

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POST GRADO

**La Retroactividad en materia de pensiones : aplicación
del decreto ley n° 25967**

TESIS

Para optar el grado de Magíster con mención en Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social

AUTOR

Eduardo Marcos Rueda

Lima – Perú

2011

INDICE GENERAL

1. INVESTIGACIÓN TEÓRICO DOGMÁTICA	5
1. EL TEMA	6
1.2 INTRODUCCIÓN.....	11
1.2.1 UN ENFOQUE GENERAL.....	12
1.2.2 LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	14
2. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	21
3. CARACTERÍSTICAS: HISTÓRICA, COMPARATIVA, INTERPRETATIVA, PROPOSITIVA.....	24
4. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA	
4.1. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....	27
4.2 LA JUBILACIÓN EN LOS MÁS IMPORTANTES SISTEMAS DE PENSIONES.....	34
4.2.1 EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	
4.2.1.1 CREACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	
4.2.1.2 CAMPO DE APLICACIÓN	
4.2.1.3 FINANCIAMIENTO	
4.2.1.4 PENSIÓN DE JUBILACIÓN	
4.2.1.5 LA JUBILACIÓN OBLIGATORIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	
4.2.2 EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES	
4.2.2.1 ANTECEDENTES	
4.2.2.2 CREACIÓN Y EVOLUCIÓN	
4.2.2.3 AFILIACIÓN	
4.2.2.4 LIBRE DESAFILIACIÓN	
4.2.2.5 BONO DE RECONOCIMIENTO	
4.2.2.6 FINANCIAMIENTO	
4.2.2.7 PENSIÓN DE JUBILACIÓN	
4.2.2.8 LA JUBILACIÓN OBLIGATORIA EN EL SPP	
4.3 EL DECRETO LEY N° 25967.....	133
4.3.1 ANTECEDENTES	
4.3.2 INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA	
4.3.3 LA NORMA EN EL TIEMPO: RETROACTIVIDAD Y ULTRACTIVIDAD	
4.3.4 DERECHOS ADQUIRIDOS Y HECHOS CUMPLIDOS	
4.3.5 EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
5. ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO.....	195
5.1 SISTEMAS DE PENSIONES DE OTROS PAÍSES.....	196

5.2.2 LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN EL TIEMPO Y SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS	221
6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	232
6.1 HIPÓTESIS TEÓRICA GENERAL	233
6.2 HIPÓTESIS TEÓRICA ESPECÍFICA.....	233
6.3 HIPÓTESIS OPERACIONALES O DE TRABAJO ¡Error! Marcador no definido.	
7. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.....	235
8. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDEN-CIA.....	236
8.1 CONSIDERACIONES PREVIAS	237
8.2 APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA.....	238
8.2.2 DOCTRINAS QUE SON CONSIDERADAS PARCIALMENTE DE ACUERDO CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS	241
8.2.3 OPINIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LOS HECHOS CUMPLIDOS.....	244
8.2.4 PROPUESTA DE APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA	245
8.2.5 FORMULACIÓN DE PREMISAS DOCTRINARIAS, A PARTIR DEL APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA.....	247
8.3 APORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO	248
8.3.1 COINCIDENCIAS CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS	249
8.3.2 TEORÍAS QUE COINCIDEN PARCIALMENTE O LAS DEFINEN	251
8.4 APORTE DE LA TESIS.....	254
8.5 IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE SOBRE EL PROBLEMA	257
8.6 IDENTIFICACIÓN DE ALGUNAS NORMAS JURÍDICAS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA QUE TIENEN RELACIÓN CON EL APORTE A LA TEORÍA Y DOCTRINA JURÍDICAS	259
8.6.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969)	260
8.6.2 ESPAÑA.....	260
8.6.3 COLOMBIA	261
8.6.4 MÉXICO	262
8.7 APORTE A LA JURISPRUDENCIA.....	263

8.7.1 EXPEDIENTE N° 007-96-I/TC (ACUMULADO)	263
8.7.2 SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DEL 3 DE JUNIO DE 2005	264
8.7.3 EXPEDIENTE N° 1294-2004-AA/TC, LAMBAYEQUE	267
9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	272
9.1 CONCLUSIONES GENERALES	273
9.1.1 SOBRE LA RELACIÓN EMPLEO-SEGURIDAD SOCIAL	273
9.1.2 LA JUBILACIÓN	273
9.1.3 SOBRE LA AMPLIACIÓN DE COBERTURA	274
9.1.4 SOBRE LA INCIDENCIA DE LA REFORMA	274
9.1.5 SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE UNA NORMA	275
9.1.6 SOBRE LAS TEORÍAS DE DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE LOS HECHOS CUMPLIDOS	276
9.1.7 SOBRE LA APLICACIÓN DEL D.L. N° 25967	276
9.2 CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	277
9.3 RECOMENDACIONES	278
10. BIBLIOGRAFÍA	281
11. ANEXO	289
ANEXO: LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO SOCIAL	290

1. INVESTIGACIÓN TEÓRICO DOGMÁTICA

1.1 EL TEMA

La Seguridad Social tiene como objetivo fundamental el de proteger a las personas frente a determinadas contingencias, es decir, frente a situaciones o acontecimientos a que se está expuesto y que requieren de protección inmediata u oportuna, debido a una posible pérdida de su capacidad de ganancia.

Una de esas contingencias es la edad, a la que tiene que acudir la Seguridad social a través de la prestación denominada pensión de jubilación. La pensión de jubilación, en sí misma, es probablemente la prestación más importante en los sistemas de pensiones. Sin embargo, en muchos casos no se le brinda la debida importancia. Es necesario tener una mayor conciencia en el ahorro para una pensión, sea en un sistema público o en uno privado, y generar políticas más atractivas de afiliación o aporte, e incluso de mejores condiciones de acceso a las prestaciones.

En el presente trabajo, el análisis está dirigido al reconocimiento de la pensión de jubilación en los dos sistemas de pensiones más importantes y vigentes en nuestro país: el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. La administración del Sistema Nacional de Pensiones está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) mientras que el Sistema Privado está a cargo de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's.

La actual legislación, sobre todo en los dos sistemas de pensiones, es limitada en cuanto a ofrecer dicha protección, principalmente, en el caso de la pensión de jubilación y, específicamente, en cuanto a su monto. Dicha legislación, incluso, ha sido materia de constantes modificaciones, lo cual se acentuó en la década de los noventa con el objetivo de equilibrar el régimen económico financiero del denominado sistema público y posibilitar el traslado de muchos de sus asegurados al Sistema Privado de Pensiones.

Su derecho se obtiene al cumplimiento de dos requisitos: edad y aportaciones, en el Sistema Nacional de Pensiones; y, solamente edad, en el caso del Sistema Privado. Dos aspectos fundamentales son el cumplimiento de tales requisitos y el cálculo para determinar su monto.

En todo este marco, el trabajo que se presenta es el análisis de una determinada situación dentro de lineamientos de la pensión de jubilación que otorga el Sistema Nacional de Pensiones.

Se trata de la aplicación del Decreto Ley N° 25967 –publicado el 19 de diciembre de 1992- en las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones. Dicho

dispositivo legal modificó aspectos sustanciales en el otorgamiento de los beneficios y, de manera especial, en el otorgamiento de la pensión de jubilación.

Modificó el requisito de los años de aportación para obtener la pensión de jubilación, el cálculo de la remuneración de referencia, el cálculo de la aplicación de la tabla de cálculo y estableció un nuevo monto máximo de pensión.

Las pensiones otorgadas bajo la aplicación de este nuevo dispositivo fueron menores que las se venían otorgando anteriormente. No obstante, el problema va más allá. El problema se presentó con la aplicación de la norma en el tiempo y cuando afectó a personas que ya habían obtenido el derecho y bajo la vigencia de normas anteriores.

Años más tarde, el 24 de noviembre de 2001, se promulgaría la Ley N° 27561 que aclara esta situación y subsana la retroactividad, aún cuando ya se había afectado a muchos asegurados y pensionistas. En determinados casos se continúan presentando reclamos judiciales.

Veamos un caso concreto.

Don Felipe Rodríguez Gonzáles nació el 14 de febrero de 1931. Cuando venía laborando en una entidad financiera de nuestra capital fue despedido de su trabajo un 18 de enero de 1992. El señor Rodríguez había trabajado anteriormente en otra empresa. Desde el 1 de enero de 1969 hasta el 31 de diciembre de 1981 lo hizo como Jefe de Abastecimientos en una empresa de Electricidad. Y luego trabajó desde el 15 de diciembre de 1989 hasta el día de su despedida en la entidad financiera.

En 1980 contrajo matrimonio con doña Carmen Cárdenas y tiene dos hijos, María Fernanda de 14 años y Romina de 18. Su remuneración, a la fecha en que se encontraba trabajando, era de 2,900 nuevos soles, en promedio.

Intentó infructuosamente su reingreso laboral en un banco del país que recién abría sus operaciones y, luego, en otra entidad de telecomunicaciones. Por esta razón solicitó y presentó su documentación el 10 de noviembre de 1992, al haber cumplido con los requisitos para jubilarse, es decir, 60 años de edad y más de 5 años completos de aportación que se requerían en el Régimen Especial de Jubilación del Sistema Nacional de Pensiones.

Sin embargo, al momento de entregarle su resolución (se había emitido el 20 de febrero de 1995) se dio con la sorpresa de que le habían denegado su petición. La razón: mientras estaba en trámite su solicitud, se expidió el Decreto Ley N° 25967 que había modificado las reglas anteriores y ahora le solicitaban 20 años de aportaciones, como mínimo, y él tenía un poco menos.

Se trata de un afiliado que cumplió con los requisitos, cesó y presentó su solicitud con anterioridad al Decreto Ley N° 25967. No obstante, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Única disponía que las solicitudes en trámite se ceñirán a sus normas, le denegaron el derecho. Es decir, la aplicación retroactiva de esta disposición a una contingencia anterior a su vigencia, fue el fundamento para denegar el derecho solicitado.

La formulación del problema para este trabajo partió de la pregunta: ¿La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones en sus derechos y cálculos de la pensión de jubilación?

Se consideró que el tema constituye un problema para el Derecho –susceptible de investigación- en cuanto se trata de la interpretación y aplicación de normas que regulan la relación entre las personas partiendo de una realidad, en este caso, de una situación social que –derivada de una situación económica y laboral- merece ser analizada para determinar la correcta aplicación de las normas en general y su incidencia en las pensiones que se otorgan en el Sistema Nacional de Pensiones. Un problema jurídico social.

Si bien, esta aplicación fue corregida debido a sendas sentencias del Tribunal Constitucional y a la promulgación de la Ley N° 27561, ello no ha sido suficiente en cuanto han continuado los reclamos.

La relación realidad-derecho es imprescindible para determinar el problema no sólo respecto de los derechos pensionarios sino de la aplicación de una norma en el tiempo. La vigencia de una disposición legal está marcada por un determinado límite que se presenta en su origen y que tiene un límite de terminación temporal. Es decir, toda norma tiene un inicio (vigencia) determinado y una culminación (derogación) también en un momento determinado. La derogación, salvo casos especiales, determina la culminación de su período de vigencia. El respeto a estos principios es garantía de una adecuada interpretación y aplicación, y no deberían existir inconvenientes respecto de ello.

El trabajo se encuentra, fundamentalmente, inmerso dentro del Derecho de la Seguridad Social y, específicamente, dentro de la legislación de uno de los sistemas de pensiones más importantes del país: el Sistema Nacional de Pensiones.

1.2 INTRODUCCIÓN

1.2.1 UN ENFOQUE GENERAL.

El trabajo fue conceptualizado por Manuel Alonso García como una manifestación de la capacidad creadora del hombre y, en base a ello, está en la posibilidad de transformar las cosas y conferirles un valor, del que antes carecía.

Pensadores antiguos como Aristóteles y Platón consideraron el trabajo manual como una tarea inferior, luego llegaron los artesanos, posteriormente se ennoblece con el cristianismo y luego se generaliza la manufactura. Con la Revolución Francesa se genera la libertad en el trabajo y luego el nacimiento del comercio, los bancos y, en general, un nuevo mundo económico. Nacen, después, las diferencias entre los integrantes de las sociedades, la lucha de clases, el proletariado.

La mayor significación del trabajo se va a producir a partir del nacimiento de la máquina, es decir, desde la Revolución Industrial, entre los años 1750 a 1850. La economía, entonces, se transformará sustancialmente y el derecho lo regulará con mayor énfasis, teniendo en cuenta su enorme trascendencia social.

El trabajo que se encuentra normado por el Derecho del Trabajo es el que desempeña un ser humano con un objeto netamente productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado. Y dentro del Derecho del Trabajo, uno de los pilares es, fundamentalmente, el derecho individual o las relaciones individuales de trabajo, en donde, a su vez, el contrato es la figura más importante.

Con el tiempo, y debido también a esas relaciones individuales, se hizo indispensable el enlace entre dos instituciones, el derecho del trabajo y la seguridad social, precisamente por la relación de contingencias y cobertura. Incluso se estableció que la Seguridad Social se encontraba dentro de la materia del Derecho del Trabajo, en tanto, ésta era el que más se asemejaba a la protección del trabajo, de todos los demás medios y formas de previsión social, es decir, de la Beneficencia, del Seguro Privado, el Mutualismo, la Asistencia Social, entre otras.

Años después, la Seguridad Social obtiene su plena autonomía en cuanto se convierte en una materia que, por su aspiración de cobertura universal, se debe desprender de la relación laboral, exclusivamente.

En efecto, existe una actual diferencia entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en cuanto aquel regula el trabajo subordinado y ésta busca la protección de la persona humana, sea o no, trabajadora con relación de dependencia .

De allí se desprende también la diferencia entre Seguridad Social y Seguro Social. La primera como la protección a la persona humana, independientemente de si es o no

trabajadora y, el segundo, como la protección a la persona humana en cuanto es trabajador con relación de dependencia laboral.

Aún así, en muchos países, como el nuestro, se mantiene esa relación o, más directamente, la relación entre el individuo en cuanto trabajador (característico del Seguro Social) con la Seguridad Social, producto del modelo bismarckiano. Esta relación, por su propia naturaleza, genera efectos en diferentes ámbitos como la política y la economía. De allí nace también la obligatoriedad de los Seguros Sociales para los trabajadores con relación de dependencia laboral o formales, como se les conoce hoy, dejando la voluntariedad a los independientes. Ello tiene relación también con los aportes, en cuanto la tasa es un obligatorio porcentaje de la remuneración del trabajador.

En esa misma medida los Sistemas de Pensiones –uno de los pilares de la Seguridad Social- tienen el carácter contributivo y el aporte significa un descuento de la remuneración, esto es, mantienen todavía esa relación directa con el empleo.

De otra parte y debido al movimiento económico de los sistemas, en los últimos años, el debate sobre la Seguridad Social se ha centrado, casi fundamentalmente, en su aspecto económico y financiero, por cuanto algunos de ellos, de un lado, se encuentran en una difícil situación y, de otra, a la incidencia –importante, por cierto- del manejo de sus fondos en el esquema macro económico nacional.

Y es que la Seguridad Social ha pasado de ser, principalmente, un sistema de prevención y protección social a un sistema de innegable incidencia en la economía general de los países, sobre todo, en los países de América Latina. El desempeño de los fondos de pensiones tiene un porcentaje importante en el crecimiento de la economía.

El tripartismo representativo en los órganos de dirección está desapareciendo. Las modalidades solidarias o mancomunadas de aportación (incluso con aporte económico del Estado) y reconocimiento de beneficios, también. La universalidad está lejos de ser alcanzada. Pero, sobre todo, se ha cambiado la participación directa y social del Estado. El rol social del Estado en la protección ha ido disminuyendo para dar paso a la iniciativa del sector privado. Ahora, el Estado tiene un rol contralor, ya no es el Estado directamente participativo, el que incluye la seguridad social en su política social. Las instituciones tradicionales de administración autónoma han sido motivo de críticas en el cumplimiento de sus objetivos en cuanto a la protección.

Incluso, hace algunos años, la Seguridad Social era vislumbrada como medio de redistribución de la riqueza, además de su principal objetivo de protección social. Hoy, tanto los Sistemas Públicos como Privados, han pasado a tener una influencia casi decisiva en materia económica.

No obstante, como se ha indicado anteriormente, la Seguridad Social debe mantener como objetivo fundamental el de la protección a las personas frente a determinadas contingencias, frente a situaciones o acontecimientos a que se está frecuentemente expuesto, como la vejez, por ejemplo. Ella requiere de una oportuna protección, sobre todo, si se trata de una evidente pérdida de su capacidad de ganancia.

1.2.2 LA PROTECCIÓN SOCIAL.

La lucha del individuo por lograr una seguridad proviene desde siempre pero se formalizó en la época del industrialismo al crearse la Seguridad Social como concepto general y aspiración del modelo más adecuado, y cuya forma específica más importante es el Seguro Social. El cambio se produjo principalmente en la generación de una producción basada en máquinas a vapor, telégrafos y otros inventos, en lugar de las herramientas manuales o los trabajos “a pulso” del ser humano. De la agricultura se pasó a la industria.

Más adelante se llega a la distinción doctrinaria entre seguridad social y seguro social, partiendo, entre otros fundamentos, de la universalidad. La Seguridad Social tiende a proteger a todos los habitantes de un país, el Seguro Social, principalmente, a los trabajadores asalariados. Pero la población común, por lo general, no ha sabido diferenciarlos, sobre todo, cuando irrumpen otros modelos basados en la individualidad y en la administración privada.

Teniendo como fundamento el Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, al Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo y otros instrumentos internacionales creo que se debe tener a la Seguridad Social como un sistema en el que las personas se incluyen para ser protegidas, sin distinción y la totalidad de las situaciones riesgosas que pudieran sucederle en su ciclo vital como la salud, vivienda, vejez, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, cargas familiares, desempleo, capacitación laboral, recreación y fallecimiento; se debe entender, entonces, que el objetivo principal de ese sistema es el de carácter social.

Siendo así, debemos diferenciar claramente entre los conceptos, amplio, de Seguridad Social y, limitado, de Seguro Social. En ambos casos, sin embargo, se trata de cubrir las contingencias a través de prestaciones, cuyos dos ámbitos principales son: las prestaciones asistenciales o sanitarias y las económicas o pensiones.

Como indica Martín Fajardo: “Las primeras consisten en el conjunto de medidas de tipo asistencial tendentes a conservar o restablecer la salud de la población, en todas las

etapas o circunstancias de la vida. Las segundas constituyen fuentes económicas que acuden en cuanto se produce la suspensión o pérdida de ingresos.”¹

En términos globales, la seguridad social puede contribuir de varias maneras al bienestar de una persona y al país en general. A través de sus prestaciones puede contribuir a mejorar:

- Un probable estado de salud deficiente, pues ésta situación puede constituirse en una de las causas de la baja productividad laboral. Las mejoras en la salud de un trabajador favorecen el crecimiento económico, en la medida en que reducen las pérdidas en la producción de una empresa; permiten, también, la utilización de recursos que podrían ser inaccesibles debido a enfermedades; pueden incrementar la matrícula escolar y pueden permitir el uso de recursos para atención de enfermedades, hacia otros rubros económicos en un determinado país.
- El sistema de pensiones, específicamente la pensión de jubilación, ayuda a facilitar la salida adecuada de los trabajadores, especialmente de los trabajadores de mayor edad. Con ello, el ingreso adecuado de nuevas generaciones al mercado laboral.
- Las prestaciones monetarias (los subsidios) y el descanso durante una enfermedad ayudan a la recuperación de los trabajadores y contribuyen a eliminar la presión física, emocional y económica que puede afectar al trabajador.
- Asimismo, la atención médica por maternidad es importante para una trabajadora en cuanto propicia también un buen estado de salud de la madre gestante y su adecuada recuperación. La atención al recién nacido es una inversión para una buena política de Seguridad Social o de Previsión Social, en general.
- La reducción y protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, a través de la prevención y recuperación. Las actividades laborales, sin interrupción, son sumamente importantes para la productividad de la empresa, puesto que evita también la pérdida de días laborales como consecuencia de alguna contingencia que la impida.
- En los países en que existe, las prestaciones que se otorgan por períodos de desempleo proporcionan al trabajador que hubiere perdido su trabajo habitual una posibilidad de encontrar un nuevo trabajo y, a la sociedad, la reubicación en otros más productivos.
- Finalmente, las prestaciones en dinero que se otorgan en algunos países al trabajador por el hecho de tener hijos, (en algunos, es el Subsidio por lactancia) ayudan a asegurar un ingreso suficiente para proporcionar una alimentación adecuada a los recién nacidos.

Los primeros Seguros Sociales en el mundo se iniciarán en Alemania, durante la época del Canciller Otto Von Bismarck. En 1883 se crea el Seguro Social Obligatorio para Enfermedad y maternidad; en 1884 el Seguro de Accidentes de Trabajo; y, en 1889, el

¹ FAJARDO, Martín ... Derecho de la Seguridad Social; Lima, 1975; pp. 311; p. 138.

Seguro de Invalidez y Vejez, es decir, de pensiones. Posteriormente, el modelo se modificaría con las ideas de Lord William Beveridge, en Inglaterra, cuyo objetivo tendía más a la universalidad.

El modelo de Estado de Bienestar o Estado Benefactor, reforzaría la doctrina e importancia de los seguros sociales con doctrinas más amplias y tendientes a la universalización. Sin embargo, los avances tecnológicos, la globalización de la economía, la modernización de la comunicación han hecho cambiar al mundo y están dejando de lado al Estado de Bienestar, incluso en algunos países de Europa.

