohibición dirigida a los congresistas respecto de la creación de gasto público”.*

### El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria

El Tribunal Constitucional reitera y clarifica que:

*“(...) la prohibición de crear o aumentar el gasto público, que limita la potestad del Congreso de la República, debe interpretarse de conformidad con el principio de equilibrio presupuestal. En efecto, la previsión contenida en el artículo 79 de la Constitución tiene, entre otros objetivos (...) mantener equilibrado el presupuesto”.*

*“El equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional y se sustenta en el objetivo de no comprometer las perspectivas económicas de las generaciones futuras. Este principio impone límites a la adopción de medidas que demanden gasto público. La conciencia de la escasez de recursos públicos para atender las obligaciones del Estado subyace a este principio”.*

También es importante la distinción que efectúa el Tribunal Constitucional entre los principios presupuestales constitucionales (competencia exclusiva de Poder Ejecutivo en la administración de la Hacienda, no iniciativa de gasto congresal y equilibrio presupuestal) y el principio constitucional de sostenibilidad financiera (equilibrio financiero) exigido a los regímenes pensionarios, contenido en la primera disposición final y transitoria de la Constitución, al señalar que:

*“(…) el límite de regulación en materia pensionaria no solo impone al Congreso de la República el deber de contar con la participación del Poder Ejecutivo en aras de no transgredir los artículos 78 y 79 de la Constitución, sino que, además, en virtud de su primera disposición final y transitoria, la emisión de leyes relacionadas con el régimen pensionario de la ONP debe respetar el principio de sostenibilidad financiera”.*

Finalmente, otro aporte adicional del Tribunal Constitucional, es haber dotado de un mayor grado de concreción al principio de equilibrio presupuestal contenido en el artículo 78 de la Constitución al señalar que:

*“(…) con el fin de salvaguardar los principios de equilibrio y estabilidad presupuestaria, todo proyecto de ley que incida en el presupuesto público, además de los requisitos de habilitación de creación o aumento de gasto que recae en el Poder Ejecutivo, debe acreditar la disponibilidad de recursos para su ejecución para su ejecución”.*

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que:

*“La Ley 31083 desconoce los principios presupuestales de la Constitución, en tanto que exige un incremento de recursos del tesoro público, que afecta el principio de equilibrio presupuestal. El régimen de devolución de aportes a la ONP implica un gasto público no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública; por tanto, transgrede el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria consagrado en el artículo 78 de la Constitución”.*

## V. MARCO CONCEPTUAL DE LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

### 1. La premisa básica del Derecho fundamental a la seguridad social como mandato de optimización para el legislador

El Tribunal Constitucional ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la Constitución Política del Perú contiene tanto normas constitucionales regla como normas constitucionales principio.<sup>10</sup> Las primeras *“se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y (...) las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción (...)”*.<sup>11</sup>

La distinción resulta relevante ya que permite establecer que si bien existen normas que contienen mandatos claros, precisos y concretos cuyo cumplimiento es relativamente más sencillo determinar, también existen normas de contornos menos definidos y que, por tanto, presentan una mayor dificultad para la determinación de su cumplimiento.

En ambos casos, al encontrarnos ante normas jurídicas, los mandatos contenidos en ellas deben ser cumplidos. Así, siguiendo a ALEXY debe quedar claro que en el caso de las normas-principio, no nos encontramos ante mandatos irrelevantes o que toleran su incumplimiento sino que por el contrario nos encontramos ante *“(...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”*<sup>12</sup>.

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC),<sup>13</sup> como el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión, han sido reconocidos constitucionalmente a través de normas que encajan dentro de la categoría de las normas-principio. Así, tenemos que el artículo 10 de la Constitución señala que *“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias*

---

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 8-2003-AI/TC, FJ. 4.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AI/TC, FJ. 11.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p 67.

<sup>13</sup> Aludimos a los DESC y no a los DESCAs, que incluye a los derechos ambientales, con el único fin de utilizar un estándar terminológico mundial o universal. De hecho, en la Organización de la Naciones Unidas el ya icónico Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mantiene su tradicional nomenclatura, conforme al tratado de la materia. La referencia a los DESCAs está más arraigada con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin embargo el magistrado FERRER MAC-GREGOR ha precisado que *“En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales” (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, México, 2017, p. 1). El magistrado opta por seguir “(...) indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64” (Ibidem).*



*que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”*. Mientras que el artículo 11 precisa que *“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”*. De este modo, dichas normas y por ende los derechos contenidas en ellas deben ser realizados o efectivizados en la mayor medida posible.

Con total claridad el Tribunal Constitucional ha afirmado que: *“Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio”*.

Una medida de devolución de aportes del Sistema Nacional de Pensiones, tal como la prevista en la Ley 31083, contraviene o vulnera el básico y elemental mandato constitucional de optimización del derecho a la seguridad social y en particular del derecho a la pensión, ya que en lugar de potenciar tales derechos facilitando el acceso a sus prestaciones, sustrae y aleja considerablemente a las personas del acceso a los mismos.

En particular, se aleja a los miembros del Sistema Nacional de Pensiones de la posibilidad de acceder a una fuente de ingresos seguros (prestaciones pensionarias) durante su vejez o en la etapa laboral activa en el caso de quedar incapacitados para trabajo que habitualmente venía realizando o de trasladar incluso dichos ingresos a sus familiares dependientes en caso de fallecimiento. En este punto, es sumamente importante el énfasis puesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 151/2021, al hecho de que la protección, vía la concesión de prestaciones, que otorga el Sistema Nacional de Pensiones (es decir, la seguridad social) no es solo al aportante sino también a su familia.

## **2. El contenido esencial de la seguridad social como derecho fundamental y como garantía institucional frente al legislador**

### **a. La finalidad (o razón de ser) de la seguridad social**

La seguridad social es el producto de la evolución de un conjunto de mecanismos ideados por la humanidad para dar atención a la constante preocupación de tener que afrontar eventos adversos, riesgos o contingencias para la salud o la economía personal y familiar. En un primer momento, cuando las personas no estaban en capacidad de hacer frente a dichas contingencias, la protección era agenciada originalmente a través de la beneficencia o la caridad, el mutualismo y los seguros privados.

Se puede decir que la intervención estatal se inicia, de modo sistemático e institucionalizado, con la creación normativa de los seguros sociales para los trabajadores en Alemania (Bismarck) los cuales son financiados de modo tripartito, por el trabajador, el empleador y el Estado. La utilización del término seguridad social se acuña en países anglosajones, como los

Estados Unidos de América o Inglaterra, siendo en éste último país que se plantea que el sistema abarque a toda la población y no solo a los trabajadores (BEVERIDGE).

En términos simples, podemos decir que la seguridad social es sinónimo de protección. Desde un punto de vista técnico-jurídico la seguridad social sería el conjunto de mecanismos establecidos o institucionalizados por un país para brindar protección a la población frente a determinadas contingencias, fundamentalmente a través de la entrega de prestaciones. Este es el concepto, adoptado por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes 11-2002-AI y 1417-2005-AA/TC.<sup>14</sup>

El problema público que viene a intentar solucionar la seguridad social es una situación de desprotección o de inseguridad (falta de seguridad), que afecta principalmente a las personas que cuentan con menores recursos.<sup>15</sup> De ahí que el financiamiento de las prestaciones se base en mecanismos colectivos o solidarios que permitan acopiar recursos suficientes para redistribuirlos ocasionalmente a quienes los puedan necesitar.

Sin embargo, también se debe tener en cuenta que quienes perciben ingresos altos pueden llegar a afectarse seriamente por las referidas contingencias, piénsese por ejemplo en el alto costo de algunos procedimientos médicos o en la quiebra de los negocios emprendidos.

Es por esta razón que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra el derecho de toda persona a la seguridad social. El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo de 1952, por su parte instituye las normas mínimas de la seguridad social, identificando las 9 ramas o prestaciones elementales de la seguridad social: la asistencia médica, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones de vejez, las prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, las prestaciones familiares, las prestaciones de maternidad, las prestaciones de invalidez y las prestaciones de sobrevivientes. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- de 1966, reconoce "*el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social*"<sup>16</sup>. Otras normas de carácter regional también recogen este derecho.

Cada uno de este tipo de prestaciones o ramas de la seguridad social viene a cubrir contingencias sociales básicas y específicas como la enfermedad, el desempleo, la jubilación, los accidentes o enfermedades laborales, el embarazo, la incapacidad para el trabajo y la muerte, las cuales, por cierto, no son las únicas que un país determinado pueden decidir cubrir, ya que se trata de prestaciones mínimas.

---

<sup>14</sup> En la sentencia del Tribunal Constitución recaída en el Expediente 11-2002-AI, ver FJ. 14 y en el Expediente 1417-2005-AA/TC, ver FJ. 29.

<sup>15</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, La seguridad social en el Uruguay. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 10.

<sup>16</sup> Este derecho es abordado en la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales –DESC.

La finalidad última de la seguridad social, como la mayoría de derechos económicos, sociales y culturales – DESC, es garantizar el ejercicio de los otros derechos humanos en condiciones de igualdad real.<sup>17</sup> A través de la seguridad social, las personas pueden afrontar con éxito las enfermedades y garantizar así su derecho a la vida misma o con las pensiones vitalicias las personas pueden contar con ingresos seguros para subsistir cuando ya no pueden seguir trabajando, conservando además su autonomía. Así, se está ante una institución cuya existencia es exigible al Estado en calidad de derecho fundamental.

#### **b. La especial consideración de la seguridad social como “garantía institucional” y la fijación del principio de solidaridad**

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 50-2004-AI/TC, ha considerado a la seguridad social como una *garantía institucional* o institución garantizada por la Constitución Política. Dicho tratamiento lo merecen algunas instituciones (o mecanismos) cuya existencia es vital para salvaguardar la plena vigencia de los derechos fundamentales y de la misma Constitución Política. Se reconoce así una diferencia conceptual entre los derechos fundamentales y garantías institucionales. No obstante, ambas categorías ostentan un contenido constitucionalmente protegido que debe ser respetado por el legislador.<sup>18</sup>

Así, en palabras del Tribunal Constitucional una garantía institucional es “(...) *un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible*” (Expediente 10-2001-AI/TC, Fj. 4).

De similar modo a un derecho fundamental, la garantía institucional tiene un contenido básico o esencial que la caracteriza e identifica y que en cuanto tal es indisponible al legislador. En la sentencia recaída en el Expediente 50-2004-AI/TC (Fj .55), el Tribunal Constitucional ha precisado que el “contenido protegido” de la seguridad social está conformado por “*las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen*”, por “*las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de (...) una determinada prestación*” y por “*el principio de solidaridad (...) que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social*”.

---

<sup>17</sup> ALVITES, Elena, “Igualdad y Derechos Sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático”, en MOSQUERA MONTELOS, Susana (Coordinadora), *El Derecho Fundamental de Igualdad*, Primera Edición, Lima, Palestra, 2006, pp. 153-154.

<sup>18</sup> Es necesario precisar que, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional no solo se ha referido a la seguridad social como una “garantía institucional”, sino también como un “derecho fundamental”, como es de verse en las recientes sentencias recaídas en el Expediente 22-2015-PI/TC, FJ. 20 y Expediente 9-2015-PI/TC véase FJ. 90.

Esto es así pues el Convenio 102 de la OIT de 1952 establece que *“los costos y gastos de los sistemas de la seguridad social deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, en forma que se evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa”* (artículo 7.1). Como se ha señalado, este principio hace posible que personas con bajos ingresos puedan acceder a prestaciones vitalicias y en montos suficientes, las cuales de otro modo no podrían sufragar.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha considerado que el reconocimiento constitucional de la seguridad social lleva implícito el reconocimiento del principio de solidaridad como mecanismo de redistribución de recursos. De este modo, cualquier reforma legal de la seguridad social debe ser objeto del mayor escrutinio posible a efectos de no afectar el rol que cumple el principio de solidaridad, y con ello desnaturalizar o vaciar de contenido a la institución.

Es importante que en la Sentencia 151/2021 el Tribunal Constitucional haya hecho mención expresa a las dos dimensiones que tiene el principio de solidaridad: la horizontal y la vertical. La dimensión horizontal alude a la solidaridad intergeneracional, según la cual una generación de trabajadores activos financia otra generación de trabajadores jubilados. La dimensión vertical, o solidaridad intrageneracional, se menciona cuando el Tribunal Constitucional afirma que *“Las personas que aportan más al sistema favorecen las pensiones de quienes aportaron menos”*.<sup>19</sup>

No obstante tal protección constitucional, la Ley 31083 pretendía que los “aportes solidarios” efectuados al Sistema Nacional de Pensiones sean devueltos. Existía una clara intervención en el mecanismo de solidaridad en el financiamiento del sistema. El Poder Legislativo no profundizó o reparó en el hecho de que el Sistema Nacional de Pensiones *“comienza (...) a tener déficit desde 1992 [y] a partir de 1995 el Estado empieza a transferir recursos del Tesoro Público para cubrir la brecha entre las contribuciones y el pago de pensiones (...)”*.<sup>20</sup> Es decir que, desde el año 1992 los aportes de los trabajadores activos fueron utilizados en su integridad para pagar las pensiones de los trabajadores pasivos de cada época, resultando incluso deficitarios. De este modo, fácticamente, desde 1992 hasta la actualidad, no existen aportes para devolver.

Sin embargo, para la Defensoría del Pueblo el argumento definitivo de la inconstitucionalidad de Ley 31083 no radica en la imposibilidad fáctica de devolver algo que ya no existe, si no en la pretensión de establecer una medida de carácter legal que contraviene profundamente un principio constitucional como es la solidaridad en el financiamiento de los sistemas de la seguridad social, en este caso en particular, en su

---

<sup>19</sup> Sobre el contenido de este principio y otros se puede consultar MESA-LAGO, Carmelo, *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*, CEPAL, 2004, p. 18.