No obstante, la implantación de algunas políticas basadas en un excesivo liberalismo ya vienen mereciendo críticas. Como opina Antonio Grzetic Long, con estos cambios se deberían augurar una mayor bonanza desde todo punto de vista y con mayor riqueza producida con el menor esfuerzo y la mejor calidad de vida pero lamentablemente “los resultados no son halagueños: lo que debería verse como la realización de antiguas expectativas, se ha convertido en un verdadero problema. Es que no sólo se está dispuesto a compartir los frutos del progreso, sino que la guerra económica se hace cada día más dura. Competitividad e individualismo son las palabras que sustituyen las de colaboración, justicia social y solidaridad.”²

La relación seguridad social-economía proviene desde hace muchos años, tanto por los montos que se recaudan periódicamente como por la forma de administrarlos. Algunos han pensado que la Seguridad Social influye en el desarrollo de las economías nacionales, pero esto no excluye el hecho que pueda suceder a la inversa, es decir, que las economías nacionales puedan afectar los sistemas de Seguridad Social hasta ponerlos en situación de desequilibrio.

Mucho se ha dicho que la Seguridad Social siempre ha sido utilizada para otros motivos. Lo que viene sucediendo hoy, no escapa a esta idea. Incluso en algunas oportunidades se dijo que se utilizaba para lograr el bienestar social, para una mejor redistribución de la riqueza de una determinada sociedad, pues debido a la cantidad de dinero que “movía” se consideró que podía contribuir a este objetivo en pos del bienestar general de la población. En esta relación, el estudio de los sistemas de financiamiento ha cobrado cada vez más importancia.

En lo que se refiere a los regímenes de pensiones, en la actualidad, están primando:

- a. Los llamados modelos de reparto, basado en los aportes de trabajadores y empleadores (a veces también interviene el Estado) y en el que las generaciones pagan las pensiones de anteriores. Dentro de él, la administración de sus fondos no

² GRZETICH LONG, Antonio en “Derecho Laboral en el Uruguay de fin de siglo”, Revista Asesoría Laboral N° 103, julio 1999.

deja de utilizar, por ejemplo, el sistema de capitalización (colectiva) con prima escalonada; o,

- b. Los regímenes de cotizaciones definidas, en los cuales un trabajador, individualmente, efectúa sus aportes y acumula un capital. Las prestaciones se extraen del propio ahorro individual. La capitalización, en este caso, es eminentemente individual y su administración está a cargo de entidades privadas.

Algo parecido está sucediendo en materia de prestaciones de salud en que los modelos están dando prioridad a la mejor atención pero en función a la calidad de trabajo o de remuneración del usuario, lo cual puede llevar a una discriminación debido a estos factores.

Los detractores del modelo de reparto, indican que la capitalización individual (cotizaciones definidas) garantiza un mejor beneficio posterior, en cuanto se trata de mejores inversiones y que mejora la economía nacional, pero a su vez, los defensores indican que esto no está plenamente probado y que, por el contrario, el costo del traslado es alto, que los gastos de administración también son altos, que al final de cuentas los trabajadores son los que soportan el peso económico del sistema y que los riesgos de desequilibrio son iguales en cuanto siempre están supeditados a la economía en general y a los mismos factores. En todos los casos, pueden repercutir en lo que siempre se teme y que afectó a los modelos sustituidos en algunos países: la insuficiencia de las prestaciones.

Y, en efecto, los factores que los afectan, en general, según un estudio de la Asociación Internacional de Seguridad Social son:

- a. En los regímenes de reparto o públicos, las tasas de cotización son sensibles a los cambios en la tasa de natalidad u otros factores demográficos.
- b. En los regímenes de ahorro personal, las tasas de cotización son sensibles a la relación entre la tasa de aumento de salarios y la tasa de interés pero no a la tasa de natalidad.
- c. Ambos son sensibles a los cambios en la esperanza de vida.
- d. Los cambios en las tasas salariales y en las de interés son más volátiles que en las tasas de natalidad.

Concluye, además, indicando que “todos los regímenes de pensiones implican un riesgo”, que los de ahorro personal tiene una sensibilidad a las condiciones económicas

(“condiciones económicas desconocidas”, les llama el informe) y que esta influencia es más fuerte que la incertidumbre de los cambios demográficos.³

Al quedar claro que la seguridad social tiene una íntima relación con la economía, también se le está “modernizando” a fin de que sea una de las herramientas de lucha por la economía mejorada de un país. En otras palabras, los sistemas de seguridad social –o previsión social- están siendo tomados no solo como una forma de protección social, sino también y, sobre todo, como un elemento de ayuda macro económica.

No cabe duda que en los últimos años, la economía se ha interesado cada vez más en el tema de la Seguridad Social. Sobre todo, a partir de las reformas. Carmelo Mesa Lago señala: “En los años 80 las crisis económicas y de seguridad social en el mundo en desarrollo (en particular en América Latina), en combinación con programas de ajuste estructural patrocinados por las organizaciones financieras internacionales (BM y el FMI) despertaron el interés de los economistas en la seguridad social y estos comenzaron a jugar un rol cada vez más importante.”⁴

De otra parte, si bien las condiciones de riesgo pueden haber cambiado, las consecuencias son las mismas, esto es, las contingencias como enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte. Y además afectan a todos. Por ello es que si bien inicialmente, la seguridad social o seguro social trataba de proteger a los trabajadores, luego el modelo se varió –por lo menos doctrinariamente- para proteger a todos por igual, ahora se basa en el aporte personal o en el desear un mejor servicio de acuerdo a sus posibilidades.

Pero, ahora, ya no son las contingencias producto de la naturaleza, sino generados por la propia mano del hombre. Ya no son las guerras, ahora es producto de las nuevas invenciones (nuevas enfermedades, tecnologías, etc.) aunque, paradójicamente, propiciando también mejor salud o bajando la tasa de mortalidad o elevando la esperanza de vida, lo cual repercute en los esquemas económicos de la seguridad social. Este es otro de los temas a debatir para la Seguridad Social: ¿en qué medida los avances científicos –revolución biotecnológica, le llaman- van a incidir en los sistemas de protección?

Es importante cuidar que la necesidad de tener seguridad, es decir, de brindar una adecuada protección social no entre en conflicto con intereses económicos de quienes tiene a su cargo esa protección. Y esta fue una de las razones por las cuales

³ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, AISS ... El debate sobre la reforma de la Seguridad Social. En busca de un nuevo consenso, Un resumen ; Ginebra, Suiza; s/f. 52 pp.; p. 42.

⁴ MESA LAGO, Carmelo “La reforma estructural de pensiones en América Latina: Tipología, comprobación de presupuestos y enseñanzas”, en Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma. Oficina Internacional del Trabajo, p. 79.

generalmente estuvo a cargo de entidades públicas. Hoy, el Estado no se puede retraer, su rol regulador debe tender siempre a resguardar esta situación.

Además, la educación de las personas protegidas es un elemento importante en el desempeño de las instituciones a fin de lograr el derecho que verdaderamente les corresponda o evitar el eventual caso de algún derecho denegado por otras razones, evidentemente alejadas del objetivo social que siempre ha buscado este modelo de protección.

Esta es también una de las razones por las que el seguro social siempre ha tenido el carácter de obligatorio. No todas las personas tienen la facultad de prevenir sus probables contingencias, por ello es que se les obligaba a prevenir. Toda relación laboral traía consigo la inscripción en el seguro social. Hasta ahora es así.

Estamos observando, igualmente, que los modelos de seguridad o previsión social, en general, se están basando en el individualismo, en la responsabilidad personal de quienes a ellos pertenecen. Y es que, en efecto, la sociedad misma está generando el individualismo y los nuevos modelos –adecuándose a esta realidad- de manera consciente o inconsciente están reforzando esta característica.

El Estado pasa a tener un rol diferente, menos participativo en estas nuevas formas de previsión social, ahora es un rol de control, un rol supervisor.

Anteriormente, incluso antes del Seguro Social, la gran mayoría de las formas de protección eran de tipo solidario. Tenemos los ejemplos de los Fondos de Ayuda Mutua, las Sociedades Mutualistas, las Sociedades de Beneficencia, incluso las ayudas de caridad. La diferencia era respecto de los derechos que correspondía a sus asociados o la forma de administración. Ahora, pocos son los ejemplos de solidaridad que continúan en vigencia, por lo menos en nuestro país: los comedores populares o los clubes de madres o las asociaciones mutuales o las propias beneficencias que continúan en vigencia.

En consecuencia, el esquema ha cambiado, tanto en el empleo, en la Seguridad Social e, incluso, en la capacitación de los trabajadores. Y no solamente la capacitación de los futuros profesionales a que aludimos anteriormente y que genera profesiones pragmáticas. Tal como lo comenta el doctor Carlos Martí Bufill el “desarrollo tecnológico (que algunos llaman civilización de la información) que se despega del trabajo industrial mecánico, estimula el trabajo intelectual, la imaginación, la creatividad y al mismo tiempo conforma una mejor calidad de vida... el hecho de que muchas empresas que han asumido sumarse a la incorporación de nuevas tecnologías

(robotización, informatización) se han encontrado que parte de su plantilla ya no son trabajadores que resulten desempleados sino de trabajadores inempleables.”⁵.

Martí Bufill consideraba que el panorama demográfico laboral del futuro debe estar guiado por la educación en todos los niveles y la formación profesional.

Todos estos factores inciden en la Seguridad Social, en general. No obstante, a los efectos de nuestro trabajo, el problema planteado tiene relación directa con algunos aspectos específicos como es el reconocimiento de derechos a determinadas prestaciones y, más aún, la fijación de requisitos para acceder a ellas: la edad de jubilación y los años de aportación.

Y si continuamos acercando el tema, dentro de esta primera propuesta, la necesidad de analizar y determinar algunos criterios de interpretación de las normas para evitar el desconocimiento de derechos a los trabajadores del país que pertenecen, principalmente, a los sistemas públicos, como el Sistema Nacional de Pensiones.

⁵ MARTÍ BUFILL, Carlos; La Seguridad Social y los cambios en la sociedad del futuro; Ponencia presentada al Primer Congreso Latinoamericano de la Seguridad Social, la empresa y el trabajo, Mar del Plata 20 al 25 de octubre de 1997; p. 4.

2. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de un nuevo marco político y económico, en la Seguridad Social se han implantado regímenes que difieren mucho de sus principios tradicionales y dirigidos más a los objetivos económicos. Los cambios están dirigidos a dos aspectos fundamentales de todo sistema de Seguridad Social: su financiamiento y el derecho a las prestaciones. El aporte y el beneficio.

Dentro de este nuevo esquema, una de esas contingencias a la que tiene que acudir la Seguridad Social a través de la prestación denominada pensión de jubilación, y que se mantiene pese a los cambios, es la edad. La pensión se otorga bajo determinados parámetros o requisitos, además de estar sujeta a determinadas reglas para su cálculo: derecho y montos a percibirse.

En nuestro país, uno de los principales sistemas de pensiones -que incluye la pensión de jubilación- continúa siendo el Sistema Nacional de Pensiones, regulado inicialmente por el Decreto Ley N° 19990 y con múltiples modificaciones a través de su vigencia. Incluso, hasta la fecha se continúan promulgando modificaciones legales.

En los capítulos del presente trabajo se revisan las normas –básicas y modificatorias- del Sistema Nacional de Pensiones y su aplicación en el tiempo. Igualmente se revisan los casos de incidencia respecto del derecho de los asegurados y pensionistas. Es obvio que la aplicación de una norma en esta materia debe tener relación directa con las prestaciones a las cuales va dirigida.

Específicamente se revisa la aplicación del Decreto Ley N° 25967 que modificó algunas características de la pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones y su incidencia en el derecho de asegurados y pensionistas.

Se revisa también en qué medida se hace necesario insistir en la correcta aplicación de las normas en el ámbito de la Seguridad Social o la incidencia de las modificaciones que se realizan o la aplicación retroactiva de las normas en éste ámbito a quienes solicitaron su pensión o los procesos judiciales que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Constitucional.

El problema, en definitiva, se expone en la siguiente pregunta:

¿La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones en sus derechos y cálculos de la pensión de jubilación?

**3. CARACTERÍSTICAS:
HISTÓRICA,
COMPARATIVA,
INTERPRETATIVA,
PROPOSITIVA**

El desarrollo del presente trabajo se enmarca dentro de los aspectos históricos y comparativos de la Seguridad Social y, específicamente, del Sistema Nacional de Pensiones. No obstante, el análisis concreto comprende la interpretación y aplicación de una norma sobre la pensión de jubilación en el citado Sistema Nacional de Pensiones.

Como se podrá apreciar, en su parte inicial, se revisará la formación y consolidación de la legislación de los sistemas de pensiones en nuestro país, comenzando por las Constituciones Políticas -1920, 1933, 1979 y 1993- y luego pasar al enfoque secuencialmente histórico de los regímenes a través del tiempo hasta concluir en la reforma producida a partir de la década del noventa y que modificó sustancialmente el esquema imperante, sobre todo, en lo que se refiere a la administración, al financiamiento y a algunos derechos que se reconocen.

Esta primera parte permitirá tener un marco conceptual general para la siguiente parte. La visión general que se ofrece permitirá en enfoque específico posterior.

En efecto, luego se pondrá especial énfasis en el análisis de las normas modificatorias del Sistema Nacional de Pensiones que se promulgaron paralelamente a la creación del Sistema Privado, para ingresar a la parte interpretativa de una norma específica: el Decreto Ley N° 25967.

Este análisis comprende el aspecto legal –incluidas sentencias del Tribunal Constitucional- pero también el doctrinario y, finalmente, el comparativo respecto de normas sobre situaciones similares de otros países.

A ello se agregará un anexo referido a la investigación empírica sobre el tema. Esencialmente se trata de la recopilación y análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de casos de asegurados que recurrieron a esa instancia y cuyos resultados –como se podrá apreciar- permitirá determinar las consecuencias de la aplicación de la norma.

4. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

4.1. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Previamente a enfocar las pensiones de jubilación en los regímenes de pensiones y, específicamente, en el Sistema Nacional de Pensiones, es conveniente revisar aún cuando brevemente, los textos constitucionales relativos a la Seguridad Social, en nuestro país.

La primera de las Constituciones Políticas que tocó el tema de la previsión social en el país fue la de 1920, promulgada por el presidente Augusto B. Leguía, el 18 de enero de 1920. La Asamblea Constituyente instalada el 24 setiembre de 1919 fue presidida por Mariano H. Cornejo y culminó sus trabajos el 27 de diciembre del mismo año.

CONSTITUCIÓN DE 1920

“Art. 47.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.

La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.”

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que en el país se iniciaba un proceso de industrialización, las primeras industrias se iban instalando. La base agrícola de la economía se iba transformando poco a poco. En segundo lugar, los conceptos de Seguridad Social aún eran incipientes. No existía seguro social en el país. Los primeros Seguros Sociales se iban a crear años más tarde, de allí que la parte final del artículo sólo se refiera a los accidentes de trabajo, contingencia casi simultánea a la creación de las primeras industrias y a la prestación que deba protegerla, a modo de indemnización.

Más adelante, la misma Constitución indicaba:

“Art. 56.- El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorro, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares.”

Como los conceptos de Seguro o Seguridad Social aún no se vislumbraban, la Constitución se refiere a otros similares como previsión social o solidaridad social; sin embargo ya se iba encontrando la necesidad de organizarlos institucionalmente. Es decir, las necesidades de la población deberían mejorarse a través de éstas instituciones que debería fomentar el Estado.

El 8 de diciembre de 1931 se instaló el Congreso Constituyente presidido por Luis Antonio Eguiguren. “Como la lucha política había sido tan intensa y el país continuaba agitado y dividido, ese ambiente se reflejó, naturalmente, en el Parlamento, absorbido por candentes problemas políticos con menoscabo de su función constituyente.”, anota José Pareja Paz Soldán.⁶

En ella participaron líderes políticos importantes como Víctor Andrés Belaúnde, José Matías Manzanilla, Luis Alberto Sánchez, Manuel Seoane, Carlos Sayán Álvarez, Emilio Romero, Luciano Castillo, Alberto Arcá Parró, entre otros.

Después de muchos obstáculos, la Constitución de 1933 fue promulgada por el presidente Luis M. Sánchez Cerro.

CONSTITUCIÓN DE 1933

“Art. 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte, y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorro y de seguros, y las cooperativas.”

Aún cuando todavía no se gestaban los primeros seguros sociales, la idea de la protección social había avanzado. Ya se vislumbraban e identificaban las contingencias a que estaba expuesto un trabajador por ello es que se citaban cinco de ellas: desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte.

Igualmente, ya se habla de una forma más organizada de llevar a cabo esa protección, es decir, a través de un “régimen” de previsión –tampoco se menciona todavía seguro o seguridad social- y de otras formas de protección.

Los años pasaron y las nuevas ideas sobre Seguridad Social llegaron a nuestro país. Se formaron los primeros seguros sociales, en la década del 30 y del 40. En la década del 70 se unificaron. Es decir, sucedieron un conjunto de hechos que transformaron o, más específicamente, clarificaron las ideas sobre protección social. La Seguridad Social

⁶ PAREJA PAZ SOLDAN, José ... Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Apreciación y comentarios; Lima, Perú, 1981; 739 pp.: p. 152.

estaba consolidada desde el punto de vista doctrinario o conceptual y el Seguro Social era una realidad en nuestro país.

La unificación de los seguros sociales había significado un buen aporte al avance de la Seguridad Social al igual que en otros países de América Latina.

Muchas de estas ideas y hechos se plasmaron en la Constitución de 1979. Refleja toda una realidad:

CONSTITUCION DE 1979

“Art. 12.- El Estado garantiza el derecho de todos a la Seguridad Social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación.”

Se trata de un texto que recoge el más importante principio de la Seguridad Social en cuanto a la cobertura, la universalidad. Refleja la aspiración de la Constitución en tratar de llegar a su cumplimiento aún cuando sea de manera progresiva.

Pero además, se refiere al Estado. Conlleva el compromiso estatal de lograr que todos tengan acceso a la Seguridad Social, el Estado lo “garantiza”, hará todos los esfuerzos para ello. Posteriormente, revisaremos la diferencia respecto de la Constitución del 93.

En el artículo siguiente señala:

“Art. 13.- La Seguridad Social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a Ley.”

En este artículo se establecen las contingencias a que está expuesta la persona humana y que deben ser susceptibles de protección. Como se puede apreciar, el texto trata de abarcar la mayoría de las contingencias e, incluso, deja abierta la posibilidad de incorporar nuevas: “... y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a Ley.”

La constitución vuelve a los principios de la Seguridad Social, en este caso al principio de la Integridad, esto es, a tratar de cubrir todas las contingencias a que está expuesta una persona. Objetivamente, no se daba el Seguro de Desempleo, por ejemplo, no obstante-como se explica anteriormente- se trata de aspiraciones a que trata de llegar el legislador. Las Constituciones –reitero- reflejan los objetivos generales de un país que después pueden plasmarse en realidad.

“Art. 14.- Una Institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la Seguridad Social de los trabajadores y sus familiares.

Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de su creación, bajo responsabilidad.

La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado.

La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados. La ley regula su funcionamiento.

El Estado regula la actividad de otras entidades que tengan a su cargo la seguridad social de los sectores de la población no comprendidos en este artículo.”

Se refiere, siguiendo los cánones de la Seguridad Social, a que su administración debe estar a cargo de una entidad no necesariamente estatal sino “autónoma” y con participación de los sectores involucrados, vale decir, trabajadores, empleadores y Estado. Principio también de la Seguridad Social. Así fue siempre en el país aunque con la diferencia en la –decisiva- participación del Estado.

La participación del Estado –que en algunos casos se convierte en injerencia- debería ser mediadora entre los otros dos entes. Con el tiempo y la mayor importancia económica que va adquiriendo la Seguridad Social, esa participación se hace cada vez más notoria e, incluso, se traslada al Sector Privado con la supervisión del Estado.

Pero, además, el artículo se refiere a la contribución solidaria de los tres entes participativos, incluyendo al Estado, como aportante y no sólo como empleador. Recuérdese que en las leyes originales de los seguros sociales en el Perú, el Estado era incluido de esta manera, aunque pocas veces cumplió con su aporte.

Obsérvese, finalmente, que el texto constitucional de 1979 acepta la posibilidad de la participación de “... otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados.”. La participación de “otras” entidades privadas se daría con el tiempo.

En octubre de 1993, se aprobó la nueva Constitución Política con un enfoque diferente respecto de la Constitución de 1979. Todas las concepciones políticas y económicas ligadas a un Estado diferente y puestas en práctica desde los noventa se fueron incorporando dentro de la nueva Constitución Política del país que sirve de marco a las disposiciones legales que se pusieron en vigencia en los diferentes ámbitos de la vida nacional.

Dentro del aspecto específico de la seguridad social se marcaron distancias, respecto de la anterior Carta, a fin de dictar medidas de modificación sobre los más importantes regímenes y su más representativo organismo administrador.

Como se podrá apreciar, los textos constitucionales difieren, desde ya, en la amplitud de la redacción. Mientras que la del 79 es amplia, la del 93 es escueta. La del 79 trata de abordar lo máximo, la del 93 se limita a lo más importante, dejando a la ley la regulación posterior.

Corrientes constitucionales están a favor de una u otra posibilidad de redacción.

Su principal artículo indica que el Estado "reconoce" el derecho universal y progresivo a la seguridad social. Si se compara con la anterior, hay una diferencia en el papel que le corresponde al Estado. Ahora el rol del Estado será más de contralor.

"Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida."

Ya no es el Estado comprometido o "garantizador" en llevar a cabo la seguridad social, ahora es el Estado que "reconoce" constitucionalmente el derecho de los peruanos. Definitivamente se trata de una fórmula "menos comprometida". El rol social del Estado –aspecto fundamental en materia de seguridad social- ya no es el de la Constitución del 79, ahora es un Estado supervisor o –como se establece en artículos posteriores, sobre todo en la parte económica- promotor.