<sup>20</sup> MONTORO, Carlos, “Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas”, en *Revista Estudios Económicos*, 1999, N° 4, p. 61

vertiente intergeneracional u horizontal. Máxime si el Tribunal Constitucional ya había tenido la oportunidad de analizar las razones por las cuales resulta jurídicamente inviable la devolución de aportes en el Sistema Nacional de Pensiones, precisando que:

*“(...) no se prevé la devolución de los aportes efectuados durante la nueva relación laboral, debido a que los fondos del Sistema Nacional de Pensiones se administran conforme al principio de solidaridad. En otras palabras, todos los asegurados aportan a un fondo común del cual se extraen las pensiones de cada uno de acuerdo al número de años de aportaciones. Por tanto, los aportes efectuados por el demandante durante su relación laboral (...) forman parte de un fondo común, lo cual impide que retornen a quien los efectuó” (Expediente 528-2016-PA/TC, FJ. 7, Subrayado agregado).*

### **3. Los principios constitucionales financieros y de gestión de la seguridad social y el realismo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**

#### **a. El realismo a través del principio de progresividad en los DESC**

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Pidesc como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen el denominado “principio de progresividad”. En el primero es reconocido del siguiente modo: *“(...) los Estados Partes (...) se comprometen a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas (...) para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (artículo 3, Subrayado agregado). Dicho principio tiene múltiples sentidos.

El primer y básico sentido del principio, tal y como lo reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es que *“(...) constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo (...) se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”*<sup>21</sup> (subrayado agregado). Se trata de una clara diferencia con los denominados derechos civiles y políticos, que por lo general son de eficacia inmediata.

Un segundo sentido, aclara el Comité DESC, es que dicho principio no puede utilizarse como justificación de la inercia o retrasos indebidos por parte de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sino que debe interpretarse como el mandato de *“proceder lo más expedita y eficazmente posible”* para lograr la plena efectividad de los DESC. Se confirma así, de modo general, que los DESC son mandatos de optimización.

---

<sup>21</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 3, § 9.

Y finalmente, teniendo en cuenta que el principio de progresividad es un mandato de avance, el Comité DESC deduce un tercer sentido, el cual implica que *“todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”*. Se pone así en evidencia la existencia de una *prohibición de regresividad*.

Como se puede apreciar, en el caso de los DESC, son los propios tratados internacionales los que reconocen que la realidad y complejidad de la economía de los países son determinantes de los niveles de eficacia de este grupo de derechos. Dicho de otro modo, esto implica que para poder garantizar la efectividad de estos derechos, el Estado primero deberá identificar mecanismos técnicos operativos de carácter económico que puedan atender la demanda de prestaciones a las que las personas deben tener acceso, tales como las prestaciones de seguridad social en salud, pensiones, subsidios por enfermedad, entre otros.

Por tanto, para tomar decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales no basta conocer cuál es el estándar, el piso o la meta establecida por los tratados internacionales de derechos humanos, sino que debe tenerse un conocimiento cabal de las variables económicas existentes que van a incidir en su puesta en práctica, así como contar con capacidades técnicas para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas eficaces y eficientes.

Se debe tener en cuenta además que no se trata del simple flujo de datos de la realidad hacia el Derecho sino que existe una constante interacción entre estas dos dimensiones. Así, si bien por un lado la realidad de un país (en específico, sus condiciones económicas) puede determinar la efectividad de los DESC, de otro lado, la puesta en práctica de los DESC (en cuanto actividad económica) pueden influir o determinar el comportamiento de la economía de un país.

De este modo, se debe concluir que si bien existe un mandato amplio de avance o mejora, dentro del cual se podría pretender incluir la devolución de aportes realizados a un sistema de la seguridad social, argumentando que se trata de una mejora, dicha medida no podría ser adoptada sin considerar el marco constitucional específico del país, en particular el referido a los DESC, así como los datos de la realidad económica.

Como se ha señalado, la Ley 31083 contravenía la razón de ser y esencia misma de la seguridad social, que es el otorgamiento de seguridad económica en determinadas etapas de la vida a través de las pensiones vitalicias, y vulnera el principio elemental de la seguridad social de solidaridad en el financiamiento del sistema, por tanto es una medida inconstitucional. El abordaje de los datos de la realidad económica del país se realiza en los dos siguientes apartados.

Finalmente, es necesario concluir que el principio de progresividad, *prima facie* no admite retrocesos en los avances realizados en materia de protección de los DESC, como los que fueron propuestos a través de Ley 31083 que contemplaba devolución de aportes, ya que retrocede o aleja a las personas del camino al acceso universal y progresivo a las prestaciones pensionarias que se les debe brindar a través de la seguridad social en el Perú, a las cuales se accede, preponderantemente, vía la acumulación de aportes o cotizaciones en el Sistema Nacional de Pensiones. Una medida de carácter regresivo solamente podría ser adoptada en casos excepcionales, cuando se encuentre exhaustivamente justificada a la luz de la evidencia y del principio constitucional de proporcionalidad.

#### **b. La vital relevancia del principio de sostenibilidad o equilibrio financiero de la seguridad social**

En el marco del factor realismo consagrado en el principio de progresividad, se debe recordar que el principio de equilibrio financiero es un principio básico de financiación que cualquier tipo de empresa, organización o entidad debe aplicar para el desarrollo de sus actividades. Esto se debe a la abrumadora realidad de que los recursos económicos siempre son finitos o escasos. El principio manda que no de haber egresos sin contar con una fuente de ingresos que los sostengan.

En el caso de las instituciones de la seguridad social, el principio adquiere gran relevancia debido a que estamos frente a un derecho humano y por tanto su subsistencia debe ser garantizada por largos periodos de tiempo que se proyectan de modo indefinido.

Así, en atención al factor realismo de los DESC y a la necesidad de dotar a la seguridad social de la seriedad y la estabilidad propia de un derecho humano, el Convenio 102 de la OIT de 1952, sobre normas mínimas de la seguridad social, recoge expresamente el principio de equilibrio o sostenibilidad financiera de los sistemas de la seguridad social,<sup>22</sup> estableciendo que, el Estado:

*“(…) deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones (...) deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión” (subrayado agregado).*

---

<sup>22</sup> ORTIZ, Isabel, DURÁN-VALVERDE, Fabio, URBAN, Stefan, WODSAK, Veronika, YU, Zhiming, *La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)*, Primera edición, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Protección Social, ESS – Extensión de la Seguridad Social, Documento de trabajo N°. 63, Suiza, 2019, p. 7.

Debido a la reiterada inobservancia de este principio en el Perú, por ejemplo, al asumirse por la vía legislativa los gastos exorbitantes que implicaba re-abrir reiteradamente el Decreto Ley 20530, en favor de diversos sectores privilegiados de servidores públicos, es que surge la necesidad que sea recogido expresamente en la primera disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1993, a través de la reforma constitucional de 2004, llevada a cabo mediante Ley 28389, la cual señala que:

*“Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera” (Subrayado agregado).*

Complementando la disposición constitucional con la del Convenio 102 de la OIT, se advierte la clara presencia de un “veto” al Poder Legislativo en materia de regulación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias de los sistemas de la seguridad social, si es que previamente no existe, dentro de otros, un análisis de *sostenibilidad financiera* que garantice el *equilibrio financiero actuarial* del sistema, es decir de un equilibrio financiero indefinido.

De modo sencillo, siguiendo al autor del Decreto Ley 19990,<sup>23</sup> Jorge RENDÓN VÁSQUEZ, se puede señalar que el principio de equilibrio financiero consiste:

*“(…) en que no puede haber prestaciones si no hay un régimen de financiamiento de las mismas. Como sucede con cualquier clase de seguro, los riesgos deben ser cubiertos con cierta masa de recursos acopiados permanentemente; lo que determina, por una parte, que los ingresos han de estar planificados en función del costo total de las prestaciones, de los gastos de administración y de la formación de una reserva determinada; y, por otra, que las prestaciones, en su cuantía y condiciones, debe ajustarse a los recursos que se proyecta obtener. Entre ingresos y gastos tienen que haber, por lo tanto, un equilibrio constante”.<sup>24</sup>*

Para la OIT, los regímenes de financiación de la seguridad social deben “asegurar que en cada momento del ciclo de vida de un régimen el montante del gasto concuerde por igual con los recursos financieros disponibles, es decir, que el régimen esté en equilibrio financiero”.<sup>25</sup> El uso del término sostenibilidad por la OIT “refiere a la capacidad actual y futura de la economía para soportar los costos de seguridad Social”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Según el testimonio del propio autor, en RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *El capitalismo: una historia en marcha... hacia otra etapa*, Primera Edición, Lima, 2018, p. 290.

<sup>24</sup> RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Grijley, Lima, 2008, pp. 363-364.

<sup>25</sup> CICHON, Michael, SCHOLZ, Wolfgang, VAN DE MEERENDONK, Arthur, HAGEMEIJER, Krzysztof, BERTRANOU, Fabio, PLAMONDON, Pierre, *Financiación de la protección social*, Colección Informes OIT, N° 74, Organización Internacional del Trabajo, Edición española del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. pp. 304-305.

<sup>26</sup> Traducción libre de INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social Protection for Older Persons: Policy trends and statistics 2017-19*. Social protection policy paper; No. 17, Social Protection Department - Geneva, 2018, p. 6.



Dicha entidad pone énfasis en que la sostenibilidad financiera de los sistemas de la seguridad social debe ir acompañada de una sostenibilidad fiscal y económica en general.<sup>27</sup> Esto se debe, dentro de otros, a que en ocasiones la seguridad es financiada parcial o totalmente por vía de impuestos generales, en atención a la responsabilidad general y primordial del Estado de garantizar un sistema de seguridad social funcional e integral.

Dicho esto, en casos como el peruano, en que el Sistema Nacional de Pensiones se financia con los aportes de los trabajadores es necesario diferenciar entre la organización y el presupuesto de los sistemas de la seguridad social y la organización general y presupuesto del Estado. Probablemente la forma más sencilla de evidenciar tal separación, es recordar que el artículo 12 de la Constitución señala que *“Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles”* y que el principal destinatario de esta disposición es el Estado.

La sostenibilidad o equilibrio financiero al que alude la segunda disposición final y transitoria de la Constitución es la referida a la seguridad social; la relativa al presupuesto general del Estado se trata en el artículo 78 de la Constitución. A esta diferenciación claramente contribuye la Sentencia 151/2021 cuando, dentro de otros, afirma que: *“El SNP debería autofinanciarse con el aporte de los afiliados”*.

El realismo que emana del principio de progresividad de los DESC y del principio de equilibrio o sostenibilidad financiera pone en evidencia que sin recursos disponibles no se pueden garantizar derechos (DESC), así como que adoptar medidas distanciadas de la realidad puede perjudicar tanto al propio sistema de la seguridad social, como a la generalidad de la población de modo permanente.

El grado de realismo y concreción del Convenio 102 es tal que enuncia los instrumentos que se deben utilizar para cautelar el equilibrio financiero de los sistemas de la seguridad social: *los estudios y cálculos actuariales periódicos*; los cuales no son otra cosa que cálculos que aplican matemática y métodos estadísticos para evaluar riesgos. Se trata de una materia altamente especializada, sobre la cual la Asociación Internacional de Actuarios<sup>28</sup> y la OIT<sup>29</sup> ostentan una autoridad internacionalmente reconocida, por lo que deben ser sujetos de consulta.

Es necesario señalar que ya juristas clásicos como ALMANSA PASTOR no perdían de vista el factor “realismo” para analizar la institución y el derecho a la seguridad social. Así, se

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> ELLIS, Sherika L.L., KIVISAARI, Esko, STANKO, Dariusz, *Synthesis Paper: The role of actuarial calculations and reviews in pension supervision*, IOPS Working Papers on Effective Pensions Supervision, No.23, International Organisation of Pension Supervisors (IOPS) and International Actuarial Association (IAA), September 2015.

<sup>29</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Internal guidelines for the actuarial analysis of a national social security pension scheme*. The International Financial and Actuarial Service ILO FACTS, Financial, Actuarial and Statistical Branch, Social Security Department, Geneva, May 1998.

afirmaba que: “(...) *el mismo punto de partida de la seguridad social, se la mire desde donde se la mire, es esencialmente económico. Porque la necesidad, por mucho que se la sociologice o juridice, constituye el nódulo económico de la seguridad social, en función de la cual esta ha cobrado existencia*”.<sup>30</sup>

De este modo, resulta evidente que la devolución de aportes, autorizada por la Ley 31083, además de contravenir la función y esencia misma de la seguridad social, también había vulnerado el elemental principio convencional y constitucional de sostenibilidad o equilibrio financiero, ya que no había cumplido con “*garantizar (...) estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio (...) previamente a cualquier modificación de las prestaciones*” otorgadas por el sistema. Claro está que, solo hipotéticamente se puede considerar a la devolución de aportes como una prestación de la seguridad social en la rama de pensiones.

Por lo demás, era evidente que los ingresos del Sistema Nacional de Pensiones no eran suficientes para financiar la medida propuesta.

### **c. La garantía de intangibilidad (y autonomía) de los fondos de la seguridad social**

Como consecuencia lógica de la existencia de principios de gestión y financieros de la seguridad social, se deriva que la administración de la seguridad social, y por ende de sus recursos, debe adecuarse a dichas normas para tener éxito.

No obstante, los cuantiosos recursos que pueden acumularse, en ocasiones han dado lugar a un manejo poco claro de los mismos por parte del Estado. En el caso del Sistema Nacional de Pensiones, MONTORO señala que:

*“Las administraciones anteriores del SNP no entendieron que ellos eran administradores de un fondo de pensiones y como tales no podían despilfarrar los excedentes financiando las operaciones de salud del IPSS. Estas administraciones contrataron personal en exceso, el personal se incrementó de 20 mil en 1980 a 31 mil en 1985, y a más de 41 mil en 1989; dispusieron de aumentos de sueldos en forma indiscriminada e hicieron préstamos al gobierno a través de compras de bonos de reconstrucción y de fomento (Pérez Rodas, 1993; Boloña, 1995)”.*<sup>31</sup>

Por estas razones, por ejemplo, el Banco Mundial en el icónico informe de 1994 *Envejecimiento sin crisis* da cuenta de los peligros existentes en el manejo de los recursos de la seguridad social<sup>32</sup> y pone en evidencia que:

---

<sup>30</sup> ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, Séptima edición, Tecnos, Madrid, 1991, p. 108.