Eduardo Lora señala: “El reemplazo de los sistemas públicos de pensiones por sistemas de capitalización administrados por el sector privado prometía en principio reducir la injerencia del Estado en la seguridad social y, por extensión, la posible intromisión de la política en la protección de los trabajadores. No resultó ser así. El papel del Estado continúa siendo esencial para promover la afiliación, regular y supervisar el sistema, financiar los costos de transición y proveer pensiones mínimas y asistenciales. En la práctica, los papeles del Estado se han multiplicado pues siguen administrando los regímenes públicos que apenas están en proceso de unificación en la mayoría de los países (dejando regímenes separados para las Fuerzas Armadas y, en muchos casos, el sistema judicial y otros sectores).”⁷ En efecto, en nuestro caso, el Estado viene subvencionando algunas pensiones mínimas y creando bonos complementarios para determinadas pensiones de jubilación en el Sistema Privado de Pensiones.

En la segunda parte del artículo constitucional, se refiere a los riesgos o contingencias. Esta nueva Constitución deja en manos de la ley para que las "precise". Nuevamente se recurre al carácter escueto de la norma.

Agrega, además, un concepto moderno de bienestar como es la “calidad de vida”.

⁷ LORA, Eduardo... “El estado de las reformas del Estado en América Latina” 2007, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A. p. 51.

El artículo 11° establece con claridad la garantía que brinda el Estado para tener libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, y agrega "...a través de entidades públicas, privadas o mixtas.", esto es, la administración generalizada de estas prestaciones con la supervisión del Estado. Ya no es, prioritariamente, la institución pública, descentralizada, de participación tripartita (IPSS) y "otras entidades públicas y privadas".

"Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

Artículo 12.- 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.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Primera.- Los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

Segunda.- El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que este destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional."

En la Constitución de 1979 ya se observaba la posibilidad de incluir en la administración al sector privado pero con el carácter de complementario. Ahora se promueve la participación de todos los sectores. Recuérdese que la Constitución de 1993 otorga al Estado un rol fundamentalmente promotor y subsidiario en materia económica. Reconoce el pluralismo económico (artículos 58°, 59° y 60°).

Pero, de otra parte, el principio de la universalidad y su progresividad para lograrlo, se observa en los dos textos. Ambos aspiran a la protección para todos, aún cuando el respaldo económico para la ampliación de cobertura, no figura. Debe interpretarse que, como el Estado no tiene ingerencia directa en llevar a cabo la seguridad social, ese respaldo económico será responsabilidad de quien lo haga, que no es necesariamente el Estado.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 se refiere a los derechos adquiridos de los trabajadores públicos, en materia de pensiones. Esos derechos, sobre todo en los casos de los Decretos Leyes 19990 y 20530, no son

afectados aún cuando se creen nuevos regímenes sociales obligatorios. Mediante la Segunda, el Estado "garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra...".

Años más tarde, a finales de 2004 y después de un arduo debate, en el Congreso de la República y en la opinión pública sobre todo, entre la opinión pública, se modificó esta parte de la Constitución Política dirigida, sobre todo, a los pensionistas y afiliados del Decreto Ley N° 20530 así como modificando el principio de los derechos adquiridos para dar lugar a la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos.

Las circunstancias y los marcos han sido diferentes. El texto constitucional del 93 responde a otros criterios más prácticos para los fines de la nueva política emprendida. Las reformas no deben tener parámetros constitucionales que las limiten. Doctrinariamente, ya no es un Estado social, se ha alejado de él.

En materia económica, la Constitución del 93 indica que el país se rige por una "economía social de mercado" donde el Estado actúa en determinadas áreas, reconoce el pluralismo económico y realiza subsidiariamente actividad empresarial."

La Constitución de 1979 (art. N° 188°), vigente todavía en 1991, permitía que el Congreso pudiera delegar en el Ejecutivo "la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa". Precisamente en base a esta disposición se dictaron los primeros Decretos Legislativos sobre Legislación Laboral y Seguridad Social. En este último caso, se dictaron los primeros Decretos N° 718 y 724, sobre sistema privados de salud y pensiones, respectivamente, que no llegaron a entrar en vigencia. Disposición similar se reitera en la actual Constitución Política de 1993, en su artículo N° 104.

En la actualidad, la gran mayoría de los países han incluido en sus Constituciones Políticas textos relativos a la protección de la persona humana por parte de la Seguridad Social. Indudablemente, los textos recientes tendrán un contenido más moderno y teniendo en cuenta la calidad de derecho fundamental que se le ha asignado.

Muchas de ellas consideran la Seguridad Social como un derecho social y lo ubican dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual no obsta que sea considerado como un derecho fundamental.

Otros incluyen en su texto los principios de la Seguridad Social, principalmente, los de universalidad, de integridad, de solidaridad, aún cuando en algunas de ellas se deja en claro la posibilidad de participación del sector privado. En otras se establece como garantía del estado en esa participación.

Es decir, se configura la participación o el rol del Estado de diversas maneras pero siempre respetando la Seguridad Social como herramienta importante de protección social.

Más adelante, se podrá observar en este trabajo, un comentario sobre algunas Constituciones Políticas y su trato respecto de la Seguridad Social.

4.2 LA JUBILACIÓN EN LOS MÁS IMPORTANTES SISTEMAS DE PENSIONES.

4.2.1 EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

UN ANTECEDENTE: EL SEGURO SOCIAL OBRERO

En nuestro país, el inicio de los seguros sociales se produce el 12 de agosto de 1936, durante el gobierno de Oscar R. Benavides, en que se promulgó la primera ley sobre la materia siendo Ministro de Salud el doctor Fortunato Quesada. Sin embargo, la Ley N° 8433 creando el Seguro Social Obrero no entró en vigencia sino hasta enero de 1941 en que se inaugura el nosocomio que se denominaría Hospital Obrero de Lima, posteriormente Hospital N° 1 por los años 70 (el Hospital del Empleado pasó a ser el N° 2) y por los años 80 Hospital Nacional Guillermo Almenara Yrigoyen. El ente administrador del Seguro Social Obrero era la Caja Nacional de Seguro Social.

Es importante recordar que al 12 de agosto de 1936 sólo existían ideas y aspiraciones en torno a la Seguridad Social, mas no acciones concretas sobre ella. Se interpreta que ese hecho fue el principal obstáculo para la vigencia plena de la norma y el inicio de las operaciones –léase descuentos de remuneraciones- del nuevo Seguro Social. Tanto empleadores como trabajadores se opusieron a su plena vigencia.

La Ley N° 8433 cubría los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte y estableció dos tipos de asegurados: **obligatorios y no obligatorios**. Dentro de los primeros estaban “todas las personas de uno u otro sexo, menores de 60 años de edad, que trabajan habitualmente bajo la dependencia de un patrono sea este persona natural o jurídica, de derecho público o privado, siempre que su salario anual no exceda de 3,000.00 soles oro” (artículo 2º, inciso a). Dentro de los asegurados no obligatorios se encontraban “las personas comprendidas en la Ley N° 4916”, esto es, los empleados que como no estaban obligados a pertenecer al nuevo seguro, podían hacerlo facultativamente pero, en su gran mayoría, no lo hicieron.

Sin embargo, el nuevo seguro social no comprendía la totalidad del territorio nacional:

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- El Poder Ejecutivo determinará los departamentos o provincias de la República en los que se aplicará de inmediato el seguro social obligatorio, teniendo en cuenta su desarrollo industrial, situación geográfica y la posibilidad del establecimiento de los servicios del Seguro.

Igualmente determinará el Poder Ejecutivo la fecha en que comenzará la cobranza de las cuotas de los patronos y obreros.

Los impuestos creados a favor del Seguro Social Obligatorio se recaudará a partir de la promulgación de la presente ley.”

Fue así que, inicialmente, el nuevo Seguro Social se aplicó a determinados lugares del país y de manera paulatina se fue ampliando a otros. Obsérvese que la última parte de la norma se refiere a los “impuestos” creados como recursos del Seguro a cargo del Estado, las Municipalidades, compañías fiscalizadas, así como el impuesto al tabaco y al consumo de “alcoholes y bebidas alcohólicas”.

Es bueno recordar también que el financiamiento (artículo 7º) estaba constituido, además de las cuotas de asegurados y de los patronos, por la cuota del Estado, la misma que estaba constituida por el 1%. El asegurado aportaba el 2.5% y el patrono el 4.5%. Todos estos porcentajes eran calculados de los salarios de los trabajadores, según categorías de ingresos que iban hasta 6.

Además, eran parte del financiamiento: un impuesto del 1% sobre el valor de las cancelaciones o pagos que haga el estado, los Consejos Municipales y las Compañías Fiscalizadas, con excepción de los servicios de las deudas externa e interna, subvenciones a instituciones de beneficencia o de instrucción gratuita, emolumentos, sueldos, pensiones y jornales. También un Impuesto adicional al tabaco, del 2%.

Y, por último, un impuesto adicional al consumo de alcoholes y bebidas alcohólicas, equivalente al 2%.

Téngase presente, en este caso, la participación directa del Estado, como ente no sólo propiciador del naciente Seguro Social sino como aportante directo, así como la sociedad en general, con los impuestos a determinados productos. Es decir, un Estado netamente participativo, con aporte específico, además de su condición de empleador. La Constitución de 1979 también establece esta obligación.

Además, la ley autorizó al Poder Ejecutivo a “conceder a la Caja Nacional de Seguro Social un préstamo no mayor de “100,000 soles oro para que atienda a los primeros

gastos de su instalación.” El mismo que se “reembolsará en el plazo de un año” (Segunda Disposición Transitoria de la Ley).

Evidentemente, estamos frente a un Estado de Bienestar, propio de la época y con los recursos suficientes, en el que se desea lograr la mayor protección para sus ciudadanos.

No obstante, la administración se basa en el tripartismo y en el Consejo Directivo de la Caja Nacional de Seguro Social, encargada de su administración están representados los tres estamentos: El Ministro de Salud Pública que lo presidirá; el Director de Previsión Social; el Director General de Salubridad; dos representantes de los asegurados; dos representantes de los patronos; un médico designado por la Facultad de Medicina; y, el Gerente General de la Caja Nacional de Seguro Social (Artículo 55° de la Ley N° 8433).

Las prestaciones por enfermedad eran las siguientes:

- a) Asistencia médica general y especial;
- b) Asistencia hospitalaria;
- c) Servicio de farmacia; y,
- d) Subsidios en dinero.

Art. 28° de la Ley N° 8433.

Para el riesgo de maternidad, se otorgaban las tres primeras prestaciones “en el curso de la preñez, en el parto y en el puerperio...”, siempre que las aseguradas tengan “cuando menos 4 imposiciones semanales en los 90 días anteriores al parto.” (Artículo 34° de la Ley).

La pensión de vejez se otorgaba al asegurado que haya cumplido 60 años de edad y que tenga por lo menos 1,040 imposiciones semanales. Era equivalente al 40% de su salario o renta obtenida en los últimos 5 años y se aumentaba en 2% por cada 100 imposiciones semanales más. Se otorgaba también incremento por cónyuge mayor de 60 años de edad o inválido e hijos menores de 14 años de edad o inválidos a su cargo.

En 1961, el Seguro Social Obrero que venía operando desde 1941, amplió su ámbito de protección al promulgarse la Ley 13640 (21 de abril de 1961) que creara el Fondo de Jubilación Obrera y que reformó, sobre todo, las prestaciones relativas a los riesgos de vejez y muerte y dispuso su aplicación a los obreros de todo el país.

La población peruana fue creciendo con el tiempo. En 1940 estaba compuesta por 7 millones 23 mil habitantes; en 1961, 10 millones 420 mil; en 1972, 14 millones 122 mil; y, en 1981, 17 millones 762 mil habitantes.

La elección, en 1945, de José Luis Bustamante y Rivero abrió las puertas de la democracia en el país. Encabezó el Frente Democrático Nacional. En el Congreso tienen acogida diversos sectores políticos, sobre todo, de la pequeña burguesía.

La producción industrial continuó su crecimiento. El proceso migratorio se va incrementando producto, precisamente, de ese crecimiento industrial.

A partir de 1940, el movimiento sindical se encontraba en plena actividad. El 1 de mayo de 1944 se funda la Confederación de Trabajadores del Perú, CTP, cuyo primer secretario general fue Juan P. Luna, después reemplazado por Arturo Sabroso Montoya. En 1945 se funda la Federación de Trabajadores Azucareros; en 1946, la Federación General de Empleados; y, en 1947 la Federación Campesina del Perú. En 1947, se produjeron huelgas de los empleados bancarios, de trabajadores de construcción civil, del Sindicato Único de Trabajadores de Autobuses y la Federación de Choferes del Perú y de la Unión Sindical de Trabajadores de Lima.⁸

El 27 de octubre de 1948, es derrocado el presidente José Luis Bustamante y Rivero por el general Manuel A. Odría quien impulsa obras sociales e incentiva la actividad de la administración pública. Baltasar Caravedo señala al respecto que los gastos del sector público aumentaron notoriamente y que el "... patrón del gasto público puede señalar la naturaleza del gobierno del Ochenio. De un lado, el avance de la influencia aprista y comunista en el movimiento popular lo mueven a la represión mas desembozada. De otro, intenta ganar apoyo en sectores populares. Esta ausencia de definición lo lleva al enfrentamiento con los exportadores, aunque las alianzas políticas con este sector sólo se romperán definitivamente en 1955."⁹

Durante estos años, los préstamos agrarios e industriales se incentivaron, se produjeron cinco devaluaciones, las exportaciones no se desarrollaron como en etapas anteriores y la migración hacia Lima fue cada vez mayor. Aunque en menor grado, también se produjeron migraciones hacia Arequipa, Chiclayo, Trujillo, Cusco y Piura.

LUEGO, EL SEGURO SOCIAL DEL EMPLEADO

El 19 de noviembre de 1948, precisamente durante el gobierno de Manuel A. Odría, se promulga el Decreto Ley N° 10902 creando el Seguro Social del Empleado y se dicta un Estatuto Provisorio que se consolida más adelante –el 11 de julio de 1962-. Si bien, la norma original indica que cubre los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez

⁸ BASOMBRÍO Carlos y SAGÁSTEGUI, Wilson... "El Movimiento Obrero. Historia Gráfica" N° 3, Asociación de Publicaciones Educativas Tarea, Lima, 12 de diciembre de 1982.

⁹ CARAVEDO MOLINARI, Baltasar, Economía, producción y trabajo (Perú, siglo XX) en Historia del Perú, Perú Republicano, tomo VIII, editorial Juan Mejía Baca Cuarta edición, noviembre 1982; 594 pp; p. 246.

y fallecimiento, inicialmente sólo comprendía prestaciones de salud. A partir de 1962, al entrar en plena vigencia la Ley N° 13724, también incluyó las pensiones.

Para los efectos de pensiones, comprendía a: Empleados particulares; empleados públicos; y, personas que deseaban continuar en el Seguro Social.

Uno de los aspectos importantes del Seguro Social del Empleado fue la determinación legal de invertir sus fondos de reservas “a largo plazo” y uno de ellos en préstamos hipotecarios, esto es, que los asegurados empleados tenían la posibilidad de solicitar dichos préstamos para viviendas.

En el ámbito de pensiones, otorgaba:

- Pensión de invalidez.
- Pensión de vejez.
- Pensión de jubilación.
- Pensiones de sobrevivientes (viudedad, orfandad y ascendientes)
- Asignaciones de sepelio, vejez, etc.
- Capital de Defunción.

La pensión de vejez, se otorgaba al cumplimiento de los siguientes requisitos: Edad, los asegurados (hombres) a partir de los 60 años y aseguradas (mujeres) a partir de los 55 años de edad; aportaciones, 180 meses asegurados; y, que no perciban pensión de invalidez (Artículo 100° de la Ley N° 13724).

Se establecía también que la pensión de vejez es incompatible con el desarrollo de “empleo lucrativo”. De ser así, el pensionista debería comunicar al Seguro Social del Empleado para suspender su pensión.

Se otorgaba asignaciones de invalidez, vejez y muerte, según se diera el caso. De tratarse de una asignación de vejez, el artículo 109° de la Ley N° 13724, establecía que el asegurado debería acreditar, por lo menos 6 aportaciones dentro de los últimos 36 anteriores a la fecha del cese laboral y, evidentemente, contar con 60 años de edad, si fuera hombre o 55 años de edad, si fuera mujer.

La Ley consideró la prescripción del derecho del asegurado a solicitar las pensiones y las asignaciones. El derecho a solicitar pensiones caducaba a los 5 años de haberse generado el derecho y las asignaciones a los 3 años.

Se estableció también las condiciones en las que el asegurado empleado podía acumular sus aportaciones efectuadas en calidad de obrero con las de empleado, si hubiere sido el

caso, y para el otorgamiento de una vejez en éste régimen del Seguro Social del Empleado. Este aspecto resultó importante si tenemos en cuenta que durante esos años se producían las constantes modificaciones en la situación laboral de un trabajador, cuando un trabajador, siendo obrero, era “promocionado” a la condición de empleado.

Paralelamente a los dos grandes seguros sociales, Seguro Social Obrero y Seguro Social del Empleado, se crearon los llamados regímenes especiales como:

- La Caja de Retiro y Previsión Social de los Profesionales del Turf, dispuesta por Resolución Ministerial N° 1060-145 del 22 de agosto de 1947. Posteriormente, se crearía el Fondo de Previsión Social para servidores del Jockey Club, mediante Ley N° 15224 (artículo 10) del 23 de noviembre de 1964.
- La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (Decreto Supremo N° 01 del 22 de enero de 1965). Inicialmente, fue una Caja destinada a otorgar indemnizaciones (Caja de Beneficios Sociales del Pescador), pero luego fue ampliando sus funciones hasta convertirse en una entidad de Seguridad Social plena con áreas de pensiones, salud y compensaciones, y con participación de sus entes directos como los armadores y pescadores en sus órganos de dirección.
- El Fondo de Retiro del Chofer Profesional Independiente (Ley N° 16124 del 6 de mayo de 1966). Posteriormente, al ser desaparecido, sus aportes fueron considerados, bajo condiciones especiales, para los derechos dentro del Sistema Nacional de Pensiones (Ley N° 24827 del 2 de junio de 1988). Estas condiciones fueron las que establecía el reglamento de la Ley N° 13640, del Fondo de Jubilación Obrera.
- El Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Decreto Ley N° 18846, que le encargó la administración a la entonces Caja Nacional de Seguro Social, luego a Seguro Social del Perú y al Instituto Peruano de Seguridad Social).
- El Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, FEJEP (Decreto Ley N° 17262).

Continuaba vigente el Régimen de Pensiones de los Empleados Públicos (Jubilación, Cesantía y Montepío) que posteriormente se convertiría en el Decreto Ley N° 20530.

Anteriormente se había promulgado otra de las disposiciones legales importantes como la Ley N° 10624 del 10 de julio de 1946 –dictada durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero y anterior a la Ley N° 13724 del Seguro Social del Empleado- que estableció un régimen de jubilación para los empleados particulares de determinadas

empresas (bancarias, comerciales, industriales, agrícolas o mineras). Las pensiones eran otorgadas y abonadas por las mismas empresas:

Ley N° 10624

“Artículo Único.- Las entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras, con capital de mas de dos millones de soles oro, jubilarán con sueldo íntegro a sus empleados que tengan 40 años de servicios, sin que pierdan el derecho a su indemnizaciones, conforme a las leyes vigentes.”

Como se puede apreciar, se trataba de un sistema basado únicamente en el cumplimiento de un requisito: el tiempo de servicios a una empresa. Años más tarde, la Ley N° 11013 modificó el tiempo de servicios a 35 años de servicios e incorporó la posibilidad de un derecho a pensión de invalidez cuando tuvieran más de 30 y menos de 35 años de servicios. Se posibilitó también al acumulación del tiempo de servicios como obrero.

La Ley N° 15026 del 30 de abril de 1964 incluyó dentro de éstas empresas a los “centros sociales, deportivos, culturales y benéficos, y en general de las entidades que no persigan fines de lucro”.

Y, finalmente, en 1964, la Ley 15144, redujo el plazo para adquirir ese derecho a 30 años de servicios (varones) y 25 (mujeres).¹⁰

En base a éste régimen, muchas empresas otorgaron y pagaron pensiones de jubilación a sus empleados, de manera directa. Incluso el pago se ha prolongado a personas hasta la fecha.

EL FEJEP

Posteriormente, este sistema a cargo del empleador, fue sustituido por el Decreto Ley N° 17262, Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (FEJEP), del 29 de noviembre de 1968 (ya con el gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado), con una efímera vigencia y que, finalmente, fue incluido en el Sistema Nacional de Pensiones:

“Artículo 1°.- A partir de la fecha de promulgación del presente Decreto-Ley el beneficio de Jubilación de los Empleados comprendidos en la Ley N° 10624,

¹⁰ Respecto del tema, ver NUGENT, Ricardo, “El régimen legal sobre jubilación de los empleados particulares y la necesidad de su revisión”, en “Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, p. 105 y siguientes.

ampliatorias y complementarias, actualmente en servicio, se regirá por las disposiciones contenidas en este Estatuto y su Reglamento.”

Decreto Ley N° 17262

Este régimen es independiente del establecido por la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado.

Artículo 2°.- Créase el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, destinado al pago de las pensiones de jubilación a los empleados a que se refiere el artículo anterior, el que será administrado por el Seguro Social del Empleado a través del Consejo Directivo y Autoridades Administrativa de su Caja de Pensiones.”

El FEJEP, disponía el otorgamiento y pago de pensiones de jubilación –no otorgaba pensiones de invalidez ni de sobrevivientes- para los empleados “actualmente en actividad regidos por la Ley N° 4916, ingresados antes del 11 de julio de 1962, al servicio de empresas con capital de más de dos millones de soles... siempre que alcancen:

- a) Los Empleados de 25 o más años de servicios al mismo empleador; y,
- b) Las empleadas de 20 o más años de servicios al mismo empleador.”

Los empleados que ingresaron a partir del 11 de julio de 1962, se incorporaron a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, entonces de reciente creación.