<sup>31</sup> MONTORO, Ob. cit., p. 59.

<sup>32</sup> BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Washington, D.C.: Oxford University Press, 1994, pp. 144-149.

*“Cuando la seguridad social tiene reservas es mejor mantenerlas separadas del resto del presupuesto, encomendar su administración a una institución autónoma e invertir las en valores públicos y privados. Pero esto puede producir falta de responsabilidad, manipulación política, nacionalización encubierta de sector privado, en especial si las reservas son cuantiosas. No obstante, el hecho de que esto se hace rara vez sugiere que esa opción no es viable políticamente”<sup>33</sup> (subrayado agregado).*

Por ejemplo, países como España ya habían avanzado claramente en este tema. La Ley General de la Seguridad Social de 1974 señalaba que: *“Las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado”*.

En el Perú, estas prescripciones ya estaban contenidas en el artículo 14 de la Constitución de 1979<sup>34</sup> y fueron precisadas en el artículo 12 de la Constitución Política que establece que: *“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”*.

Como se puede advertir, el sentido y destinatario natural u original de esta disposición constitucional es el poder público que de modo directo o indirecto maneja los fondos de la seguridad social, que por lo general históricamente está adscrito al Poder Ejecutivo, que es el organismo del Estado especializado en el manejo de los grandes fondos y la administración de los servicios públicos.

Dada su derivación de las normas mínimas o principios financieros y de gestión de la seguridad social (protección de la solidaridad en el financiamiento y el equilibrio financiero), la finalidad del principio o garantía de intangibilidad de los fondos de la seguridad social es garantizar la estabilidad o sostenibilidad del derecho a la seguridad social y su principio elemental de solidaridad, y en este caso particular del derecho fundamental a las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes, como prestaciones mínimas de la seguridad social reconocidas por el Perú a través de la ratificación del Convenio 102 de la OIT. Asimismo, garantiza que el derecho a la seguridad social sea un verdadero mandato de optimización y progresividad (pronto avance).

En la actualidad, que la injerencia en los fondos de la seguridad social provenga de la propia ley pone en evidencia, y no puede ser de otro modo, que el principio o “garantía” constitucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, contenido en el artículo 12 de la Constitución Política, alcanza a todos los poderes públicos o privados, incluyendo al Poder Legislativo.

---

<sup>33</sup> Ídem, p. 148.

<sup>34</sup> Este artículo disponía que: “Una institución autónoma (...) con fondos y reservas propios (...) tiene a su cargo la seguridad social (...). Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad”.

En otras palabras, la garantía de la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social también tiene por fin evitar que el Poder Legislativo incurra en actos de disposición de fondos de la seguridad social para fines ajenos a su naturaleza, en especial cuando tales actos contravienen las normas mínimas o principios constitucionales financieros y de gestión de la seguridad social, mermando la estabilidad y sostenibilidad del derecho y las instituciones de la seguridad social

El Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto, y ha señalado que:

*“83. La intangibilidad de los fondos previsionales se entiende como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión (...) En tanto posee una eficacia reforzada (...) su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.*

*84. Entenderla como garantía institucional, por tanto, posibilita que la intangibilidad de fondos previsionales tenga como objeto último proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago”<sup>35</sup> (subrayado agregado).*

Como ya se ha señalado, la devolución de aportes prevista en la Ley 31083 era una medida a todas luces contraria a la finalidad constitucional y convencional encomendada a la seguridad social, así como a sus principios y normas mínimas rectoras, a tal punto que resultaba irreconocible en el ámbito de la seguridad social,<sup>36</sup> era por tanto abiertamente inconstitucional.

Siendo esto así, resulta evidente que los recursos de la seguridad social bajo ningún concepto pueden ser utilizados en el sentido propuesto por el Poder Legislativo en la Ley 31083. Así, resulta de plena aplicación la garantía de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social como freno al poder público frente al vaciamiento de contenido de la institución y los derechos fundamentales involucrados.

---

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0013-2012-PI/TC, FJ. 83-84.

<sup>36</sup> En el caso del Colombia la denominada “indemnización sustitutoria” regulada por la Ley 100 de 1993 es una medida focalizada que cuenta con un marco normativo específico y asentado en una particular realidad. En el caso del Perú, como se verá más adelante, el marco general de la seguridad social en pensiones está en formación (mejor dicho en proceso de reforma estructural) existiendo una propuesta del Poder Ejecutivo que resulta sí resulta acorde con el derecho a la seguridad social en pensiones, como mandato de optimización.

#### d. Sobre la naturaleza de los fondos de reserva o reservas de la seguridad social, en particular sobre el FCR en el Perú

En materia de *sistemas de financiamiento de la seguridad social* es necesario distinguir entre los fondos de pensiones y las reservas técnicas o actuariales. El anotado artículo 12 de la Constitución efectúa dicha diferenciación cuando señala que tanto: “*Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles*” (subrayado agregado). El Decreto de Urgencia 67-98, el Decreto Supremo 26-2003-EF y la Resolución Jefatural 132-2018-JEFATURA/ONP contienen algunas definiciones en esta materia.

De acuerdo artículo 19 del Decreto Ley 19990, el Sistema Nacional de Pensiones debería funcionar con un régimen de financiamiento de la seguridad social de *prima media escalonada*, no obstante, con la creación del Sistema Privado de Pensiones y la migración de más del 50% de los aportantes del primero a éste último, el sistema nacional decantó, en la práctica, en un régimen de reparto simple.

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo en el *sistema de prima escalonada*:

*“(...) se determina (...) una cotización suficiente para el pago oportuno del monto acumulado de las mesadas pensionales en cada ejercicio, con un margen prudente de constitución de reservas de magnitud intermedia, con rendimientos que permitan el pago de programas previsionales [pago oportuno de mercados pensionales y previsión de pensiones futuras]”.* (Subrayado agregado)<sup>37</sup>

Tal y como señala dicha entidad, las reservas técnicas o actuariales tienen por finalidad “*evitar problemas de liquidez o (...) prefinanciar una parte del pasivo*”<sup>38</sup>. Estamos así ante *sistemas de capitalización parcial colectiva*.<sup>39</sup>

Se pone como ejemplo a países como Canadá y Suecia que han decidido “*recientemente aumentar el nivel de capitalización de sus regímenes de seguro social como un modo de reducir las tasas futuras de cotización en períodos de elevado gasto en pensiones relacionado con el envejecimiento de sus poblaciones*”.<sup>40</sup>

Los sistemas de reparto, como es el Sistema Nacional de Pensiones, por definición no tienen un *fondo de capitalización o de reserva técnica o actuarial*. En estos sistemas “*las cotizaciones se fijan de manera que todos los años su cuantía, sumada a cualquier ingreso en concepto de*

---

<sup>37</sup> Glosario de seguridad social y términos relacionados, de la página web de la Organización Internacional del Trabajo: <http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/secsoc/estadisticas/indicadores/glosario.html>

<sup>38</sup> CICHON, Michael, SCHOLZ, Wolfgang, VAN DE MEERENDONK, Arthur, HAGEMEIJER, Krzysztof, BERTRANOU, Fabio, PLAMONDON, Pierre, *Financiación de la protección social*, Colección Informes OIT, N° 74, Organización Internacional del Trabajo, Edición española del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. p. 371.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ídem*, p. 403.

*inversiones de las mismas, sea suficiente para costear los gastos de las prestaciones y de administración del año en cuestión*".<sup>41</sup> Como se ha señalado, el marco normativo de la década de los noventa ha forzado al Sistema Nacional de Pensiones a convertirse en un sistema de reparto deficitario desde 1992. Es decir, dicho sistema no produce superávit que le permita acumular reservas propias desde 1992.

Sin embargo, se debe señalar que se admite que los sistemas de reparto puedan tener una *reserva de contingencia* que tenga por finalidad  *cubrir los déficit de ingresos* durante un período corto de tiempo en tanto se adoptan medidas  *"para ajustar la tasa de cotización o las disposiciones relativas a las prestaciones según las diferentes circunstancias económicas"*. Se precisa que  *"una reserva de contingencia de una o dos veces el gasto anual debería ser suficiente en la mayoría de los casos"*, como ocurre en el caso del  *Plan de Pensiones de Québec*.<sup>42</sup>

Es en este marco técnico de los  *sistemas de financiamiento de la seguridad social*, que el artículo 22 del Decreto Legislativo 817 de 1996 crea el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales – FCR el cual precisamente tiene por  *"objeto respaldar las obligaciones de los regímenes a cargo de la ONP"*. La  *reserva inicial* del Sistema Nacional de Pensiones en el FCR se establece con S/ 2'326,166,260 soles transferidos por el Instituto Peruano de Seguridad Social – IPSS, por concepto de Saldo de la Reserva del Sistema Nacional de Pensiones.

En este sentido, en la medida que las reservas actuariales (matemáticas) y las reservas de contingencia son aquellos recursos previsionales que tienen por finalidad garantizar niveles mínimos de estabilidad y sostenibilidad a las prestaciones pensionarias, frente a entornos económicos inciertos como los afronta el país en la actualidad, no podrían ser utilizados para financiar otro tipo de beneficios como la denominada devolución de aportes planteada en la Ley 31083; máxime si dichos beneficios resultan totalmente ajenos a los parámetros constitucionales y convencionales de la seguridad social tantas veces anotados.

Cabe señalar que para reforzar la garantía de la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social en pensiones, el artículo 23 del Decreto Legislativo 817 de 1996 dispuso que el FCR tiene personería jurídica de derecho público y es administrado por un directorio presidido por el Ministro de Economía y Finanzas e integrado por el Jefe de la ONP, el Gerente General del BCR y por dos miembros designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. El otorgamiento de personalidad jurídica propia al FCR le dota de plena independencia en el manejo de las reservas de la seguridad social, incluso de la propia entidad administradora del Sistema Nacional de Pensiones, con la finalidad de lograr el mayor rigor técnico en la materia.

---

<sup>41</sup> SOLORIO, C (Editor),  *Manual de seguridad social, Financiación de la Seguridad Social*, Vol. III, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, p. 44.

<sup>42</sup> CICHON, Michael, ob. cit., p. 403.

De acuerdo a los Estados Financieros del FCR a diciembre de 2019, los activos del *“Saldo de la Reserva del Decreto Ley N°19990 - D.U. N°067-98”*, es decir la reserva asignada al Sistema Nacional de Pensiones, ascendió a S/. 18'951,376,487 soles. Solamente S/ 604'533,077 soles tienen la calidad de Activo Corriente en *“Efectivo y equivalentes de efectivo”*. También como Activo Corriente en *“Inversiones a valor razonable con cambios en resultados”* se aprecia un monto de S/. 4'396,174,561 soles. Estos dos grupos de activos serían los que permitirían atender de modo inmediato cualquier contingencia en materia pensionaria del Sistema Nacional de Pensiones, por ser de fácil realización.

Por tanto, de modo hipotético, si se realizaran todos los activos del FCR, la reserva acumulada permitiría cubrir únicamente 4 años completos de pensiones para la actual población de pensionistas del Sistema Nacional de pensiones. No obstante, si nos limitamos a los activos realizables en el corto plazo sin perjudicar desproporcionalmente las inversiones realizadas, tenemos que el FCR podría atender solamente 1 año completo de pensiones.

En conclusión, resulta evidente que el solo hecho de disponer de los cerca de S/ 5 mil millones de soles de activos del FCR en efectivo y equivalentes de efectivo y en inversiones a valor razonable con cambios en resultados, implicaría la anulación de la función previsional de las reservas de servir de respaldo del cumplimiento de las obligaciones del Sistema Nacional de Pensiones ante fenómenos adversos.

Debe notarse que el manejo de las reservas del FCR es extremadamente cauteloso. En lugar de utilizar únicamente dichas reservas para cubrir el déficit en el pago anual de las pensiones (brecha aportes-pensiones) se prefiere la financiación vía recursos del Tesoro Público. La idea es no alterar considerablemente el manejo de las inversiones con un flujo constante de recursos para cubrir el déficit del Sistema Nacional de Pensiones, a la vez que se garantiza la existencia de un auténtico respaldo a las obligaciones previsionales futuras, especialmente para casos de emergencia.

Como se puede apreciar, las voces de algunos Congresistas de la República que sugerían que el Poder Ejecutivo podía utilizar las reservas de la seguridad social en pensiones del FCR para atender la pretendida devolución de aportes de la ONP dispuesta mediante Ley 31083, no sólo hubiesen supuesto la vulneración del principio o garantía constitucional de intangibilidad a nivel normativo sino que también hubiesen puesto bajo amenaza la capacidad del Estado de asegurar el pago de las pensiones ante una eventual falta de liquidez. Por lo cual resultaba inconstitucional toda pretensión de financiar la Ley 31083, u otra de similar característica, a través del FCR.

## VI. BREVES APUNTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES PRESUPUESTALES

### 1. La exclusividad de la competencia del Poder Ejecutivo en la iniciativa de gasto público y en la administración de la Hacienda Pública

El presupuesto es una herramienta elemental o básica de gestión de cualquier empresa o entidad. El objetivo de regular su funcionamiento en el caso del Estado, en los artículos 77 a 80 de la Constitución Política, es contar con un reparto de competencias originario que facilite la gobernabilidad del país y asegurar de la mejor manera y de modo sostenible la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En el proceso competencial seguido en el Expediente 4-2004-CC/TC en materia presupuestal constitucional, el Tribunal Constitucional plantea con claridad que, de acuerdo al *principio de competencia*, la iniciativa de gasto público y la administración de la Hacienda Pública corresponde al Poder Ejecutivo y que el control político de estas actividades corresponde al Poder Legislativo. Así, dentro de otros, el Tribunal Constitucional precisa que *“los fines de la actividad presupuestal pueden resumirse en los cuatro siguientes:*

- a) Facilitar el conocimiento y control político-parlamentario del programa económico del Ejecutivo.*
- b) Coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República.*
- c) Prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.*
- d) Interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común” (FJ. 7, Subrayado agregado).*

En las recientes sentencias recaídas en el Expediente 7-2012-PI/TC y en el Expediente 8-2015-PI/TC (FJ. 41), el Tribunal Constitucional reitera este reparto competencial, el cual es *“sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, «[a]dministrar la hacienda pública»”*.