El Decreto Ley N° 17262 dispuso que, en caso que el empleado terminara su contrato por quiebra, disolución o despedida sin beneficios sociales y fuera contratado con posterioridad a la vigencia de esta norma por otro empleador, se sumará los periodos de ambos empleadores. Igualmente, se suman los periodos si el empleado antes hubiere tenido la calidad de obrero y hubiere pasado a empleado antes de la vigencia del Decreto Ley.

El Fondo se financiaba con el aporte íntegro del empleador y la pensión se calculaba en base a treinta avas o veinticinco avas partes, según fueran hombres o mujeres, con un monto máximo de 36 mil soles de entonces, que significaba el triple del sueldo máximo que establecía la Ley N° 13724, del Seguro Social del Empleado. Si el monto de la pensión era mayor, la diferencia era asumida por el empleador hasta el límite de otro sueldo máximo de la Ley N° 13724.

Su administración estaba a cargo del Seguro Social del Empleado y su Consejo de Administración.¹¹

Al promulgarse el Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones, los empleados comprendidos en el FEJEP debieron decidir por una de las siguientes opciones:

- Acogerse al Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones; o,
- Solicitar su jubilación de acuerdo al Decreto Ley N° 17262, del FEJEP.

De no ejercitar su opción hasta el 17 de setiembre de 1974, se le consideraba automáticamente comprendido en el Sistema Nacional de Pensiones.

Si se acogía al Sistema Nacional de Pensiones, el empleado continuaba laborando y al cumplir los requisitos podía solicitar su pensión de jubilación, la misma que era calculada de acuerdo a sus últimas remuneraciones pero considerando solo las aportaciones a partir del mes de octubre de 1962, igual que los demás empleados comprendidos en el Seguro Social del Empleado.

Si optaba por el FEJEP, se calculaba su pensión en este régimen, considerando la totalidad del tiempo de servicios –incluso anteriores a octubre de 1962- y la misma quedaba suspendida, en tanto el empleado continuaba laborando. Al cesar en su trabajo tenía una segunda opción, de optar por la pensión, suspendida, del FEJEP o la pensión que le podría corresponder por el Sistema Nacional de Pensiones. Sus beneficios eran abonados a través de la administración a cargo del Seguro Social del Perú y, luego, del Instituto Peruano de Seguridad Social.

Finalmente, los pensionistas del FEJEP quedaron incorporados al Sistema Nacional de Pensiones mediante Decreto Ley N° 22847, a partir 1 de enero de 1980.

El FEJEP no otorgaba pensiones de sobrevivientes. Como quiera que la Décimo Tercera Disposición del Decreto Ley N° 19990 establecía que los pensionistas del Decreto Ley N° 17262 podían acogerse al Seguro Facultativo para generar éstas pensiones en caso de fallecimiento del titular, al promulgarse el Decreto Ley N° 22847 dejaron de tener esa obligación en tanto su incorporación significaba acceder a los derechos que reconocía el Sistema Nacional de Pensiones, entre ellos, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes.

¹¹ NUGENT, Ricardo. Ob. cit. P. 131 y siguientes.

4.2.1.1 CREACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

La situación política en nuestro país va a cambiar radicalmente en 1968. A partir del 3 de octubre de 1968, asume el poder Juan Velasco Alvarado, general del Ejército peruano quien daría un golpe de Estado al arquitecto Fernando Belaúnde Terry y sería presidente de la República hasta 1975 en que es derrocado por su similar en grado, Francisco Morales Bermúdez, quien a su vez, gobernó hasta julio de 1980, en la denominada “segunda fase”.

Es importante anotar que este nuevo gobierno militar de 1968 se enmarcó dentro de un conjunto de situaciones similares que se presentaron en esa época en América Latina y a los que, en su mayoría, se les llamó el “nuevo militarismo” o “gobiernos nacionalistas modernizadores”. Para algunos estudiosos como Gianfranco Pasquino, citado por Mario Esteban Carranza, las Fuerzas Armadas se habían convertido en “gestoras directas y autónomas del Poder” con lo que habrían dejado de ser “el brazo armado” de la “clase media”.¹²

Se trató pues de un proceso de politización por el que pasaron determinadas instituciones militares de América Latina y en el cambio de la profesión militar. A ello se une la crisis ideológica en algunos países que generó una reformulación por parte de los militares desde sus reformados centros de estudios.

Con el golpe militar de 1968, se produjo un cambio en los aspectos políticos, sociales y económicos del país. Se adoptaron decisiones fundamentales para la marcha del país. Se dictaron leyes de nacionalización de la minería, del petróleo, de reforma agraria, se expropiaron los diarios de mayor importancia, se creó la comunidad industrial, entre otras medidas. El Estado asumió la mayoría de los aspectos de la producción en el país.

Carlos Delgado, uno de los ideólogos mas importantes del gobierno militar instaurado en 1968 explica que “En realidad la Revolución Peruana no surgió contra un determinado gobierno no contra un determinado partido o conjunto de partidos; sino que surgió como un cuestionamiento fundamental a todo el conjunto de nuestra sociedad... esta revolución significa el cuestionamiento de un sistema... De otra manera el proceso no podría ser una transformación estructural de la sociedad peruana... es decir, ésta no sería una revolución sino un conjunto de reformas incrementales del sistema tradicional.”¹³

¹² CARRANZA, Mario Esteban... “Fuerzas Armadas y estado de excepción en América Latina”; Siglo veintiuno editores, primera edición, 1978, pag. 11.

¹³ DELGADO, Carlos... “Revolución Peruana, autonomía y deslindes”, Libros de contratiempo, Librería Studium, Lima, 1975, Exposición ante los jueces de tierras del Fuero Agrario, setiembre de 1973, pag. 128.

El gobierno militar fue el inicio de una nueva etapa en el desarrollo político y económico en el país. Todas las actividades productivas fueron materia de análisis y propuestas de cambio desde el mismo gobierno. Para ello, los militares llamaron a técnicos, especialistas e intelectuales destacados del país.

Propuso –según Carlos Delgado- “no la propiedad estatal como predominante para reestructurar un aparato económico que siempre funcionó en base a la actividad privada, sino la propiedad social, directa de los trabajadores, como el fundamento de la futura organización económica del Perú. Mas no se trata de exclusivismos absolutos: dentro de un cuadro de claro pluralismo económico, nuestra revolución postula el predominio del sector de la propiedad social y no la obliteración de otras formas de propiedad que la revolución reconoce.”¹⁴

La Seguridad Social también fue materia de estudio y revisión. Una comisión de especialistas designada específicamente propuso, en primer lugar, la unificación de los regímenes más importantes, el ex Seguro Social Obrero y el ex Seguro Social del Empleado, en una sola institución y con regímenes de prestaciones iguales para los dos grandes grupos de trabajadores del país.

En ese contexto, se promulga el Decreto Ley N° 19990 el 24 de abril de 1973 y entra en vigencia el 1 de mayo de ese año. Es parte del proceso de reformas institucionales llevadas a cabo por el gobierno militar y que, en el presente caso, se plasmó unificando los regímenes de pensiones del Seguro Social Obrero y Seguro Social del Empleado, además de dictar normas específicas sobre el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (Decreto Ley N° 17262) que provenía de 1968.

También se dictaron disposiciones legales relativas a las prestaciones de salud (Decreto Ley N° 22482) y sobre Inscripción y Recaudación (Decreto Ley 20808). La unificación de los regímenes de prestaciones de salud (Decreto Ley N° 22482), iniciada en 1979, tomó un tiempo mayor puesto que se trataba de establecer las prestaciones asistenciales de manera igualitaria e indiscriminada en los entes asistenciales de cada uno de los dos seguros sociales, en todo el país. Incluso hubo resistencia de ambos grupos hasta que se logró la integración.

Además, continuaban algunos regímenes en función a las actividades económicas para las que fueron creadas anteriormente y los fondos mutualistas profesionales como los del Colegio de Abogados, el de los periodistas y las atenciones médicas de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

¹⁴ Ibidem; p. 214.

Como indica el doctor Jorge Rendón Vásquez, “la marcha hacia la unificación debía comprender no sólo medidas organizativas, sino sobre todo inherentes a las prestaciones...” de allí que se dictaran normas relativas a la organización del nuevo Seguro Social unificado (partiendo de un Consejo Directivo Único) y, además, las que correspondían a las prestaciones de salud y pensiones, también unificados y provenientes de los ex Seguros Sociales del obrero y del empleado.¹⁵ El proceso de unificación administrativa, en la práctica, duró algunos años más para consolidarse a nivel nacional, sobre todo, en su organización asistencial. Inicialmente, hubo resistencia de los dos grupos de trabajadores –obreros y empleados- en asistir indistintamente a los dos hospitales de cada uno de ellos –Hospital Obrero de Lima y Hospital del Empleado.

Estas dificultades comprendieron también la unificación de la organización administrativa pues cada Seguro Social tenía sus propias oficinas en distintos lugares del país. Finalmente, el Seguro Social del Perú salió adelante integrándose ambos cuerpos asistenciales y administrativos.

El Sistema Nacional de Pensiones, significó un avance en materia de Seguridad Social en América Latina en tanto estableció nuevas formas de financiamiento, unificó los aportes de grupos de trabajadores obrero y empleado que diferenciaban sus formas de incorporarse, igualó los requisitos para todos los trabajadores, creó nuevas formas de cálculo de beneficios, dejó de lado injusticias como prescripciones para el pedido de los derechos adquiridos, entre otros.

El Sistema Nacional de Pensiones dio muestras de solidaridad entre los trabajadores del país. Las injustas desigualdades que se venían dando entre los sistemas de obreros y empleados se dejaron de lado. Incluso, el propio texto de la norma elimina la denominación de obreros y empleados para llamarlos simplemente asegurados o trabajadores.

El proceso de unificación de los seguros sociales, en la década del 70, comprendió también el ámbito administrativo. Mediante Decreto Ley N° 20212 del 6 de noviembre de 1973, se crea Seguro Social del Perú:

“Artículo 1º.- Créase “SEGURO SOCIAL DEL PERU” como Institución Pública Descentralizada del Sector Trabajo con personería jurídica de derecho público interno, en base a la Caja Nacional de Seguro Social, al Seguro Social

¹⁵ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge ... “Derecho de la Seguridad Social” Cuarta Edición, p. 65 y ss. El doctor Rendón hace una bien documentada descripción del proceso de unificación llevado a cabo en los años setenta partiendo de un Plan de Seguridad Social incluido en el Plan Inca del Gobierno Revolucionario de entonces a fin de lograr que sea “generalizada para toda la población”. Señala también que la Seguridad Social estuvo dentro de los planes de reformas que se suscitaron en diferentes ámbitos de la vida nacional y que sus normas partieron del entonces Ministerio de Trabajo.

del Empleado y a la Caja Nacional de Pensiones, Instituciones que por el presente Decreto Ley quedan fusionadas.

SEGURO SOCIAL DEL PERU, asume las funciones, atribuciones, derechos, obligaciones y patrimonio de las tres indicadas Instituciones.”

Esta nueva institución sería la encargada de administrar los sistemas de prestaciones de salud, de pensiones y otros regímenes de pensiones así como los fondos y regímenes de derechos sociales que se le encomendaran.

La característica fundamental de la institución fue la participación del Estado, de los trabajadores y de los empleadores, en su órgano máximo, el Consejo Directivo y en el Comité de Vigilancia.

Posteriormente, el 16 de julio de 1980, poco tiempo antes de instalarse el nuevo gobierno del presidente Fernando Belaúnde, se promulgaría el Decreto Ley N° 23161, creando el Instituto Peruano de Seguridad Social:

“Artículo 1°.- Créase el Instituto Peruano de Seguridad Social como institución autónoma y descentralizada, con autonomía técnica, económica y administrativa, con personería jurídica de derecho público interno, que tiene a su cargo cubrir a los asegurados y sus familiares contra los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, accidente, vejez y muerte, y contra cualquier otra situación factible de ser amparada y señalada por ley, así como la extensión de la cobertura a otros grupos de población aún no protegidos. El Instituto propende también a la realización social de los asegurados y sus familiares.

La vinculación del Instituto Peruano de Seguridad Social con el Poder Ejecutivo se realizará a través de la Presidencia del Consejo de Ministros.”

Esta institución asumió las funciones, atribuciones, derechos, obligaciones y patrimonio del entonces Seguro Social del Perú. Se reitera la característica fundamental de las entidades de Seguridad Social, es decir, que tanto en su Directorio como en el Comité de Vigilancia (Órgano de Fiscalización) deberían estar representados el Estado, los trabajadores y los empleadores.

El Instituto Peruano de Seguridad Social tuvo a su cargo el Sistema Nacional de Pensiones, el Régimen de Prestaciones de Salud de la Seguridad Social, y los denominados regímenes especiales: Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, FEJEP, Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales,

Fondo de Retiro del Chofer Profesional Independiente y Fondo de Derechos Sociales del Artista.

Tiempo después se dictaría la Ley N° 24786, Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social, en donde se ratifica el carácter autónomo del IPSS y se refiere a diferentes aspectos de su funcionamiento como el ámbito de aplicación, su organización y administración, la administración de las prestaciones, el régimen económico y financiero, y el régimen de personal. La norma fue publicada en el diario oficial el 29 de diciembre de 1987. Y años más tarde, el 29 de enero de 1999, se promulgaría la Ley N° 27056 que crearía el Seguro Social de Salud en reemplazo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

En 1992 y también durante la última etapa de la reforma de la Seguridad Social, se aprobaría el Decreto Ley N° 25967 creándose la Oficina de Normalización Previsional, ONP, y desligando la administración del Sistema Nacional de Pensiones del entonces IPSS. Después de una paulatina transferencia, la plena vigencia de ésta nueva institución se produciría en 1995.

Con ello y teniendo en cuenta que la ONP depende directamente del Ministerio de Economía y Finanzas, se pondría fin a una de las características de la Seguridad Social tradicional, esto es, la participación del Estado, trabajadores y empleadores, en su entes de dirección y de vigilancia.

El cuarto considerando del Decreto Ley N° 19990 contiene uno de sus objetivos:

"Que, es necesario establecer un sistema que, además de eliminar injustas desigualdades, corrija las deficiencias en las prestaciones y en el financiamiento de los distintos regímenes de pensiones, con miras a brindar una protección mas amplia y adecuada a los trabajadores;"

4.2.1.2 CAMPO DE APLICACIÓN

En cuanto a su campo de aplicación, el Decreto Ley N° 19990 indicó:

"Artículo 3°.- Son asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, con la excepción a que se refiere el artículo 5o., los siguientes:

- a) Los trabajadores que prestan servicios bajo el régimen de la actividad privada a empleadores particulares, cualesquiera que sean la duración del contrato y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;

- b) Los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley No.11377 o de la actividad privada que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley ingrese a prestar servicios en el Poder Judicial, en el Servicio Diplomático y en el Magisterio;
- c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares;
- d) Los trabajadores al servicio del hogar;
- e) Los trabajadores artistas; y
- f) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema por Decreto Supremo, previo informe del Consejo Directivo del Seguro Social del Perú.”

La designación de los asegurados obligatorios es clara. En primer lugar, están todos los trabajadores de la actividad privada que laboran bajo cualquier modalidad y sin tener en cuenta el tiempo de trabajo por día, semana o mes. No hace distinción, lo cual significa que están incluidos todos los trabajadores que prueben la relación laboral, excepto los que, por ejemplo, brindan servicios profesionales en cuya relación laboral no se presentan los elementos constitutivos del contrato de trabajo. La relación de dependencia laboral es indispensable para obtener la calidad de asegurados obligatorios, esto es, al que está normada por las disposiciones laborales y no las del Código Civil.

Vale recordar que en nuestro país coexisten dos regímenes laborales: régimen laboral privado (antes Ley 4916 y luego Decreto Legislativo 728) y régimen laboral público (antes Ley 11377 y luego Decreto Legislativo 276). En éste último, al que ahora pertenecen pocos trabajadores, se encuentran los empleados que trabajan para alguna entidad del Poder Ejecutivo, de entidades autónomas o entidades descentralizadas. A partir del 2000, éste régimen perdió vigencia en parte al ponerse en práctica una política de reducción del aparato estatal, de trasladar a los que quedaban, al régimen laboral privado, y en implantar nuevas formas de contratación laboral basadas en el régimen privado.

El Decreto Ley N° 19990, comprende a los trabajadores de la actividad pública que no pertenezcan al Decreto Ley N° 20530, régimen de pensiones de los empleados públicos. El principio general era que los empleados públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962 se encontraban comprendidos en el 20530. No obstante ser éste un régimen cerrado, paulatinamente se fueron incorporando a otros grupos de empleados públicos en fechas posteriores.

Con el tiempo se fueron excluyendo del Sistema Nacional de Pensiones algunos grupos de trabajadores como los ejecutivos de Bancos Multinacionales (Decreto Ley 21951), los integrantes del Servicio Diplomático (Decreto Ley 22150, del 25 de abril de 1978), los maestros, los miembros del Poder Judicial y, como se indica, un buen grupo de empleados públicos.

Los trabajadores del hogar, según definición del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, son aquellos que "se dedican en forma habitual y continua a labores de limpieza, cocina, asistencia a la familia y demás propias de la conservación de una casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares, y con un mínimo de cuatro horas diarias y veinticuatro semanales." (Artículo 2° del Reglamento)

Los artistas tienen un Fondo de Derechos Sociales administrado también por el IPSS, pero para los efectos del Sistema Nacional de Pensiones fueron incorporados -primero- al Seguro Social del Empleado, mediante el Decreto Ley que creó dicho Fondo, el 19479 del 25 de julio de 1972 (antes del Sistema Nacional de Pensiones) y ratificado luego por el inciso e) del 19990.

Asimismo, al amparo del inciso f) se han incorporado:

- Los deportistas profesionales que también tienen un Fondo de Derechos Sociales que nunca se puso en vigencia. El Decreto Ley N° 21241 del 12 de agosto de 1975 creó el Fondo de Derechos Sociales del Deportista Profesional con aporte propio y debería brindar compensación por tiempo de servicios y vacaciones. No obstante, además de ello, el artículo 1° estableció que quedaban "comprendidos como asegurados obligatorios a los efectos de gozar de los beneficios de la seguridad social, de la Ley N° 13724 y Decreto Ley N° 19990, ampliatorias y modificatorias."

Al referirse a la Ley N° 13724 se refería a las prestaciones de salud del ex Seguro Social del Empleado, comprendido luego en el Decreto Ley N° 22482 que unificó estas prestaciones de los obreros y empleados y, posteriormente, a la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, actualmente vigente.

- Las amas de casa y madres de familia, según Ley N° 24705 del 22 de junio de 1987. De acuerdo a esta norma, ellas tienen la calidad de trabajadoras independientes y "en consecuencia, derecho a ser incorporadas en los regímenes de prestaciones de salud y de pensiones del sistema de seguridad social y se incorporarán facultativamente, en cualesquiera o ambos de los regímenes de prestaciones de acuerdo al interés del ama de casa.

Asimismo, podrán asegurarse sólo para las prestaciones asistenciales, sin derecho a la prestación, en cuyo caso, aportarán sólo el 5% de la remuneración que

corresponda.” (artículo 2° de la Ley). Incluso, se dispone que podían acceder al entonces régimen especial de jubilación si hubieren nacido antes del 1 de julio de 1936, esto es, obtener derecho a la pensión de jubilación con un mínimo de 5 años completos de aportaciones y 55 años de edad.

- Los choferes profesionales independientes que anteriormente pertenecían al Fondo de Retiro del Chofer Profesional Independiente.

Posteriormente, se incorporó también a los pensionistas del ex Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, FEJEP (Decreto Ley 22847) y a los Bomberos (Decreto Legislativo 324).

De otro lado, la modalidad de Seguros Facultativos fue una forma de ampliar la cobertura e incorporar a determinados grupos de sectores de la vida nacional que no tenían protección social como es el caso específico de los trabajadores independientes o aquellos que ya no laboran con relación de dependencia. El Sistema Nacional de Pensiones estableció dos modalidades que hasta la fecha se mantienen:

- Asegurados de continuación facultativa, es decir, quienes han aportado por lo menos 18 meses en calidad de obligatorios y se inscriben en esta modalidad dentro de los 6 meses siguientes al cese laboral; y,
- Asegurados facultativos independientes, cualquier trabajador que realice una actividad económica independiente.

Actualmente, el trabajador debe solicitar personalmente su inscripción al Sistema Nacional de Pensiones dentro de los 10 días siguientes al inicio de la relación laboral, pues en caso de no hacerlo, el empleador lo inscribirá en la AFP en la que se encuentra la mayoría de los demás trabajadores. La Ley N° 28991 estableció que, luego que el trabajador opte por uno de los dos sistemas, tiene diez (10) días más para ratificar o rectificar su opción inicial. Asimismo, se ha establecido la obligatoriedad de que el trabajador deba ser informado debidamente informado por su empleador sobre las ventajas y desventajas de cada sistema.

CANTIDAD DE PERSONAS QUE APORTARON MENSUALMENTE AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

AÑO	ENERO	FEBRE	MAR	ABRIL	MAYO	JUNIO
2003	447,875	439,004	399,086	434,612	437,245	447,320
2004	465,066	446,588	451,726	430,667	438,489	441,893
2005	464,954	452,627	460,411	452,437	455,672	

AÑO	JULIO	AGOSTO	SET.	OCTUBRE	NOV.	DIC.
2003	447,970	466,194	466, 921	469,979	473,362	469.972
2004	446,290	446, 777	458,343	462,114	480,676	473.364
2005						

Para el año **2008** (hasta el mes de julio) el número de asegurados tuvo el siguiente desenvolvimiento

ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
666,815	546,771	649,483	688,450	676,665	701,413	696,405

AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
709,373	739,837	763,858	755,861	777,197

Y en el año 2010 el desenvolvimiento del número de asegurados fue el siguiente:

ENERO	FEBRERO	MARZO
735,060	888,112	1,004,506

Fuente : Oficina de Normalización Previsional: www.onp.gob.pe datos extraídos el 30 de mayo de 2010.

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

Nota.- Comprende asegurados obligatorios y asegurados facultativos.

En general, el comportamiento promedio de los asegurados en el Sistema Nacional de Pensiones fue:

AÑOS	Prom. Anual
1995	558,144
1996	566,656
1997	598,671
1998	620,521

1999	487,048
2000	457,490
2001	425,922
2002	428,150
2003	449,962
2004	453,499
2005	451,324
2006	534,921
2007	600,677
2008	697,677
2009	772,956
2010	875,893

Fuente:

ESSALUD - *ORCINEA*

SUNAT (de Ago 99 a la fecha)

Información extraída de www.onp.gob.pe el 30 de mayo de 2010.

De los dos millones, y más, de personas que estaban asegurados a 1992, el número se ha reducido a unos 700 mil, aproximadamente. La principal razón de la reducción ha sido, obviamente, el traslado de los asegurados al Sistema Privado de Pensiones, en donde hay más de 4 millones de afiliados y cerca de 1 millón y 500 mil aportantes.

Si comparamos entre aportante/beneficiario o activo/pasivo, como se hace en estos regímenes, la relación se ha modificado sustancialmente al punto de estar prácticamente uno por uno, lo cual ha obligado al Estado a asumir gran parte de la planilla de pagos mensual, actualmente. En los años ochenta, la relación era de 10 u 11 por 1, aproximadamente.

Esta obligación estatal es natural en la gran mayoría de países en donde se ha implantado el Sistema Privado si tenemos en cuenta los otros beneficios en materia macro económica.

4.2.1.3 FINANCIAMIENTO

Los técnicos consideran que la real forma de financiamiento del Sistema Nacional de Pensiones es la de capitalización con prima escalonada, es decir, de capitalizar –colectivamente- los fondos y paralelamente ir elevando la tasa de aporte. Con el tiempo se ha convertido en un sistema de reparto simple.

El financiamiento de los regímenes de seguridad social en el país se ha basado en los aportes de los afiliados, en donde –como veremos luego- su evasión genera consecuencias diferentes en cada uno de los Sistemas.

El artículo 21 del Decreto Ley No. 19990 establece un Fondo de Reserva que “estará constituido por el monto capitalizado de los saldos líquidos de los ejercicios anuales, deducidos los gastos de prestaciones y administración” y que éste no será “... destinado a atender el pago de prestaciones ni los gastos de administración del Seguro Social del Perú.” Obsérvese que se refiere a una capitalización –colectiva, insisto- de los fondos y a la manera de administrar el fondo de reserva que se forma con los saldos, además de la mencionada prima escalonada (artículo 19°.)

Con el tiempo, los fondos se fueron reduciendo e, incluso, se tuvieron que utilizar para el pago de prestaciones y -en la práctica, alejándose de la norma- se convirtió en un pleno sistema de reparto, sin fondos para capitalizar. Existe un Fondo Consolidado de Reserva (FCR), al margen de las aportaciones, y constituido con la venta de algunas empresas públicas y que se invierte para lograr una rentabilidad.

Una atingencia más sobre este punto. Al Sistema Nacional de Pensiones se le denomina “sistema público” o “sistema estatal”, pero recuérdese que en el Sistema Nacional de Pensiones están comprendidos también los trabajadores de la actividad privada y los de la actividad pública que no pertenecen al Decreto Ley No. 20530. Es decir, se trata de aportes, fundamentalmente, de los trabajadores de las empresas privadas o regímenes laborales de la actividad privada.

Igualmente, su administración estuvo a cargo de una entidad –que si bien estaba incluida en el organigrama del Estado- no pertenecía directamente a un sector determinado, tenía autonomía administrativa y financiera y en su Directorio estaban representados los asegurados, empleadores y el Estado. Incluso muchas de sus disposiciones administrativas del más alto nivel eran adoptadas por ese Directorio, sin

tener que recurrir a un determinado Ministro de Estado. Obviamente, sin rebasar las disposiciones legales que se dictaran al respecto.

Al crearse la ONP, es que la institución administradora del Sistema pasó a ser directamente dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas pero sólo como una de las obligaciones del Estado de continuar asumiendo el otorgamiento y pago de pensiones del Sistema Nacional de Pensiones aunque siempre teniendo en cuenta que se trata de fondos provenientes de los trabajadores a un sistema de pensiones y no al Estado. Tal vez por ello se le denomina sistema estatal y para diferenciarlo del sistema privado.

Hacia finales de los ochenta, y como producto de muchos factores incidentes, el Sistema Nacional de Pensiones comenzó a tener dificultades económicas que se reflejaron el otorgamiento de las prestaciones.

La principal fuente de financiamiento del Sistema Nacional de Pensiones son los aportes de los asegurados y empleadores, además de otras como:

- El producto de las multas y recargos por infracciones.
- El rendimiento de sus inversiones.
- Los intereses de sus capitales y reservas.
- Las donaciones que reciba.

Como se indica, el porcentaje de aporte se fue elevando paulatinamente en cumplimiento de su carácter escalonado. Inicialmente fue de 6% (del 1 de mayo de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1974), luego de 7.5% (desde el 1 de enero de 1975), en ambos casos dispuestos por el Decreto Ley N° 19990 en su Quinta Disposición Transitoria. Posteriormente, al 9% a partir del 1 de diciembre de 1984 (Decreto Supremo N° 077-PCM-84).

En todos estos casos, su pago era distribuido porcentualmente entre el empleador y el asegurado. Los asegurados facultativos, como no tienen empleador, asumían el íntegro del pago del 9%. Finalmente, el aporte se fijó en 11% desde el 1 de agosto de 1995 y desde el 1 de enero de 1997 se elevó nuevamente al 13%.

En los últimos periodos –es decir desde el 1 de agosto de 1995- el aporte ha sido asumido íntegramente por el propio trabajador, así como el pago de Salud es de cargo del empleador. Esto, en razón de que el Sistema Privado de Pensiones, creado en 1992 y al que podían acceder los trabajadores, también era asumido íntegramente por el afiliado, por ser un ahorro personal que conllevaba finalmente una pensión de jubilación.

Los pagos se efectúan a través de la Superintendencia de Administración Tributaria, (SUNAT), según lo dispuso la Ley N° 27334 promulgada el 27 de julio de 2000 al ampliar las funciones de esa entidad.

El Sistema de financiamiento de capitalización con prima escalonada consiste en recaudar el dinero -generalmente a través de los aportes- y acumularlos en un fondo que en su gran parte se destina al pago de las prestaciones pero que también debe acumular un "fondo de reserva" (intangibles) con la finalidad de respaldar el pago de las prestaciones futuras. Paralelamente se dispone que el porcentaje de la tasa o prima de aportación se eleve paulatinamente conforme a los estudios actuariales que se realicen. En el caso del Sistema Nacional de Pensiones sucedió así hasta los últimos años.

El fondo de reserva se constituyó con los de los seguros sociales, ex obrero y ex empleado, pero fue disminuyendo con el tiempo en razón de los factores que -en general- afectaron su equilibrio económico financiero. Posteriormente, se crearía un Fondo Consolidado de Reserva en base a unos montos producto de la venta de algunas empresas públicas.

Es necesario precisar que la concepción del Sistema Nacional de Pensiones, “concreta dos objetivos de la política de Seguridad Social: La unificación de los sistemas y el mejoramiento de las prestaciones pre-existentes. En resumen, podemos concluir que la nueva Seguridad Social del Perú está orientada a: Asegurar la protección del trabajador y su familia; Coadyuvar a la eliminación de la discriminación y desigualdad sociales; Constituirse en un efectivo instrumento de redistribución del ingreso; y, Contribuir a dinamizar la economía nacional”¹⁶.

Desde aquellos años de creación de los primeros Seguros Sociales, los fondos de pensiones se convertirían en efecto sustancial para la macro economía, con la diferencia de que en esa oportunidad el Estado, más bien efectuaba “... un aporte global, consignado en los presupuestos Generales de la República, destinado a financiar, parcialmente, su incorporación (trabajadores de menores ingresos) a la Seguridad Social.”¹⁷. Diferencias de concepción ideológica del Estado en relación a la seguridad social y destinadas a lograr la redistribución de la riqueza, como indica en su primera parte el considerando comentado.

4.2.1.4 PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Sistema Nacional de Pensiones otorga las siguientes prestaciones:

¹⁶ CHAVEZ FERRER, Julio; HELFGOTT Isaias; Gordillo Tordoya, Eduardo; y, Li Verástegui, Humberto... El Proceso Peruano en el campo de la Seguridad Social, Revista de Seguridad Social Nos. 87-88, México D.F. 1974, p. 289 y siguientes.

¹⁷ *Ibidem*; p. 305

- a. Pensión de Invalidez.
- b. Pensión de Jubilación
- c. Pensiones de Sobrevivientes

- Pensión de viudez.
- Pensión de orfandad.
- Pensión de ascendientes.

- d. Capital de defunción

La pensión de jubilación, en éste régimen, se obtiene al cumplimiento de dos requisitos: edad y aportaciones.

La **edad** para jubilarse es de 65 años (Decreto Ley N° 26504 del 18 de julio de 1995), sean hombres o mujeres. Anteriormente era 60 años para los hombres y 55 para las mujeres.

Pero esta edad se puede adelantar a partir de los 55 años para los hombres y 50 para las aseguradas mujeres, si se presentan algunos de estos casos:

- a. Cuando el trabajador realiza labores particularmente penosas o que implican un riesgo para su vida o su salud.**

Como en la mayoría de las legislaciones de Seguridad Social en el mundo, se ha establecido la opción de jubilación adelantada para quienes realicen tareas o labores excepcionales o difíciles. “particularmente penosas o que implican un riesgo para su vida o su salud...” la ha denominado el artículo 38° del Decreto Ley N° 19990.

No se trata, sin embargo, de una calificación personal o a cargo de la entidad administradora, sino de un dispositivo legal que así lo determine.

En el Sistema Nacional de Pensiones hay varios grupos de trabajadores que han obtenido ésta posibilidad mediante Decretos Supremos o, inclusive, hasta de leyes mismas. Estos grupos son: los mineros, incluyendo los trabajadores metalúrgicos y siderúrgicos; los pilotos y copilotos de aviación comercial; los trabajadores de construcción civil; los periodistas, reporteros gráficos y camarógrafos; y, los trabajadores en curtiembre.

Un caso especial es el de los trabajadores mineros. Ellos se encuentran en el Sistema Nacional en calidad de asegurados obligatorios –indudablemente, si no se han

trasladado al Sistema Privado de Pensiones- y como tales pueden adelantar su edad de jubilación por realizar labores “en condiciones penosas” hasta en cinco años respecto de las edades antes indicadas, pero la Ley N° 25009 amplía sustancialmente dicho criterio y, en aplicación conjunta con el Decreto Ley N° 25967, se pueden apreciar tres grupos:

- Mineros de socavón. Se pueden jubilar con una edad mínima de 45 años y 20 años de aportaciones.
- Mineros de cielo o tajo abierto. Con 50 años de edad y 20 años de aportaciones.
- Trabajadores mineros o metalúrgicos expuestos a ambientes de insalubridad, toxicidad o peligrosidad, con 50 años de edad, 20 años de aportaciones y de acuerdo al número de años expuestos a esos riesgos, según la tabla que figura en el Decreto Supremo N° 029-89-TR.

Un grupo adicional podría considerarse a los trabajadores que hayan quedado incapacitados por enfermedad profesional, quienes pueden jubilarse con un mínimo de 45 años de edad y 20 años completos de aportaciones.

De haberse trasladado al Sistema Privado de Pensiones se jubilarán de acuerdo a la Ley N° 27252 y su Reglamento, cuyas normas son similares pero con el agregado de contar, en algunos casos, con un bono de reconocimiento aportado por el Estado. El tema se comenta mas adelante.

Vale la pena mencionar también que los trabajadores mineros pertenecían también al Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Decreto Ley N° 18846) sustituido por el actual Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Esto significa que, en caso de que los trabajadores mineros tengan una enfermedad profesional serán protegidos por éste régimen y no por el régimen de pensiones (público o privado).

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo comprende prestaciones económicas y sanitarias. Si se tratara de una contingencia que hubiere requerido de atenciones o prestaciones sanitarias, éstas podrán ser atendidas por el Seguro Social de Salud, EsSalud, o una Entidad Prestadora de Salud (EPS), según haya escogido el empleador. Si se hubieren generado pensiones (invalidez o de sobrevivencia) serán atendidas por la Oficina de Normalización Previsional, ONP, o una Compañía de Seguros Privada, también según haya elegido el empleador.

Otro grupo que puede obtener su jubilación adelantada en base a esta causal es el de los pilotos y copilotos de aviación comercial, según fue dispuesto por el Decreto Supremo N° 04-78-TR del 28 de marzo de 1978.

El Decreto Supremo N° 018-82-TR, a su vez, dispuso la jubilación adelantada para los trabajadores de construcción civil:

“Artículo 1°.- Reducir la edad de jubilación de los trabajadores de Construcción Civil a 55 años de edad, adquiriendo derecho a pensión dentro de las condiciones establecidas por el Decreto Ley N° 19990, siempre que acrediten haber aportado cuando menos 15 años en dicha actividad o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores a la contingencia.

Las pensiones que se otorguen de conformidad con el presente Decreto Supremo, no estarán sujetas a las reducciones a que se refiere el artículo 44 del mencionado Decreto Ley.”

Se ha considerado también que los periodistas, reporteros gráficos y camarógrafos laboran en condiciones que implican un riesgo para su vida y su salud, de allí que se hayan dictado las Leyes Nos. 24522, 24527 y 24795.

A modo de antecedente se puede decir que en el año 1965, se promulgó la ley N° 15676 que dispuso la comprensión de este grupo de trabajadores a los beneficios del Seguro Social en calidad de asegurados facultativos. No obstante, como sabemos, se trata de una opción, al fin y al cabo, voluntaria, razón por la que se trató de una disposición relativamente eficaz.

En el caso actual que estamos comentando se trata –evidentemente- de los periodistas que ejercen la profesión en calidad de trabajadores con relación de dependencia (asegurados obligatorios) y, eventualmente, en calidad de independientes (asegurados facultativos independientes). Para los efectos de obtener este derecho de jubilación adelantada tendrá que probar –es obvio- su calidad de periodista en cualquiera de esas condiciones, además del cumplimiento de los otros requisitos que les exige el Decreto Ley N° 19990.

Incluye a los periodistas profesionales del Sector Público y a los docentes.

De igual manera, tienen derecho a la jubilación adelantada los trabajadores de la industria del cuero quienes lograron el adelanto de la edad mediante Ley N° 25173, por laborar en condiciones penosas o que implican un riesgo para su vida o su salud.

“Artículo 1°.- Establécese la edad de jubilación para los trabajadores comprendidos bajo el régimen de jubilación del Decreto Ley N° 19990 “Sistema Nacional de Pensiones” de la Industria de Cueros comprendidos en el grupo ocupacional

primario de curtidores y pellejeros, en 55 años de edad para varones y 50 años de edad para mujeres.”

Para los efectos del presente trabajo, es conveniente precisar que ésta posibilidad de adelanto de la edad de jubilación puede incluir a todos los grupos de trabajadores citados en ésta parte que estuvieren desempleados con el cumplimiento de las condiciones de edad y período mínimo de aportaciones.

Es decir, los grupos de trabajadores que se han mencionado para esta posibilidad de adelanto, y que se encuentren desempleados, podrán acogerse a este adelanto. La diferencia respecto de la posibilidad que comentaremos a continuación –por reducción o despedida total de personal- es que no estarán afectos al descuento que sí se les impone a éstos últimos por adelantarse a la edad general de jubilación.

b. La segunda posibilidad de jubilarse a partir de los 55 años los hombres y 50 años de edad las mujeres, es cuando se ven afectados por reducción o despedida total de personal.

Se basa en el Decreto Ley N° 19990:

“**Artículo 44°.-** Los trabajadores que tengan cuando menos cincuenta y cinco o cincuenta años de edad y treinta o veinticinco años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación.

Asimismo tienen derecho a pensión de jubilación en los casos de reducción o despedida total del personal, de conformidad con el Decreto Ley No.18471, los trabajadores afectados que tengan cuando menos cincuenta y cinco o cincuenta años de edad, y quince o trece años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, la pensión se reducirá en cuatro por ciento por cada año de adelanto respecto de sesenta o cincuenta y cinco años de edad, según se trate de hombres o mujeres, respectivamente.

En ningún caso se modificará el porcentaje de reducción por adelanto en la edad de jubilación ni se podrá adelantar por segunda vez esta edad.

Si el pensionista a que se refiere el presente artículo reiniciare actividad remunerada, al cesar ésta se procederá a una nueva liquidación de la pensión de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del artículo 45o.”

Cuando se dicta el Decreto Ley N° 19990 se encontraba en vigencia el Decreto Ley N° 18471 que determinó una estabilidad laboral en la que se hacía difícil al empleador proceder al despido de un trabajador. Una de las causas por las que podía proceder el despido era que la empresa se encontrara en momentos de operación sumamente

difíciles. En base a ello, se incluyó en los dispositivos del Sistema Nacional de Pensiones uno que permitió la adquisición del derecho a la jubilación a partir de los 55 años de edad para los hombres y 50 años para las mujeres, si es que en la empresa se producía una reducción o despedida total de personal.

Esta situación tenía que probarse con la resolución que debía expedir el Ministerio de Trabajo después de haber sido solicitada por el empleador y debidamente evaluada por los técnicos del Ministerio. La empresa debe probar la necesidad de reducir o despedir totalmente al personal, generalmente por difícil situación económica, para realizar su procedimiento ante el Ministerio de Trabajo, quien aprobará, la relación del personal que debe reducir o la lista total de los trabajadores que se verá obligado a despedir por ésa difícil situación. Se debe entender que ésta situación no le permite a la empresa continuar operando normalmente y, por tanto, debe reducir sus costos laborales de esta manera.

Hasta la fecha se mantiene esta posibilidad, salvo la modificación del período de aportación requerido, el mismo que fue elevado a 20 años completos, como mínimo (D.L. N° 25967). De lo que se trata es de determinar una situación que significara un verdadero perjuicio para el trabajador, que es la verdadera situación materia de protección por la Seguridad Social.

En consecuencia, para estos efectos es necesario tener en cuenta varias condiciones:

1. Que se pruebe la reducción o despedida total de personal.
2. Que se cumpla con el período de aportaciones correspondiente, es decir, 5 años de aportaciones en el régimen especial; o, 15 o 13 años en el régimen general antes de la vigencia del Decreto Ley N° 25967, o 20 años de aportaciones a partir de la vigencia de éste.
3. Que la contingencia (reducción o despedida total de personal) se produzca en pleno cese laboral, esto es, que el cumplimiento de los requisitos sea cuando se produce el cese laboral. De lo contrario, podrían producirse casos en que los requisitos se cumplieran con posterioridad al cese por reducción.

No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha dejado sentada jurisprudencia en el sentido que basta el cumplimiento de la contingencia para otorgar la pensión de jubilación adelantada, aún cuando uno o los dos requisitos se cumplan con posterioridad a dicha fecha.

Obsérvese la siguiente sentencia:

**“EXP. N.º 2817-2004-AA/TC
HUAURA
GREGORIO MINAYA ÁNGELES**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Gregorio Minaya Ángeles contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 118, su fecha 30 de junio de 2004, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de diciembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 7756-2003-GO-ONP, del 7 de octubre de 2003, mediante la cual se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N.º 0000008101-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 8 de marzo de 2002, que le denegó el otorgamiento de pensión de jubilación adelantada; y que, en consecuencia, se le otorgue pensión de jubilación conforme al Decreto Ley N.º 19990, más los reintegros de las pensiones devengadas.

Aduce haber acreditado más de 21 años de aportaciones al 15 de enero de 1992, cuando se produjo su cese por reducción de personal, y que al momento de solicitar su pensión tenía más de 55 años de edad, por lo que la contingencia se produjo al concurrir estos dos requisitos, correspondiéndole acceder a una pensión de jubilación adelantada conforme al segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, y no del Decreto Ley N.º 25967; por lo que al no otorgar la mencionada pensión, la ONP ha violado su derecho a la seguridad social y al reconocimiento de la vigencia de los derechos adquiridos.

La emplazada contesta la demanda, aduciendo que no se ha aplicado retroactivamente el Decreto Ley N.º 25967, pues a la fecha de cese no cumplía el actor el requisito de edad establecido en el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada dentro de este régimen, y que, por otro

lado, no ha quedado acreditado que el cese se haya producido por reducción o despedida total del personal, conforme lo dispone el Decreto Ley N.º 18471.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huaura, con fecha 30 de abril de 2004, declaró fundada la demanda por considerar que, al momento de su presentación, el recurrente ya cumplía el requisito de edad establecido en el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, por lo que, en atención a la Resolución Jefatural N.º 123-2001-Jefatura-ONP, de fecha 22 de junio de 2001, la contingencia se produjo en el momento en que el demandante cumplió los 55 años de edad requeridos, sin necesidad de que este hecho deba cumplirse antes de la fecha de cese.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, considerando que el demandante no reúne el requisito de la edad para obtener una pensión de acuerdo al régimen de jubilación adelantada, ni tampoco dentro del régimen general.

FUNDAMENTOS

El demandante pretende que se declare inaplicable la Resolución N.º 7756-2003-GO-ONP y que se le otorgue una pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, con arreglo al segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, y el abono de las remuneraciones dejadas de percibir.

El segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990 establece que, para acceder a una pensión de jubilación por reducción de personal, a tenor del Decreto Ley N.º 18471, es necesario contar, en el caso de los hombres, 55 años de edad y 15 años de aportaciones. Del Documento Nacional de Identidad del demandante, de fojas 9, así como de la resolución cuestionada, de fojas 4, se aprecia que nació el 17 de febrero de 1942, y que cesó sus labores el 15 de enero de 1992, contando con 49 años de edad y 21 años de aportaciones; por lo que la contingencia se produjo el 17 de febrero de 1997, fecha en la que cumplió la edad requerida para obtener pensión de jubilación dentro del régimen del Decreto Ley N.º 19990, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley N.º 25967.