Al respecto, MORÓN URBINA, señala que la: *“(…) Constitución ha realizado el rol preponderante que compete dentro del proceso presupuestario al Poder Ejecutivo, y en su interior, al Ministerio de Economía y Finanzas. A éste, le asigna nuestro constituyente atribuciones originales para emitir pronunciamiento o tener facultad de iniciativa normativa”*. Agrega que se *“(…) reconoce con ello el tecnicismo y racionalidad que demanda la temática presupuestaria”*.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana”, *Themis*, 39, PUCP, 1999, pp. 167-168.



Es así que tenemos que la necesidad de garantizar la sujeción de la materia presupuestal a técnicas adecuadas y a criterios valorativos específicos, se ve expresada claramente en los principios constitucionales presupuestales de justicia presupuestaria, equilibrio financiero, unidad, exactitud, anticipación, anualidad, programación, estructuración y no afectación, todos reconocidos en la sentencia recaída en el Expediente 4-2004-CC/TC (FJ. 9). Su especial cuidado está a cargo del Poder Ejecutivo, en particular del Ministerio de Economía y Finanzas.

## **2. La restricción constitucional impuesta a la iniciativa legislativa de los congresistas de la República en materia de gasto público**

En atención a las concesiones efectuadas en materia presupuestal a favor del Poder Ejecutivo por la propia Constitución, el artículo 79 precisa que:

*“Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”*

En la Sentencia 151/2021, el Tribunal Constitucional, reitera la idea de que “[e]sta prohibición tiene como objetivo proteger el equilibrio fiscal”.<sup>44</sup> De modo bastante ilustrativo, con anterioridad ya había explicado que:

*“(…) las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar”.<sup>45</sup>*

En un escenario en el que la Ley 31083 no había señalado la fuente de financiamiento de la devolución de aportes dispuesta y que la misma no podía ser fáctica, ni jurídicamente, atendida por los fondos y reservas de la seguridad social; la única forma posible de dar viabilidad a una medida de esa magnitud era el recurrir al Tesoro Público.

De este modo, el inevitable recurso al Presupuesto Público para el cumplimiento de la Ley 31084 determina su inconstitucionalidad, ya que resultaba vulneratorio del artículo 79 de la Constitución Política, según el cual el Congreso de la República no tiene iniciativa de gasto.

---

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el Expediente 8-2015-PI/TC, FJ. 39.

<sup>45</sup> *Ídem*, FJ. 40.

## VII. MEDIDAS ALTERNATIVAS PROPUESTAS POR EL PODER EJECUTIVO

Como alternativa a las diversas propuestas de devolución de aportes que se venían trabajando al interior del Congreso de la República, y que finalmente dieron lugar a la Ley 31083, el Poder Ejecutivo había presentado el Proyecto de Ley 6114/2020-PE, *“Ley que establece medidas extraordinarias a favor de las/os del Sistema Nacional de Pensiones por motivo del impacto del COVID-19 en la economía peruana”*, con fecha 3 de septiembre de 2020.

Desde dicho momento al 11 de febrero de 2021, en que se publicó la Sentencia 151/2021, transcurrieron 5 meses. A pesar de que dicho resultado era previsible, durante ese periodo de tiempo los ciudadanos y las ciudadanas a los cuales el Poder Legislativo pretendía brindar algún tipo de asistencia fueron privados del acceso a los derechos y beneficios que el Poder Ejecutivo había diseñado y financiado para ellos en el largo plazo. Diversos funcionarios públicos tuvieron que dedicar días de trabajo para poner en evidencia la inviabilidad jurídica y financiera de la medida propuesta por el Poder Legislativo, la cual inexorablemente sería declarada inconstitucional.

Este modo de actuar del Poder Legislativo no solo implica, como hemos afirmado hasta ahora, la contravención de diversos mandatos constitucionales, sino que genera ineficiencia e ineficacia en la atención de las necesidades fundamentales de la población.

Las únicas personas que resultaron beneficiadas por la actuación del Poder Legislativo, previa intermediación del Poder Ejecutivo mediante Decreto de Urgencia 137-2020 para la habilitación presupuestal de la retribución extraordinaria contemplada en la Ley 31038, fueron los actuales pensionistas, es decir personas que de algún modo ya contaban con ingresos seguros o permanentes para hacer frente a la pandemia. El problema con este desenlace, no es que los pensionistas reciban montos adicionales a sus pensiones, si no que en un contexto de recursos escasos y múltiples necesidades se debieron priorizar adecuadamente los gastos,<sup>46</sup> por ejemplo ubicando en los más altos niveles de prioridad a aquellas personas mayores que han realizado entre 15 y 20 años de aportes al Sistema Nacional de Pensiones y nunca han recibido una prestación a cambio (pensión o subvención).

Esto nos coloca en el camino de revisar los aspectos del Proyecto de Ley 6114/2020-PE que fueron dejados de lado por el Poder Legislativo y que debieran ser retomados por el Poder Ejecutivo con celeridad, con la finalidad optimizar el acceso a derechos y beneficios en el Sistema Nacional de Pensiones.

---

<sup>46</sup> En este sentido, el artículo 77 de la Constitución Política señala que la programación de los recursos públicos responde al criterio de eficiencia de necesidades sociales básicas.

Así, debemos recordar que el Proyecto de Ley 6114/2020-PE estipulaba los siguientes derechos y beneficios a los que la población hubiera podido acceder inmediatamente tras su promulgación:

- a. La facilitación de la acreditación de hasta 6 años de aportes de los 20 que exige la normatividad vigente para acceder a una pensión de jubilación completa (anteriormente el límite era de 4 años). Se incrementan así las facilidades otorgadas por el artículo 3 del Reglamento de la Ley 29711, aprobado mediante Decreto Supremo 92-2012-EF (artículo 5).
- b. La creación de una nueva pensión de jubilación proporcional especial a partir de los 65 años para:
  - a. Personas con menos de 20 años aportes hasta los 15 años de aporte, las cuales reciben doce pensiones de hasta 350.
  - b. Personas con menos de 15 años aportes hasta los 10 años de aporte, quienes reciben doce pensiones de hasta 250 (artículo 6).

De este modo, se flexibilizaba el requisito de 20 años de aportes exigidos para acceder a una pensión de jubilación.