Al respecto, este Colegiado ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que los alcances de la denominada “contingencia” son los comprendidos en la Resolución Jefatural N.º 123-2001-Jefatura-ONP, la cual dispone que si el asegurado cesa en el trabajo antes de haber cumplido el requisito de la edad establecido por ley para alcanzar el derecho a la pensión de jubilación, la “contingencia” se producirá cuando lo cumpla, sin necesidad de que, concurrentemente, se reúna el requisito de los años de aportaciones, y que ello deba producirse antes de la fecha de cese.

Dado que el demandante reunió los requisitos del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990 en el mes de febrero de 1997, y que, pese a ello, con fecha 7 de octubre de

2003 la ONP se negó a otorgarle la pensión de jubilación solicitada, ha quedado acreditada la vulneración de los derechos invocados.

Finalmente, con respecto al hecho de determinar si el cese del demandante se produjo como consecuencia de una reducción de personal, resulta importante mencionar que de la Resolución N.º 0000008101-2002-ONP/DC/DL 19990, obrante a fojas 2, se desprende que este hecho no fue cuestionado por la ONP cuando emitió dicho acto administrativo, pues en el cuarto considerando señala que el cese, efectivamente, se produjo por esta causal, lo cual se corrobora tomando en cuenta que la pensión le fue denegada únicamente por no cumplir con el requisito de edad establecido en el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

- 1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, inaplicable al recurrente la Resolución N.º 7756-2003-GO-ONP, de fecha 7 de octubre de 2003.*
- 2. Ordenar que la emplazada emita nueva resolución de pensión de conformidad con los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 25967, y que le otorgue al actor los devengados con arreglo a ley.*

Publíquese y notifíquese.”

En primer lugar, en el presente caso, no está en discusión el concepto de reducción o despedida total de personal. Se entiende que se produjo por ese motivo en cuanto no fue cuestionado por la Oficina de Normalización Previsional, ONP (Considerando 5). Se discute si cumplió, o no, las condiciones para obtener el derecho.

El cese laboral se produjo en enero de 1992, cuando el asegurado no tenía la edad requerida (55 años). La edad fue cumplida con posterioridad, en 1997, cuando las condiciones para acceder a la pensión eran diferentes a las del Decreto Ley N° 19990 (El Decreto Ley 25967 entró en vigencia el 18 de diciembre de 1992: “**Artículo 1º.-** Ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, podrá obtener el goce de pensión de jubilación, si no acredita haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos... “). Sin embargo, a esta última fecha -posterior al cese laboral-, se cumplieron las condiciones, en consecuencia -indica el Tribunal Constitucional- corresponde acceder a la solicitud de pensión de jubilación adelantada.

El Tribunal se refiere también al artículo 80º del Decreto Ley N° 19990 el mismo que determina que el derecho se produce en la fecha en que se genera la contingencia. Este criterio fue originalmente establecido en el artículo 80º del Decreto Ley N° 19990 y ratificado por Ley 27562:

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 80 DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOBRE ADELANTO DE TRÁMITE DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Artículo 1.- Modificación del Artículo 80 del Decreto Supremo N° 014-74-TR
Modifícase el Artículo 80 del Decreto Supremo N° 014-74-TR, Texto Único Concordado de la Ley del Sistema Nacional de Pensiones dado por Decreto Ley N° 19990, en los términos siguientes:

"Artículo 80.- El derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 31.

Para los efectos de las pensiones de jubilación, se considera que la contingencia se produce cuando, teniendo derecho a la pensión:

- a) El asegurado obligatorio cesa en el trabajo para acogerse a la jubilación;
- b) El asegurado facultativo comprendido en el inciso a) del Artículo 4 deja de percibir ingresos afectos;
- c) El asegurado facultativo comprendido en el inciso b) del Artículo 4, solicita su pensión no percibiendo ingresos por trabajo remunerado.

El asegurado podrá iniciar el trámite para obtener la pensión de jubilación un año antes de reunir los requisitos para jubilarse, aun cuando no haya cesado en el trabajo o dejado de percibir ingresos asegurables, para obtener este derecho. Sin embargo, la pensión sólo comenzará cuando cese en el trabajo o deje de percibir ingresos asegurables, pasando a la condición de pensionista.

Artículo 2.- Derogatoria

Déjase sin efecto el Artículo 71 del Decreto Supremo N° 011-74-TR.”

La norma fue promulgada por el Congreso el 24 de noviembre de 2001, en vista que el presidente de la República no lo hizo.

No modifica el criterio de la disposición original incluida en el Decreto Ley N° 19990, salvo el plazo para iniciar el trámite que fue fijado en un año “antes de reunir los requisitos para jubilarse.”

En la parte final de la disposición legal, se deroga el artículo 71° del reglamento del Decreto Ley N° 19990 que también se refería los 6 meses antes para iniciar el trámite.

En otros países como España, se ha incluido en la legislación de Seguridad Social la posibilidad de optar por la jubilación anticipada cuando se ha producido un despido sin causal justificada.

Esto significa que si un trabajador es despedido y plantea su reclamo, puede solicitar, dentro de las soluciones a su conflicto, la de obtener la jubilación adelantada, cumpliendo las condiciones de determinada edad y determinado número de años de aportaciones.

Pero, veamos ahora la jubilación adelantada para el caso de ceses colectivos:

En la década del noventa se produjo una disminución de trabajadores del sector público, producto de la nueva política basada en la reducción del aparato estatal. Para ello, se utilizaron diversos métodos, desde el ofrecimiento de incentivos para renunciaciones hasta evaluaciones y despidos.

Al cabo de algunos años y con posterioridad al gobierno de Alberto Fujimori, se iniciaron reclamos oficiales y protestas públicas de los trabajadores que, de acuerdo a dichas causales, dejaron de laborar en el Sector Público. Ellos solicitan su reposición.

El 29 de julio de 2002 se publicó la ley N° 27803 que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y gobiernos locales.

Su ámbito de aplicación está dirigido:

- A los ex trabajadores cesados mediante procedimientos de ceses llevados a cabo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y que conforme a la Comisión creada por Ley N° 27452 han sido considerados irregulares.
- A los ex trabajadores cuyos ceses colectivos en el Sector Público y Gobierno Locales han sido considerados irregulares por la Comisión Multisectorial creada por Ley N° 27586.
- A los ex trabajadores que “mediante coacción” fueron obligados a renunciar en el marco del proceso de la inversión privada o dentro de los ceses colectivos de personal (Ley N° 26093) o procesos de reorganización (artículo 3° de la Ley N° 27487).

Se crea para ello un Programa Extraordinario de Acceso a beneficios y se le da la opción de optar “alternativamente y excluyentemente”, entre los siguientes beneficios:

Reincorporación o reubicación laboral.

Jubilación adelantada.

Compensación económica.

Capacitación y Reconversión Laboral.

El beneficio de jubilación adelantada incluido en el Programa Extraordinario tiene las siguientes características:

- Sólo es para quienes se encuentren en el Sistema Nacional de Pensiones.
- Deben estar inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente.
- Tengan en la actualidad por lo menos 55 años de edad los hombres y 50 las mujeres y 20 años de aportaciones. Se entiende que es a la fecha de vigencia de la Ley, es decir, al 30 de julio de 2002.

El cálculo de la pensión se efectuará en los términos establecidos por el Decreto Ley N° 19990 y se reducirá, como en los casos ordinarios, con el 4% por cada año de adelanto de la edad de jubilación respecto de 65 años. Igualmente, el porcentaje de reducción no se recupera conforme se vayan cumpliendo los años sino que queda en forma permanente.

Además, hay dos aspectos materia de comentario:

- Para la determinación de la cuantía, “se tomará en cuenta la remuneración de un trabajador en actividad de igual nivel”.

Como se tiene conocimiento, el cálculo de una remuneración de referencia en el SNP se realiza en base a las últimas remuneraciones del trabajador. Como quiera que en el presente caso no existen remuneraciones precedentes a la fecha de la contingencia, esto es, a la fecha de vigencia de la ley, se ha optado por tomar como montos referenciales los de un trabajador del mismo nivel.

- Reconocimiento excepcional de los años de aportación.

La norma dispone el reconocimiento de los años de aportación que no han trabajado, hasta un máximo de 10 años, siempre que hasta la fecha de vigencia cumplan con la edad para la jubilación adelantada.

Indica también que se reconocen “los años de aporte pensionarios requeridos para acceder a una Pensión de Jubilación Adelantada...”, lo cual podría interpretarse que es sólo para alcanzar los 20 y no más allá o que, aún cuando tenga los 20 años, puede acumular un periodo mayor con la finalidad de obtener una mayor pensión.

Pero no dispone, en este caso, el pago efectivo de los aportes a los sistemas jubilatorios como sí lo hace en las situaciones de reincorporación o reubicación laboral –otros de los beneficios- en que se reconocen también los periodos no laborados al Sistema Nacional o al Sistema Privado, pero con el pago de los aportes pensionarios a cargo del Estado (artículo 13°).

Finalmente, es importante resaltar que la norma se refiere también a las pensiones de sobrevivientes pues, en caso que el titular hubiere fallecido, se podrá otorgar pensiones de viudez y orfandad a sus hijos. No se incluye las pensiones de ascendientes.

c. La última posibilidad de adelanto de edad es cuando los hombres tiene 30 años completos de aportaciones y las mujeres, 25.

En estos casos se trata de compatibilizar el extenso periodo de aportaciones que pudiera tener un asegurado con la menor edad para jubilarse. Se trata de acreditar el mayor número de años de aportaciones que el mínimo y confrontarla con la edad del asegurado.

Es preciso señalar, sin embargo, que en los casos de adelanto de la edad de jubilación por reducción o despedida total de personal y por años de aportaciones, el monto de la prestación se reduce en 4% por cada año de adelanto en relación a 65 años de edad.

Así, si una persona obtiene la pensión de jubilación adelantada teniendo 64 años de edad y 30 años de aportación se procederá a un descuento del 4%, si lo hiciera a los 63 el descuento será de 8% y, así, sucesivamente. Igual es en el caso de la reducción o despedida total de personal. El descuento no es recuperable. Los trabajadores incluidos en la primera posibilidad, de jubilarse por haber laborado en condiciones penosas, no están afectados por este descuento.

En el SNP era incompatible la percepción simultánea de pensión y remuneración. El pensionista que deseaba reingresar a laborar tenía la obligación de comunicar a la Oficina de Normalización Provisional, ONP, (antes Instituto Peruano de Seguridad Social) esa situación para que se le suspenda la pensión, provisionalmente.

Ello estaba normado por el artículo 45° del mismo Decreto Ley N° 19990, en donde se señala que en caso de producirse esta situación el pensionista estará “obligado a devolver las pensiones recibidas durante el tiempo que hubiese obtenido remuneración o ingresos provenientes de dicho trabajo o actividad.”. Si se diera el caso, se ha facultado a la entidad administradora a recuperar los montos ya sea mediante cobranza coactiva o descontándole las sumas indebidamente cobradas por una suma igual al sesenta por ciento de las pensiones que pudieran corresponderle de la pensión recuperada después del nuevo cese laboral.

No obstante, se ha promulgado la Ley N° 28678, del 28 de febrero de 2006 y publicada en el diario oficial el 3 de marzo de ese año:

“LEY QUE PROMUEVE LA ACTIVIDAD LABORAL DE PENSIONISTAS DEL RÉGIMEN DEL DECRETO LEY N° 19990

Artículo 1.- Modificación del artículo 45 del Decreto Ley N° 19990
Modifícase el artículo 45 del Decreto Ley N° 19990 en los términos siguientes:

“**Artículo 45.-** El Pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

La ONP mediante acción coactiva recuperará las sumas indebidamente cobradas, en caso de que superen el cincuenta por ciento (50%) de la UIT y no se suspenda la pensión por el Sistema Nacional de Pensiones. Para tal caso pueden también ser compensadas las sumas que se le adeudare por tal concepto, reteniendo una suma igual al sesenta por ciento (60%) de las pensiones que pudieran corresponder al pensionista cuando cese en el trabajo, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente.

El aporte de los trabajadores pensionistas será tanto en la pensión como en la remuneración de acuerdo al porcentaje estipulado en la ley para cada uno de estos ingresos.”

Al cesar en su nuevo trabajo, recupera su pensión anterior, previa nueva liquidación de su pensión, teniendo en cuenta su nueva remuneración.

Si un asegurado no se encuentra en ninguna de estas tres posibilidades de adelanto de edad, deberá esperar el cumplimiento de la edad de 65 años. En este caso, **el segundo requisito** para jubilarse en el Sistema Nacional de Pensiones es el referido a **las aportaciones**.

Anteriormente con el propio Decreto Ley N° 19990, existían dos regímenes de jubilación:

- Régimen General en el que los hombres se podían jubilar con 15 años completos de aportaciones y las mujeres con 13 años completos de aportaciones.
- Régimen Especial, en el que la jubilación se podía obtener con sólo 5 años completos de aportaciones, sean hombre o mujeres, los asegurados.

Esta situación fue modificada sustancialmente por el Decreto Ley N° 25967 del 7 de diciembre de 1992. Este dispositivo legal señaló un mínimo de 20 años completos de aportaciones para jubilarse. No modificó la edad, sólo el mínimo de aportaciones. Los comentarios específicos sobre el tema de la modificación se brindan en capítulo aparte del presente trabajo.

De esa manera, hoy, los requisitos para obtener el derecho a una pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones son:

EDAD	: 65 años, sean hombres o mujeres.
APORTACIONES	: 20 años, como mínimo, sean hombres o mujeres.

En el siguiente cuadro se puede apreciar la evolución de las condiciones o requisitos para acceder a la pensión de jubilación, en el Sistema Nacional de Pensiones.

PERIODOS	NORMA LEGAL	EDAD	APORTACIONES
1 de mayo 1973 a 18 diciembre 1992	Decreto Ley 1990	60 : H 55 : M	Régimen Gral: 15 años: H 13 años: M Régimen Espec. 5 años: H y M
Del 19 diciembre al 18 julio de 1995	Decreto Ley 25967	60 : H 55 : M	20 años:H y M
A partir del 19 De julio de 1995	Decreto Ley 26504	65 : H y M	20 años:H y M

Además, el cálculo de la Remuneración de referencia y de la pensión misma también se ha modificado:

Como se ha indicado, en el capítulo que precede, anteriormente la Remuneración de referencia se calculaba en base a los 12, 36 o 60 últimos meses anteriores a la fecha del cese, según el que más beneficiara al asegurado.

Para ello, como se ha dicho, es necesario partir de la denominada Remuneración de referencia. El concepto de remuneración de referencia de acuerdo al texto original del Decreto Ley N° 19990 era “... igual al promedio mensual que resulte de dividir entre doce el total de remuneraciones asegurables, definidas por el artículo 8°, percibidas por el asegurado en los últimos doce meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos treinta y seis o sesenta meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.”

Según el Decreto Ley N° 25967, de diciembre de 1992, es en base a los 36, 48 o 60 últimos meses, según los años de aportaciones del asegurado.

Años de aportación	20 a 24	25 a 29	30 o mas
Meses de Remuneración de referencia	60	48	36

Si el asegurado acredita entre 20 (que es lo mínimo) a 24 años el cálculo de su remuneración de referencia será en base a los últimos 60 meses, si acredita entre 25 a 29 años será en base a los últimos 48 meses y si tiene 30 o mas años, el cálculo será sobre los últimos 36 meses.

Es importante adelantar un comentario al respecto (el tema se amplía en el capítulo correspondiente), en el sentido de que el Decreto Ley N° 25967 fue declarado inconstitucional, en parte, por el Tribunal Constitucional, principalmente en lo relativo a la interposición de acciones de amparo sobre los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia (19 de diciembre de 1992).

Este es uno de los aspectos sustanciales del presente trabajo: la aplicación del nuevo requisito sobre el número de años de aportaciones, sobre el cálculo de las pensiones y sobre un artículo que prohibía las acciones de amparo para las reclamaciones sobre su aplicación (“**Artículo 10°.-** No es procedente ninguna acción de amparo dirigida a impugnar, directa o indirectamente, los efectos de la aplicación del presente Decreto Ley.”) no era válidamente legal para quienes habían adquirido el derecho con anterioridad a su vigencia, esto es, para quienes habían cumplido los requisitos en fecha de su contingencia.

Pero, revisemos –a modo de adelanto- las partes más importantes de la extensa

Sentencia recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC (Acumulado):

“FUNDAMENTOS:

La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. N° 25967.

1.- Aunque se trata de una simple acotación tangencial realizada por los demandantes, el Tribunal Constitucional considera necesario pronunciarse sobre este extremo.

El D.L. N° 25967, fue expedido el doce de diciembre de mil novecientos noventidós, por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; por tal razón, los demandantes lo acusan de presentar "una grave inconstitucionalidad congénita", por cuanto no ha sido promulgada por un Congreso regular y constitucional. Además, señalan que el D.L. en análisis contraviene "no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma", esto es, la Constitución de 1979.

La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del D.L. N° 25967.

7.- Si bien la acción de amparo no procede en contra de leyes, por mandato expreso de la propia norma fundamental, la doctrina reconoce que sí se puede interponer contra actos que en aplicación de una norma legal, vulneren un derecho susceptible de amparo constitucional; en este caso, estamos frente a un caso de control de la aplicación de la norma, extremo que pretende ser prohibido expresamente por el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967. Además, el inciso 2) del antes referido artículo 200° de la Constitución señala que no proceden las acciones de garantía contra normas legales, pero el artículo 10° impugnado, va más allá del texto constitucional, por cuanto prohíbe dichas acciones, contra los efectos del propio D.L., extremo este que es inconstitucional, por cuanto ninguna autoridad puede impedir el ejercicio de tales acciones por los particulares, cuando se produzcan hechos que amenacen o violenten derechos constitucionales de los ciudadanos, que puedan ser protegidos por medio de las acciones de garantía.

Además, es importante recalcar que en todo momento, los jueces al resolver, tienen la obligación constitucional de preferir la Constitución sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, tal como lo disponen los artículos 51° y 138° de la misma, dispositivos estos que tienen primacía respecto de cualquier otra norma legal.

Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.

10.- La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, consagra a nivel constitucional, el respeto de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, de los jubilados y cesantes de los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, entendiéndose por tales derechos, a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.

12.- El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, porque de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

13.- La Disposición Transitoria Unica es, por lo tanto, concordante con la Constitución Política, y no contraria a la misma, por cuanto la aplicación inmediata de las normas prescritas por el D.L. N° 25967, para los nuevos casos de jubilación que se presenten desde el momento en que se expidió la norma.

Derecho a la Pensión Nivelable y Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas.

18.- En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

El Tribunal Constitucional,

FALLA:

Declarando Fundada, en parte, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, y en consecuencia inconstitucional, el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967, por contravenir lo dispuesto en los artículos 51°, 138° y 200° de la Constitución; e

improcedentes en los demás extremos demandados. Dispusieron, además, la incorporación de los fundamentos jurídicos signados con los numerales 10, 11, 12, 15 y 17, a la parte resolutive de esta sentencia, y ordenaron su publicación en el diario oficial "El Peruano".

De acuerdo al mismo Decreto Ley N° 25967, el cálculo de la pensión también se varió, según el siguiente cuadro, para quienes iban adquiriendo el derecho a pensión a partir de su vigencia:

50% ----- 20 años de aportaciones
4% ----- cada año excede a los 20.

Se mantienen los porcentajes de incremento por cónyuge y por hijos en edad de percibir pensión de orfandad.

2% al 10% ----- por cónyuge a su cargo
2% al 5% ----- por hijo en edad de percibir pensión de orfandad.

Los porcentajes son de la remuneración de referencia

Estos porcentajes de incrementos familiares se otorgan en función de la mayor o menor remuneración del trabajador tratando de beneficiar a los que tienen menor remuneración. El cálculo específico para su aplicación fue establecido por el artículo 43° del reglamento del Decreto Ley N° 19990.

Anteriormente, los porcentajes para incrementar la pensión por años de aportación, eran diferentes, de acuerdo a los regímenes especial y general que estableció originalmente el Decreto Ley N° 19990.

Pero, además, es importante analizar el cálculo de la pensión y un aspecto específico de él, como es el aumento excesivo de remuneraciones con la finalidad de obtener una pensión elevada.

Si un asegurado venía percibiendo remuneraciones relativamente bajas (por ejemplo, iguales a las remuneraciones mínimas vitales) y, luego, en los últimos meses anteriores al cese laboral y, por consiguiente, a la obtención de su derecho a pensión de jubilación, las remuneraciones se elevan ostensiblemente, la norma dispone que no deben tomarse en cuenta.

El Decreto Ley N° 19990 reguló esta situación:

“Artículo 77°.- Si en los últimos cinco años anteriores a la fecha de ocurrida la contingencia, hubiera incremento excesivo de las remuneraciones o de los ingresos asegurables, tendientes a aumentar indebidamente el monto de las prestaciones, el cálculo de las mismas se efectuará sin considerar dicho incremento.

El Reglamento determinará los criterios que se tomarán en cuenta para calificar el carácter excesivo de los incrementos que hubieran tendido a aumentar indebidamente el monto de las prestaciones.”

El criterio general establecido es el de encontrar “incremento excesivo” de remuneraciones en los últimos 60 meses y, el segundo, de determinar que ha sido con la finalidad de “aumentar indebidamente el monto de las prestaciones”. Es decir, que no estuvieran debidamente justificados.

Si fuera así y el aumento no estuviera debidamente justificado, el cálculo de la remuneración de referencia se efectuará sobre la base de la remuneración sin el aumento, es decir, sobre lo que realmente percibió.

Pero, además, las circunstancias modificaron nuevamente, en el año 2002, el cálculo de la remuneración de referencia en función de la edad de los asegurados que aún quedan en el Sistema Nacional de Pensiones y para su aplicación en el futuro.