- c. El establecimiento de un procedimiento administrativo excepcional para acceder a una pensión de invalidez. Para iniciar este procedimiento excepcional bastaba presentar un informe de un médico especialista y no ya de una Comisión Evaluadora externa que actualmente dificulta el trámite. En adelante, la certificación oficial de la incapacidad la debía realizar la ONP unificando trámites anteriormente dispersos (artículo 8).
- d. La autorización para que los pensionistas puedan trabajar sin que se les suspenda la pensión y la nueva relación laboral no iba a estar sujeta a aportes (artículo 9).
- e. El otorgamiento de un subsidio monetario de S/ 760, a favor de aquellos hogares que tengan entre sus miembros a un afiliado que:
  - a. No sean beneficiarios del “bono universal”.
  - b. No estén en planilla.
  - c. Se encuentren registrados en la base de datos digital con que actualmente cuenta la ONP (primera disposición complementaria final).

Es decir que se había previsto brindar asistencia a personas que no habían percibido ingresos durante la emergencia sanitaria.

- f. El otorgamiento de una bonificación extraordinaria, por única vez, de S/ 760,00, para los actuales pensionistas de la ONP (segunda disposición complementaria final).

Si bien la entrega similar habilitada a través del Decreto de Urgencia 137-2020 fue mayor, llegó al alrededor de 4 meses después.

El balance general del contenido del proyecto de ley es positivo ya que la mayoría de medidas representan una mejora sustantiva en las condiciones actualmente existentes en el Sistema Nacional de Pensiones. Estas propuestas se presumen cuentan con el financiamiento respectivo, al gozar el Poder Ejecutivo de discrecionalidad técnica para el ejercicio de la prerrogativa de gasto público y la realización de los estudios y cálculos actuariales necesarios.

De hecho, se puede advertir que el Proyecto de Ley 6114/2020-PE suponía una iniciativa de gasto controlado que requeriría el desembolso inmediato de 433 millones de soles por concepto de subsidios y bonos otorgados en el contexto del COVID 19, y el pago a lo largo del próximo año de 207 millones de soles, para financiar las nuevas modalidades de pensiones que se otorgarían. En un muy largo plazo, que se proyecta bajo métodos actuariales hasta el fallecimiento de todos y cada uno de las/os pensionistas que accederán a estas modalidades de pensión, se hubiesen llegado a pagar cerca de 13 mil millones de soles.

Así, el Proyecto de Ley 6114/2020-PE representaba una alternativa sostenible financieramente a lo largo del tiempo, frente a la propuesta del Congreso de la República contenida en la Ley 31083, *Ley que establece un régimen facultativo de devolución aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional*, que en contravención de los artículos 10, 11, 12, 79 y la primera disposición final y transitoria de la Constitución Política, preveía el desembolso probable y casi inmediato de cerca de 16 mil millones de soles.

No obstante, existe un único aspecto en el que el Proyecto de Ley 6114/2020-PE podría haber contemplado una medida de carácter regresivo, es decir que endurece las condiciones para el acceso a las prestaciones pensionarias y que no debía ser aprobada sin una justificación ni y ponderación adecuadamente. Se trataba del incremento del porcentaje de menoscabo a la capacidad laboral que se contempla como requisito para acceder a una pensión de invalidez, que iba a pasar del 33,3% al 50% (artículo 8). Sin embargo, esta observación puntual no afectaba ni obstaculizaba la aprobación del resto de disposiciones favorables propuestas por el Poder Ejecutivo.

En la actualidad algunas de las medidas propuestas por el Poder Ejecutivo han sido puestas en marcha, al menos parcialmente, a través el Decreto Supremo 354-2020-EF que aprueba el *Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones*. Por su parte, el otorgamiento de la bonificación extraordinaria fue atendido a través del Decreto de Urgencia 137-2020. En tal sentido, corresponde que, a la brevedad posible, el Poder Ejecutivo efectúe una adecuación de su propuesta inicial contenida en el Proyecto de Ley 6114/2020-PE y la someta a consideración del Congreso de la República.

## VIII. CONCLUSIONES

1. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión, los tratados internacionales, a través del principio de progresividad, reconocen que la realidad y complejidad de la economía de los países son determinantes de los niveles de eficacia de este grupo de derechos, razón por la cual ponen énfasis expreso en que las medidas que adopten los Estados deben ser “económicas” pero a la vez “técnicas”.
2. En atención al realismo de los derechos económicos, sociales y culturales y a la necesidad de dotar a la seguridad social de la seriedad y la estabilidad propia de un derecho humano, el Convenio 102 de la OIT de 1952, sobre normas mínimas de la seguridad social, recoge expresamente el principio de equilibrio o sostenibilidad financiera de los sistemas de la seguridad social, que exige la realización de estudios y cálculos actuariales previamente a cualquier modificación de las prestaciones. Dicho principio está recogido en la primera disposición final y transitoria de la Constitución Política por lo que nos encontramos ante un presupuesto constitucional que debe cumplido de manera previa a cualquier intervención legislativa en materia seguridad social.
3. En el ámbito del presupuesto público, el artículo 79 de la Constitución Política ha bloqueado expresamente la posibilidad de que los Congresistas de la República puedan presentar iniciativas para generar o aumentar gastos públicos.
4. El Congreso de la República, desoyendo las reiteradas observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo, promulgó por insistencia la Ley 31083, “*Ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N.º 19990 Administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP)*” que autorizaba la devolución de los aportes realizados al Sistema Nacional de Pensiones hasta por S/ 4,300 soles para todas las personas aseguradas al SNP; la devolución total e irrestricta de los aportes a las personas aseguradas con 65 años de edad o más que no hubieren logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión; y el otorgamiento a toda y todo pensionista de un pago adicional de S/ 930 soles.

Estas medidas debían ser efectivizadas en un periodo aproximado de 6 meses y representaban un gasto de alrededor de 16 mil millones de soles.

5. Dicha Ley se expidió sin tomar en cuenta una serie de mandatos jurídico-constitucionales de cuño técnico-económico, que por definición, están diseñados para que la gobernabilidad y la protección de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales sean presupuestos efectivamente realizables, de modo ágil, coordinado y sin generar perjuicios a la colectividad.
6. La insistencia en el texto de la Ley 31083 de devolución de aportes conllevó a retrasar innecesariamente la atención que se podía brindar a la población que ha sido afectada con mayor intensidad, desde el punto de vista económico, por la pandemia por COVID-19. Se dejaron así de lado las medidas alternativas presentadas el 3 de septiembre de 2020 por el Poder Ejecutivo mediante el Proyecto de Ley 6114/2020-PE, las cuales a diferencia de las planteadas por el Poder Legislativo, resultaban acordes con los derechos fundamentales a la seguridad social y a una pensión, además de encontrarse financiadas en un muy largo plazo.
7. Es necesario adecuar, con urgencia, el Proyecto de Ley 6114/2020-PE, el mismo que busca permitir el acceso inmediato a pensiones de jubilación de carácter vitalicio a un considerable número personas adultas mayores, así como algunos beneficios focalizados a la población aportante al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales se presume no han percibido ingresos durante la emergencia sanitaria por el COVID-19.