Precisamente uno de los dispositivos sustanciales de ese año fue el Decreto Supremo N° 099-2002-EF del 12 de junio, que modifica el cálculo del monto de la pensión, para el futuro. Ha pasado desapercibido precisamente por su futura vigencia, no obstante, es drástico en su modificación. Viene aplicándose, por el momento, a las jubilaciones adelantadas.

Basado en el artículo 1° de la Ley 27617¹⁸ (publicada el 1 de enero de 2002 y con fe de erratas del 5 de enero) –tal como se dispone, con el informe del Ministerio de Economía y Finanzas- se ha determinado la modificación del cálculo de la pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, según el siguiente cuadro.

Señala que el porcentaje de la remuneración de referencia de quienes vayan cumpliendo las edades a la fecha de vigencia de la Ley N° 27617 (6 de enero de 2002, fecha de publicación de fe de erratas) que se indican ya no será el 20% por los primeros 20 años de aportación sino los siguientes porcentajes:

¹⁸ En páginas anteriores ya hemos comentado que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varias de sus disposiciones en la sentencia del 10 de marzo de 2003, expediente N° 005-2002-AI/TC y otros.

Rango de edad	% por los primeros 20 años
Hasta 29 años	30%
De 30 a 39 años	35%
De 40 a 49 años	40%
De 50 a 54 años	45%

La norma establece también que estos montos iniciales se incrementarán en dos por ciento (2%) de la remuneración de referencia –ya no el 4%-, por cada año completo de aportación que exceda a los veinte (20) años, hasta alcanzar como límite el cien (100%) de la remuneración de referencia.

El cálculo de la pensión y la remuneración de referencia fue determinado por el Decreto Ley N° 19990 y modificado por Decreto Ley N° 25967. Su modificación debe ser por una norma de igual jerarquía. No obstante, mediante Ley N° 27617 se dispuso que, partir de su vigencia “la determinación del monto de la pensión de jubilación normada por los Artículos 41, 44 y 73 del Decreto Ley N° 19990 y por los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, mediante decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrán modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia, así como los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación.”

Se trata de una norma aplicable a la población asegurada que a la fecha de entrada en vigencia (6 de enero de 2002) cuente con menos de 55 años de edad. La modificación se hará “con arreglo a las previsiones presupuestales y a las posibilidades de la economía nacional.” (artículo 1°, 1.2)

La pensión de jubilación se paga a partir de día siguiente al último laborado y es incompatible con cualquier trabajo remunerado que desee realizar el beneficiario.

Hay un último aspecto del Decreto Ley N° 19990 que considero importante comentar. Es el referido al reconocimiento de los períodos de aportaciones y que es válido para cumplir las condiciones de acceso a las prestaciones –y su mejora en el monto- como en el reconocimiento y monto del Bono de Reconocimiento en el Sistema Privado de Pensiones.

Lo fundamental en el Sistema Nacional es probar la relación laboral puesto que se parte del principio que la obligación de retener y depositar el aporte es por parte del empleador, mas no del trabajador. El artículo 70° del Decreto Ley N° 19990 indica:

"Artículo 70°.- Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7° al 13°,

aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones.¹⁹ Son también períodos de aportación los de licencia con goce de remuneración otorgados por enfermedad o maternidad a los trabajadores del Sector Público Nacional regidos por la Ley N°11377.

Se consideran períodos de aportación los siguientes:

- a) Los períodos durante los cuales el asegurado haya estado en goce de subsidios de enfermedad- maternidad; y
- b) Los períodos durante los cuales el asegurado haya estado en goce de subsidios diarios por incapacidad temporal otorgados de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18846.”

La norma es clara en cuanto considera que los trabajadores no son los responsables del pago. Se debe tener en cuenta que en el Sistema Nacional de Pensiones lo que prima, para los efectos de cumplir con las condiciones de acceso son los **períodos laborados** y no el monto aportado durante dichos períodos. Esta característica es la diferencia respecto del Sistema Privado en donde lo importante es el monto aportado efectivamente.

Sin embargo, se podría dar el caso de asegurados que han aportado anteriormente a las Cajas de Pensiones del ex Seguro Social Obrero y Seguro Social del Empleado y que la ONP no estaba reconociendo.

En efecto, en las leyes 8433 y 13640 se establecieron disposiciones referidas a la caducidad de las aportaciones.

Por ejemplo, el artículo 23° de la Ley N° 8433 indicaba:

“Artículo 23°.- A los asegurados obligatorios que dejen de serlo sin tener derecho a prestaciones y que no se afilien al seguro facultativo, se les reconocerá un plazo de validez de sus cotizaciones. Este plazo, contado a partir de la última cotización, será igual al tercio del periodo de su permanencia activa en el seguro obligatorio.”

Igualmente, en el artículo 95° del reglamento de la Ley N° 13640 se señalaba:

¹⁹ La Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación informada modificó este criterio. Ahora deben ser períodos trabajados y pagados.

“Artículo 95°.- Quienes pierdan la calidad de asegurados obligatorios sin haber obtenido el beneficio de pensión ni haberse afiliado al seguro facultativo, podrán acumular las contribuciones abonadas con las que en el futuro abonen, siempre que su periodo de desafiliación no se prolongue por más de la mitad del periodo durante el cual permanecieron como asegurados obligatorios. Si se excediera este plazo, perderán sus contribuciones y, al reingresar al Seguro, serán considerados como nuevos asegurados.”

La aplicación de estos dispositivos significaba que los periodos aportados en estos regímenes tenían su plazo de vencimiento y este era de un tercio o la mitad, según cada ley, sin haber continuado aportando.

Por ejemplo, si un asegurado aportaba bajo los alcances de la Ley 13640 y trabajó y aportó desde el 1 de enero de 1962 hasta el 31 de diciembre de 1965 (4 años), dejaba de aportar durante 1966 y 1967 (la mitad del periodo anterior), perdía sus contribuciones anteriores y al regresar a trabajar, supongamos que en 1968, se le consideraba como nuevo asegurado.

Evidentemente, se refería a periodos durante los cuales tuvieron vigencia las disposiciones legales antes glosadas. Pero este rígido criterio fue superado por normas posteriores.

En el caso del ex Seguro Social del Empleado no hubo una disposición explícita como la que acabamos de revisar. Solo existía una disposición relativa a la prescripción del derecho a solicitar prestaciones, es decir, el periodo de 5 años para pedir las pensiones y 3 años para las asignaciones. En la ley No. 13724 del ex Seguro Social del Empleado se establecía el otorgamiento de pensiones y, de no cumplir con los requisitos para obtenerla, podía tener derecho a una asignación, esto es, un beneficio económico por una sola vez.

Sin embargo, el artículo 72° del Decreto Ley N° 19990 estableció:

“Artículo 72°.- Las semanas o meses de prestación de servicios como asegurado de la Caja de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, se computarán, sin excepción, como semanas o meses de aportación al Sistema Nacional de Pensiones, para los efectos de las prestaciones que éste otorga, aun cuando el empleador o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar no hubiere efectuado el pago de las aportaciones.”

Esto significaba darle validez a los períodos aportados tanto del ex Seguro Social Obrero como del Empleado. Para mayor aclaración, se dispuso en los artículos 56° y 57° del reglamento lo siguiente:

“Artículo 56°.- Se considerarán como períodos de aportación al Sistema Nacional de Pensiones los de prestación de servicios con anterioridad al 1° de mayo de 1973 que generaron la obligación de pagar aportaciones por riesgos diferidos a la Ex-Caja Nacional del Seguro Social y a la Ex-Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, aun cuando no se hubiere efectuado el pago de las mismas.”

Mediante este artículo quedaba claro que las aportaciones anteriores al 1 de mayo de 1973 –fecha de vigencia del Decreto Ley N° 19990- tenían plena validez.

Y el artículo siguiente fue más específico:

“Artículo 57°.- Los períodos de aportación no perderán su validez, excepto los casos de caducidad de las aportaciones, declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas de fecha anterior al primero de mayo de mil novecientos setentitres.”

Era evidente que se refería a los artículos de las leyes 8433 y 13640, respecto de su posible declaratoria de caducidad e imponiéndoles un requisito, es decir, que sólo perdían validez cuando hubieren sido “declaradas por resolución consentida y ejecutoriada” al 1 de mayo de 1973, las cuales, al parecer, no habían, consecuentemente todas las aportaciones anteriores al 1 de mayo de 1973 tienen validez.

En base a una interpretación diferente, la Oficina de Normalización Previsional, ONP, no consideraba las aportaciones efectuadas para el ex Seguro Social Obrero que estuvieran en las condiciones que dichas normas disponían. La interpretación insistía en aplicar en su integridad las leyes 8433 y 13640 puesto que los periodos correspondían a la vigencia de estas normas y no tomaba en cuenta las disposiciones posteriores, esto es, las del Decreto Ley 19990.

El 2 de diciembre de 2004 se publicó la ley N° 28407 titulada “Ley que declara expedito el derecho de acudir ante la Oficina de Normalización Previsional –ONP a solicitar la revisión de cualquier resolución administrativa que se hubiere expedido en contravención a lo dispuesto en los artículos 56° y 57° del Decreto Supremo N° 011-74-TR, reglamento del Decreto Ley N° 19990”.

La disposición legal está dirigida a hacer valer la interpretación de los artículos 56° y 57° del reglamento del Decreto Ley N° 19990, es decir, aquellos que reconocen los periodos de aportación anteriores al 1 de mayo de 1973 y efectuados a los regímenes de pensiones del ex Seguro Social Obrero (Leyes 8433 y 13640) y, eventualmente, del Seguro Social del Empleado (Ley 13724).

El artículo 1° de la Ley N° 28407 indica:

“Artículo 1°.- Objeto de la Ley

Declárase expedito el derecho de cualquier aportante a acudir ante la Oficina de Normalización Previsional – ONP a solicitar la revisión de cualquier resolución administrativa que se hubiere expedido en su contra, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56° y 57° del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.”

En tal sentido, la norma ratifica lo expuesto por el Decreto Ley N° 19990 y su Reglamento, es decir, el criterio de reconocer los períodos aportado para los dos ex Seguros Sociales mas importantes, sobre los cuales giró la protección social antes del Decreto Ley 19990, salvo que exista resolución consentida y ejecutoriada que haya declarado su caducidad. En el artículo derogatorio se refiere a las normas y criterios que se venían aplicando:

“Artículo 3.- Derogatorias

Deróganse o déjense sin efecto las normas que se opongan a los alcances de la presente Ley y a los presupuestos contenidos en los artículos 56° y 57° del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.”

Se trata de reencauzar una situación jurídica de la que se han generado un conjunto de derechos desconocidos. Este procedimiento rescata, parcialmente, el derogado derecho de los asegurados y pensionistas de reclamar aún cuando la resolución hubiere quedado firme por el transcurso del tiempo. Según la nueva disposición se declara expedito su derecho a reclamar la revisión de “cualquier resolución administrativa” pero sólo en los casos que estamos comentando. Indudablemente, aún cuando las resoluciones tuvieren el carácter de consentidas o ejecutoriadas y, además, no tiene plazo de vencimiento, tal como lo prescribía inicialmente el Reglamento del Decreto Ley N° 19990, respecto del recurso de revisión.²⁰

Además, la generalidad de la disposición (“cualquier resolución administrativa”) va a permitir que el reclamo se extienda a los asegurados que se trasladaron al Sistema Privado de Pensiones y tuvieron o tienen derecho al Bono de reconocimiento. Quienes estuvieren afectados por la interpretación corregida, en cuanto a los años de aportación

²⁰ El artículo 212 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, dispone que el acto administrativo queda firme “una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos”.

podrán reclamar también la corrección del procedimiento y, eventualmente, lograr un mejor monto total del Bono.

En éste caso, se procederá a revisar los aportes del afiliado que hubiera obtenido el Bono y si se presentara la situación regulada por la reciente ley, se tendrá que hacer la corrección del cálculo inicial con el consiguiente reajuste, de acuerdo al Índice de Precios al consumidor. Ello -evidentemente- incidirá en una mejor pensión en el Sistema Privado de Pensiones.

A modo de información, es conveniente revisar el número de pensionistas del Decreto Ley N° 19990 cuyo pago tiene a su cargo la Oficina de Normalización Previsional:

**NUMERO DE PENSIONISTAS DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES,
AL MES DE DICIEMBRE DE CADA AÑO**

1995	315.044
1996	319.308
1997	330.233
1998	338.273
1999	345,868
2000	354,049
2001	352,020
2002	383,737
2003	390,986
2004	408,169
2005	433.048
2006	446,130
2007	443,133
2008	440,459
2009	448,453
2010	448,342(*)

(*) Información al mes de marzo de 2010. Comprende a los pensionistas del D.L. 19990. Además la ONP paga a beneficiarios de otros regímenes.

Fuente : Oficina de Normalización Previsional, www.onp.gob.pe Dato extraído el 30 de mayo de 2010.

Elab : Eduardo Marcos Rueda

Por otra parte, la ejecución de los pagos de pensiones durante el mismo período ha sido el siguiente:

EJECUCIÓN DE PENSIONES 1995 – 2005
EN NUEVOS SOLES

1995	817.949.573
1996	961.120.452
1997	1.187.421.598
1998	1.304.025.031
1999	1.516.227.715
2000	1.648.157.882
2001	1.863.990.911
2002	2.635.419.628
2003	2.785.185.356
2004	3.068.754.423
2005	3.445,002.339
2006	3.523,418.639
2007	3.467,891.664
2008	3.306,981.420
2009	3,582,433,872
2010	3,874,277,256

(*) Enero-abril ejecución neta.

Fuente: Oficina de Normalización Previsional, ONP, www.onp.gob.pe información extraída el 30 de mayo de 2010

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

4.2.1.5 LA JUBILACIÓN OBLIGATORIA EN EL SNP

Finalmente, es importante tratar el tema de la jubilación obligatoria en cuanto tiene relación con el desempleo. Fue una de las normas incluidas en la llamada flexibilización laboral, como causal de extinción del contrato de trabajo. Se incluyó en el Decreto Legislativo N° 728 del 8 de noviembre de 1991 que luego fue publicado como Texto Único a través de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR).

En el Sistema Nacional de Pensiones, la jubilación es voluntaria. Ello se desprende del texto del artículo 38° del Decreto Ley N° 19990:

“Artículo 38°.- Tienen derecho a pensión de jubilación los hombres a partir de los sesenta años de edad y las mujeres a partir de los cincuenticinco, a condición de reunir los requisitos de aportación señalados en el presente Decreto Ley.

Por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo Directivo del Seguro Social del Perú y los estudios técnico y actuarial correspondientes, podrá fijarse en las condiciones que en cada caso se establezca, edades de jubilación inferiores hasta en cinco años a las señaladas en el párrafo anterior, para aquellos grupos de trabajadores que realizan labores en condiciones particularmente penosas que implican un riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a la mayor edad de los trabajadores.”

No se establece una imposición para ejercitar el derecho tajantemente a esa edad. Es un derecho que puede ejercer el asegurado en cuanto considere conveniente, “a partir de ...”, lo cual no implica que pueda continuar laborando – si así lo desea- después de los 55, 60 o (ahora) 65 años de edad.

Sin embargo, la promulgación del Decreto Legislativo N° 728 (Texto Único Concordado, Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral) determina la jubilación como causal de extinción del contrato de trabajo, lo cual significa una radical modificación sobre la libre voluntad del trabajador o asegurado.

Léase el texto de los artículos 16° y 21°:

Decreto Supremo N° 003-97-TR

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

“DE LA EXTINCION

Artículo 16o.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente;
- f) *La jubilación;*
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.”

“Artículo 21o.- La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador con el fin de que éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario.”

Se establecen pues dos posibilidades:

- a. La jubilación obligatoria a los 65 años de edad.
- b. La jubilación obligatoria y automática a los 70 años de edad.

En el primer caso, se considera la jubilación obligatoria pero bajo algunas condiciones:

- Que tenga derecho a una pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Pensiones (SPP). No es aplicable a otros regímenes como el Régimen de Pensiones Militar Policial, Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, Régimen de pensiones de los empleados públicos, entre otros.

- Que el empleador se obligue a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión.
- Que el empleador se obligue a reajustar la pensión periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste la pensión por la ONP o la AFP, según sea el caso. Es relativo, en la medida en que los reajustes de pensiones, en los últimos tiempos, casi no se vienen dando.
- Que el empleador que decida aplicar la presente causal comunique por escrito su decisión al trabajador, con el fin de que éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión.

Si se aplicara ésta situación, el cese laboral se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión del interesado.

En el Reglamento se aclaró la parte correspondiente al monto a cargo del empleador:

Decreto Supremo N° 001-96-TR del 26 de enero de 1996

“Artículo 29°.- El monto adicional de la pensión que mensualmente otorgue el empleador conforme al primer párrafo del artículo 54° de la Ley, se extingue por fallecimiento del beneficiario.”

En el segundo caso, no hay condiciones, pues queda a criterio del empleador aplicar la norma y, en consecuencia, cesar al trabajador a los setenta años de edad, salvo que hubiere existido pacto en contrario. La jubilación es obligatoria y automática.

No obstante, se presentaba un problema: ¿qué sucedía si el empleador cesaba al trabajador y éste no cumplía los requisitos para poder tener derecho a pensión de jubilación?. Si así sucedía podía dejársele sin trabajo y sin pensión. Para tratar de solucionar este problema, se incorporó una norma aclaratoria en el Reglamento.

Decreto Supremo N° 001-96-TR del 26 de enero de 1996

“Artículo 30°.- Se entiende que opera la jubilación obligatoria y automática prevista en el tercer párrafo del Artículo 54° de la Ley, si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite administrativo que se estuviera siguiendo para el otorgamiento de dicha pensión.”

Como explicamos en el párrafo anterior, si nos ateníamos al texto propio de la Ley, se podía despedir a personas que no cumplieran con los requisitos para jubilarse, sobre todo, en el Sistema Nacional de Pensiones y principalmente en cuanto a los años de

aportaciones (20, actualmente), con lo cual se estaría aplicando injustamente una disposición.

En lo que no existe diferencia es en cuanto al trámite administrativo, pues se prescinde de él para aplicar la ley, seguramente entendiendo que su duración podía retrasar el cese laboral efectivo y, por tanto, la reducción de personal que se podría aplicar en una empresa.

4.2.2 EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

4.2.2.1 ANTECEDENTES

Pasaremos revista ahora –aún cuando sea brevemente- a la pensión de jubilación que se otorga en el Sistema Privado de Pensiones, pues también es importante tener en cuenta.

Alberto Fujimori Fujimori sería elegido Presidente de la República en 1990. En elecciones celebradas el domingo 10 de junio de ese año, en segunda vuelta, derrota a Mario Vargas Llosa. Posteriormente, sería reelegido en 1995 e intentaría continuar un tercer gobierno en 2000. Asumió luego un gobierno de transición, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao

En un debate con Mario Vargas Llosa, realizado en el auditorio del Centro Cívico y Comercial de Lima, Fujimori afirmaba que implantaría un crecimiento económico con equidad con “respeto a la estabilidad laboral, en la fijación de salarios por medio de la concertación, en el respeto de los derechos adquiridos de los trabajadores estatales – “!No!” a los despidos masivos-, ...”²¹

Al enfocar el tema “Trabajo e informalidad”, expresó: “Nuestro gobierno, pues, garantizará la estabilidad laboral y los derechos de los trabajadores, es decir, respetará la actual Constitución.” Así como la “constitución de entidades privadas complementarias al Instituto Peruano de Seguridad Social, pero sin desafiliación ni eliminación por aportación porque ello atentaría contra la solidaridad con los que menos tienen.”²²

Uno de los cambios importantes, a partir de 1990, fue el del rol social del Estado. El nuevo Estado ya no es participativo o comprometido en las cuestiones sociales, ahora tiene un rol contralor, trasladó gran parte de su anterior papel al sector privado, plasmado luego en el texto de la Constitución Política de 1993. Es importante tener en cuenta el marco político y económico en que se desenvuelven determinados cambios en

²¹ UNIVERSIDAD DEL PACIFICO, Centro de Investigación... El Debate, Intercampus, Versión completa del debate realizado entre los candidatos a la Presidencia de la República, en el Centro Cívico de Lima, el 3 de junio de 1990, noviembre de 1990, p. 33.

²² *Ibidem*; pp. 66 y 67.

aspectos estructurales como el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto en nuestra patria como en otros países.

Según el Censo de 1993, ahora el total de la población peruana es de 22 millones 639 mil 443 habitantes, de los cuales el 70,1% pertenece a los centros poblados urbanos y 29,9% a los rurales. La Población Económicamente Activa es de 7 millones 109 mil 527 personas y es mayor en el estrato poblacional de 15 a 29 años que constituye el 40,1%.

A su vez, la PEA ocupada en el sector terciario (Comercio y servicios básicos) es de 2'992,545 personas, 50,6%; en el sector secundario (Industria manufacturera y Construcción) 16,4%; y, sector primario (Agricultura, ganadería, caza, pesca, silvicultura y minería) 33,0%. El subempleo, el empleo “sin contrato”, la intermediación laboral, se ha elevado notoriamente.

Dentro de los cambios, se procedió a reducir el aparato estatal en pos de lograr una mayor eficiencia, se flexibilizaron las normas laborales, se modificó la Constitución, entre otras medidas. La reducción de personal generaría, años más tarde, en el 2002, constantes reclamos por parte de los trabajadores cesados, a quienes se les dio la oportunidad de optar por diferentes beneficios.

El Estado que era una de las fuentes generadoras de empleo hasta comienzos de los noventa, redujo ese rol a menos del 50% en relación a cómo lo venía haciendo y, lamentablemente, no fue sustituido con otra política de generación de puestos de trabajo.

En el mejor de los casos, se crearon pequeñas y micro empresas pero sin mayor apoyo y con numerosos problemas de funcionamiento, o trabajos informales y sin contrato, o tercerización laboral, lo cual tampoco propicia una mejora en la cobertura de la protección social.

Si bien, una parte del empleo se acrecentó, es necesario tener en cuenta el costo que se produjo, sobre todo, en materia de Seguridad Social. Se generaron formas de evadir o evitar la afiliación o la incorporación formal a los sistemas de seguridad social vigentes en el país y, con ello, la falta de pago de aportes que, en algunos casos se denomina “cargas laborales”. Las modalidades que existen para incorporar a los trabajadores independientes no han dado resultado principalmente por la falta de voluntad de los interesados.

Como señala Juan Chacaltana “el mercado laboral peruano es altamente proclive a generar autoempleo o empleo no asalariado, (y) un mejor indicador del desempeño del mercado laboral es la evolución del empleo asalariado, en particular el empleo

asalariado privado, en vista que el empleo público se redujo de manera significativa luego de los procesos de privatizaciones y reestructuraciones del sector público.”²³

La importancia de las circunstancias que se produjeron en el país, sobre todo las económicas, determinó que temas relativos a la Seguridad Social se fueran incluyendo en documentos como las Cartas de Intención remitidas a organismos del nivel del Fondo Monetario Internacional (FMI):

"16. La creación de un Sistema Privado de Pensiones, como alternativa al sistema público de pensiones, en junio de 1993, se espera que contribuya a aumentar el ahorro total en la economía".

(Carta de Intención a ser presentada al Fondo Monetario Internacional, para el año 1994)²⁴

Igual sucedió con la Carta de Intención al mismo FMI para el año 1998 informando sobre las reformas de los sistemas de pensiones y las obligaciones del gobierno como producto de la creación del SPP:

“15. Durante 1998, el gobierno continuará el proceso de reformas del sistema de pensiones iniciado en 1993. En diciembre de 1997 la ONP emitió bonos de reconocimiento por un valor facial total de de S/. 687 millones a favor de unos 36,900 aportantes del sistema público de pensiones que se transfirieron al sector privado. Antes de fin de año se emitirán bonos de reconocimiento por unos S/. 700 millones adicionales a favor de unos 40,000 aportantes. El año pasado el gobierno estableció el Fondo Consolidado de Reservas Provisionales, fondo autónomo cuyos recursos están destinados a cubrir obligaciones del sistema provisional público en el mediano y largo plazo. Parte de los ingresos de la privatización de 1998 se colocarán en un fondo de inversión cuya rentabilidad se destinará a mejorar las pensiones...”²⁵

En el mismo documento también se informaba al FMI sobre la reciente creación de las Entidades Prestadoras de Salud para prestar servicios de salud y que en el primer

²³ CHACALTANA, Juan... en Los costos Laborales en Perú, en Inseguridad Laboral y competitividad: modalidades de contratación, Editores Víctor E. Tokman y Daniel Martínez, Oficina Internacional del Trabajo, Primera edición, 1999.

²⁴ Carta de Intención publicada el 9 de mayo de 1994, en el diario oficial El Peruano. También se refiere al “progreso sustancial en la flexibilización del mercado laboral, mediante la promulgación de una legislación que permite una variedad de contratos laborales, adopta una posición flexible sobre la estabilidad laboral y regula el proceso de negociación colectiva.” (punto 20). Finaliza indicando que “Muchas de las recomendaciones de la misión estadística del Fondo en el periodo marzo/abril de 1993 han sido ya implementadas.” (punto 21).

²⁵ Carta de Intención al Fondo Monetario Internacional, Prepublicación difundida en el diario oficial El Peruano el 21 de abril de 1998.

semestre de 1998 “... el gobierno dictará todas las regulaciones necesarias para que las EPS comiencen a operar...”

Es claro que el Sistema Nacional de Pensiones había tenido problemas en los últimos años, principalmente, en el aspecto económico financiero. Se trataba de un sistema en plena etapa de madurez. Sus normas legales se habían ido actualizando, pero no era suficiente. Las circunstancias habían ido cambiando desde su origen. La seguridad social -en este caso, el Sistema Nacional de Pensiones- no podía estar al margen de los problemas económicos del país. Y junto a ello, incidieron los factores demográficos (natalidad, mortalidad, esperanza de vida), la constante evasión y morosidad de aportes, tanto del Estado como del Sector Privado, la elevación del porcentaje de desempleo y subempleo, las bajas remuneraciones.

Cuando todos ellos intervienen en el desequilibrio económico financiero de un régimen, se trata de recuperar la modificación de la pirámide cuya base –los aportantes- se estaba angostando frente a un ensanchamiento del extremo superior –los pensionistas-.

Se trató de incrementar los ingresos a través de la elevación de las tasas de aportación (una de las medidas que se adoptan cuando se modifican las variables socioeconómicas, sobre todo, cuando descienden las tasas de natalidad y se eleva la de mortalidad) o de modificar los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones, a fin de evitar egresos excesivos o que no se encuentren debidamente compensados.

En general, se trató de una reforma, dentro de las reformas del Estado que se produjo a partir de la década de los noventa en América Latina y, fundamentalmente, en cuatro áreas: a) las instituciones políticas y la organización del Estado; b) las instituciones fiscales, tributarias y de descentralización; c) las instituciones de las políticas económicas sectoriales; y, d) las instituciones de las políticas sociales. En el caso de las pensiones, la reforma se produjo en varios países “inspirados en el modelo chileno creado en 1981, con miras a mejorar la cobertura de la seguridad social, reducir las ineficiencias administrativas y financieras, estimular el desarrollo del mercado de capitales y prevenir los futuros desequilibrios fiscales del sistema”²⁶ .

El 10 y 11 de noviembre de 1991, respectivamente, se publicaron los breves artículos de los Decreto Legislativos 718 y 724 que creaban los Sistemas Privados de Salud y Pensiones, todavía bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979 y en calidad de regímenes complementarios a los que administraba el IPSS.²⁷

²⁶ “El Estado de las reformas del Estado en América Latina” Editado por Eduardo Lora, 2007, Ob. Cit. pp. 7 y 47.

²⁷ El Decreto Legislativo N° 724 fue publicado el lunes 11 de noviembre de 1991 bajo el título de Créase Sistema Privado de Pensiones complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del IPSS.

Su sexto considerando se refería a la incidencia de los fondos privados en tanto “han demostrado constituir importantes fuentes generadoras de ahorro, inversión y empleo y permitiendo a los trabajadores acceder a la propiedad de diferentes empresas y promoviendo el accionariado difundido”.

Estos dispositivos no se pusieron en práctica por razones que se desconocen. Inicialmente se gestaron en el Ministerio de Trabajo pero luego pasaron a un proceso de revisión por el Ministerio de Economía y Finanzas el que, al parecer, asumió la redacción definitiva de los nuevos proyectos.²⁸

En relación a la sustitución de los Decretos Legislativos por un nuevo proyecto de Ley gestado en el Ministerio de Economía y Finanzas, el ex Diputado Mario Roggero escribe que el Ministro de Economía, Carlos Bologna, trataba de buscar una alternativa y que la creación del Sistema Privado de Pensiones “Era el único recurso (el ahorro de los trabajadores) al que podía apelar para desactivar la grave recesión que su implacable política había originado. Para esto debía variar radicalmente la orientación del sistema privado de pensiones aprobado y promulgado por el gobierno apenas cinco meses atrás. El objetivo del sistema ya no sería mejorar las pensiones de los jubilados sino utilizar el Fondo de Pensiones para fines fiscales, para salir de aprietos. Para ello –él sabía- tenía que derogar el D.L. 724. Y eso fue precisamente lo que hizo.”²⁹

De acuerdo al texto del mismo Decreto -que comprendía 50 artículos, 3 Disposiciones Complementarias y 2 Transitorias- el sistema tenía el carácter de complementario al Sistema Nacional de Pensiones. La jubilación se iba a otorgar a los 65 años de edad para los hombres y 60 para las mujeres (artículo 28° del Decreto Legislativo). El nuevo y definitivo dispositivo lo elevaría a 65, para hombres o mujeres.

Finalmente, el 6 de diciembre de 1992, se promulgaría el Decreto Ley N° 25897 creando definitivamente el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones (SPP), sustituyendo al anterior Decreto Legislativo que acabamos de comentar. Años mas tarde, mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF del 14 de mayo de 1997, se unificaron sus normas a través de un texto único ordenado que recoge las modificaciones dictadas.

²⁸ En Revista Debate N° 105, marzo-abril de 1999, Entrevista realizada a Fritz Du Bois, Jefe de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas: “El período 91-92 fue el más imaginativo, pues entonces todo estaba por hacerse. Las facultades legislativas que nos otorgó el Congreso en 1991 permitieron promulgar 87 Decretos Legislativos que constituyeron una profunda transformación de la economía. Además el vacío legislativo que se creó en 1992 permitió sacar adelante alrededor de 200 decretos leyes. En general, la de Boloña fue la etapa más dinámica, debido a las reformas que modernizaron el país. Sentíamos que estábamos sacando al Perú del estancamiento en que se encontraba.” pag. 11. ROGGERO VILLENNA Mario... ESCOJA USTED, Primera edición ; el autor señala que el ex Ministro de Trabajo, doctor De los Heros, le indicó en una oportunidad que el proyecto “debía pertenecer al Ministerio de Trabajo y no al Ministerio de Economía...” p. 126.

²⁹ ROGGERO VILLENNA, Mario... Op. Cit. p. 184

Paralelamente, se produjeron varias modificaciones en las normas legales del Sistema Nacional de Pensiones, la primera de las cuales modificó el requisito de los años de aportaciones para obtener el derecho a la pensión de jubilación y elevándolo a 20 años completos de aportaciones.

La expectativa de la irrupción de este nuevo Sistema Privado estaba centrada en sus resultados económico-financieros. Con la acumulación de los aportes en el nuevo Sistema se incentivaría el ahorro interno y ello generaría mayores inversiones y el crecimiento económico del país.

Su puesta en marcha, a mediados de 1993, estuvo rodeada de muchas expectativas.

"Hoy se inicia oficialmente el Sistema Privado de Pensiones (SPP), creado por Decreto Ley N°25897. A partir de hoy las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sustento básico del sistema, están autorizadas para iniciar el proceso de afiliación...

El SPP se debe sustentar en la confianza que deberán tener los afiliados en la libertad para elegir, y en la mayor eficiencia de la empresa privada para administrar los recursos de los trabajadores.

De la labor de la Superintendencia, y de la transparencia con que actúen las AFP, dependerá en gran medida el éxito o fracaso del sistema, que si es adecuadamente administrado, puede convertirse en la reforma estructural más importante que haya aprobado el presente gobierno, posibilitando de esta manera que el país se beneficie con los positivos efectos que este sistema genera en diversos aspectos de economía nacional, tal como ya lo ha demostrado la experiencia chilena.

En este sentido el impacto de las AFP, entre otras cosas, permitirá desarrollar el mercado de capitales, la creación de un mercado de recursos de mediano y largo plazo que propiciarán la recomposición de los pasivos de la actividad empresarial. Asimismo posibilitará la creación de un sistema de capitalismo popular en la medida en que cada uno de los trabajadores participe -a través de su fondo- en el accionariado de diversas empresas."³⁰

En julio de 1993 se inició formalmente las actividades del nuevo Sistema.

Posteriormente, al modificarse la tasa de porcentaje de aportación –en 1995- el diario El Mundo, de entonces, editorializaba:

³⁰ En Diario Gestión, edición del 23 de junio de 1993.

“Con las normas aprobadas en el Congreso se logra, de un lado, ofrecerle a los trabajadores la posibilidad de recibir una mejor pensión que en el sistema público y, de otro lado, se potencia la economía: las AFP son como una gran reserva de capitales que ya han empezado a irrigar el mercado peruano, todavía árido de capitales propios.”³¹

Uno de los objetivos del cambio pues, estaba dirigido al aumento del ahorro, a fomentar el desarrollo de capitales y, en general, a lograr una mayor tasa de crecimiento económico para el país, además por supuesto de "contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de previsión social en el área de pensiones..."

La reforma de la Seguridad Social había llegado a nuestro país. Los inicios del modelo privado de pensiones en el Perú llevaron también a una polémica entre los especialistas sobre si se trataba, o no, de una parte de la Seguridad Social, la misma que se zanjó indicándose que, al final de cuentas, se trataba de una forma de previsión social del individuo, en general.

4.2.2.2 CREACIÓN Y EVOLUCIÓN

El Sistema establecido en el Perú, se basa en algunas características fundamentales:

1. Libre elección.
2. Administración privada
3. Ahorro forzoso
4. Capitalización individual
5. Relación aporte-beneficio

Otra de las diferencias respecto del Sistema Nacional ha sido el aporte diferenciado para jubilación del que corresponde a invalidez y fallecimiento, mientras que en el Sistema Nacional es un solo aporte para todas las contingencias.

³¹ En Diario El Mundo, edición del 10 de junio de 1995, p. A4. En el mismo diario, p. A8, el Congresista Ricardo Marcenaro declaraba que "... no olvidemos que en ahorro interno para el año 2,000 el sistema privado habrá generado unos 3 mil millones de dólares, con lo cual habrá nuevas empresas, mayor trabajo y mayor desarrollo." Fue a raíz de la aprobación por el Congreso Constituyente Democrático de las modificaciones en las tasas de aportación y forma de aportar tanto en el Sistema Nacional de Pensiones como en el Sistema Privado de Pensiones.

En los comienzos llegaron a funcionar ocho Administradoras de las cuales hoy funcionan 4. Tuvo el carácter de alternativo, pero no excluyente.

El SPP está a cargo de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, AFP, que son sociedades anónimas encargadas de administrar los fondos de pensiones. Estos están constituidos por las Cuentas Individuales de Capitalización de cada afiliado, cobrando por el servicio una retribución o comisión, de acuerdo al mercado.

Las 8 Administradoras de Fondos de Pensiones que llegaron a funcionar fueron:

- Integra.
- Horizonte
- Profuturo
- El Roble
- Providencia
- Unión
- Megafondo
- Nueva Vida

Luego de algunas fusiones, actualmente funcionan:

- Horizonte.
- Integra.
- Prima.
- Profuturo.

Precisamente, en agosto de 2005 el mercado de las AFP se amplió con el ingreso de una nueva: Prima AFP.

Se trata de una nueva AFP cuyos accionistas pertenecen al Grupo Romero y, específicamente, teniendo como base la empresa Credicorp en el que se encuentran el Banco de Crédito del Perú y Pacífico Seguros. Anteriormente, Credicorp también estaba en el mercado de las AFP pero vendió su participación en AFP Unión al Grupo Santander, hace cinco años.

Con ello, los trabajadores afiliados a las actuales AFP tendrán que revisar su actual afiliación para contemplar la posibilidad de trasladarse a otra o a la nueva. Es sabido que las AFP tienen entre sus afiliados a trabajadores de las empresas que, precisamente, forman de ella como accionistas. Esto significa que la nueva AFP tendrá dirigido su objetivo a captar a los trabajadores de las empresas que la integran y que actualmente pertenecen a otra.

El diario El Comercio tituló: “Credicorp retorna para remecer el adormecido mercado de AFP”³² e informa que “... Credicorp regresa no sólo para quedarse, sino para pretender alcanzar el liderazgo que le fue esquivo... “ en el “negocio previsional”. Agrega que anualmente se incorporan a las AFP unos 200 mil trabajadores y que su objetivo es lograr el 30% de ese grupo. En efecto, la comisión que cobrará es de 1,5% cifra bastante menor que las demás AFPs. Posteriormente, las otras AFPs revisarían y reajustarían sus comisiones para evitar grandes diferencias en los porcentajes de comisiones que los pondrían en menores posibilidades de éxito en el mercado.

4.2.2.3 AFILIACIÓN

La afiliación puede darse a través del traslado de un trabajador del Sistema Nacional de Pensiones al Sistema Privado de Pensiones, o de la inscripción directa, si se tratara de un nuevo trabajador. Puede tratarse de un trabajador dependiente o independiente. El trabajador que se integra al SPP debe suscribir un contrato de afiliación con la AFP.

Los trabajadores que ingresan a laborar por primera vez, tienen 10 días para expresar su voluntad de incorporarse o permanecer en el Sistema Nacional de Pensiones, según fuera el caso. Si no lo hiciera, el empleador tiene la facultad de afiliarlo en la AFP que el trabajador elija. Como se ha señalado antes, la Ley N° 28991 incorporó 10 días más para ratificar su decisión original y la obligación del empleador de brindar una adecuada información al trabajador para que pueda elegir el sistema que considere conveniente.

La afiliación al Sistema se configura con la suscripción del Contrato de afiliación y la asignación del Código Único de Identificación del Sistema de nominado CUSPP. A partir de entonces se hace sumamente difícil lograr excluirse del Sistema, salvo algunas causales que se comentan más adelante o la aplicación de la Ley de Libre Desafiliación informada, según sea el caso.

Dentro del Sistema Privado no hay mayores inconvenientes en trasladarse de una administradora a otra. En el 2005 se dictaron algunas disposiciones reglamentarias que flexibilizaron el procedimiento, incluyendo el traspaso por Internet.

Desde su inicio, el SPP ha tratado de captar el mayor número de afiliados. Una de las acciones estuvo dirigida a los afiliados del régimen público de pensiones, Decreto Ley N° 20530, a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 817. En dicho dispositivo se estableció que en caso que los empleados públicos que -perteneciendo al Decreto Ley N° 20530- se trasladaran al SPP tenían derecho a un incremento en sus remuneraciones equivalente al 11% de su monto asegurable y a un Bono de Reconocimiento 20530.

³² En Diario El Comercio; edición del 27 de febrero de 2005; p. B1.

Pese a ello, la medida no obtuvo los resultados esperados, teniendo en cuenta que en el Decreto ley N° 20530, los beneficios son más ventajosos, sobre todo en lo que se refiere a la obtención de una pensión de cesantía, en que no se exige el requisito de la edad como sí se solicita en el SPP (65 años).

4.2.2.4 LA LIBRE DESAFILIACIÓN

Los dispositivos sobre desafiliación comenzaron a gestarse después de algunos años y teniendo en cuenta el pedido de muchos afiliados y organizaciones laborales.

Un primer dispositivo sobre el particular tuvo vigencia hasta el 31 de mayo de 1996 para quienes no tenían derecho al Bono de Reconocimiento. La realidad llevó a flexibilizar este criterio a través de la *nulidad del contrato*. El 8 de junio de 1999, la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones emitió la Resolución N° 185-99-EF/SAFP cuyo artículo 7° sustituyó el Subcapítulo VII del Capítulo I del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

El texto fue el siguiente:

“Causales de nulidad y de anulabilidad

Artículo 51°.- Se consideran causales de nulidad de una afiliación al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones las siguientes:

- a) Haberse comprobado, según el procedimiento establecido, que la firma del trabajador es falsificada;
- b) La afiliación por responsabilidad del empleador, cuando no se haya cumplido con las normas que regulaban esta forma de afiliación;
- c) Comprobarse la inexistencia del afiliado;

Asimismo, la afiliación al SPP podrá ser declarada nula por alguna de las causales de anulabilidad que se señalan a continuación:

- d) Comprobarse que el afiliado se encontraba percibiendo pensión de carácter vitalicio bajo el régimen del Decreto Ley N° 19990, administrado actualmente por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con anterioridad a su incorporación al SPP;

- e) Comprobarse que el afiliado, a la fecha de su incorporación al SPP, cumplía con los requisitos para obtener una prestación por jubilación de carácter vitalicio en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990; y,
- f) Comprobarse que el afiliado haya sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, como consecuencia de que la fecha de la ocurrencia de invalidez determinada por el COMAFP o COMEC, según sea el caso, sea anterior a la fecha de su incorporación al SPP, de conformidad con las normas del Título VII del presente Compendio.

El plazo para la presentación de la solicitud de nulidad de afiliación por las causales señaladas en los incisos a) y c) se sujetarán a lo establecido en el numeral 1 del Artículo 2001° del Código Civil; en el caso de los incisos d), e) y f) el referido plazo se sujetará a lo establecido en el numeral 4 del referido artículo, computándose dichos plazos a partir de la fecha de otorgamiento del respectivo CUSPP. El plazo para solicitar la nulidad de afiliación por responsabilidad del empleador, a que se refiere el inciso b) anterior vencerá el 31 de diciembre de 1999.”

De esta manera, las personas comprendidas en estas causales podían solicitar la nulidad de sus contratos y reintegrarse al Sistema Nacional de Pensiones. Las tres primeras casuales no requieren mayor interpretación, salvo la “responsabilidad” del empleador en que caben algunas acciones que valorar, como el procedimiento seguido.

Posteriormente, según la Resolución N° 749-2000 de la Superintendencia de Banca y Seguros, vigente a la fecha, se derogaron los incisos d) y e) anteriormente comentadas, es decir, la de “Comprobarse que el afiliado, a la fecha de su incorporación al SPP, cumplía con los requisitos para obtener una prestación por jubilación de carácter vitalicio en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990; y además, la de Comprobarse que el afiliado, a la fecha de su incorporación al SPP, cumplía con los requisitos para obtener una prestación por jubilación de carácter vitalicio en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990.

Es decir, se dejaba sin efecto, una de las causales más importantes que era la que beneficiaba, por lo menos, a la persona que teniendo derecho a una pensión en el D.L. 19990, se trasladaba a una AFP. Se implantaría luego el derecho a esta pensión – inclusive adelantada- en el SPP. Las leyes 27617 y 27252 regularon la jubilación adelantada en el Sistema Privado y la jubilación por trabajos de riesgo pero, en este último caso, sólo para los primeros y para trabajadores de construcción civil. El artículo 2° de la Ley de Libre Desafiliación informada también incluiría la posibilidad de retornar al SNP para quienes pudieran haber tenido derecho anteriormente en dicho régimen y se trasladaron al SPP.

En el año 2004 fue aprobada una ley que permite la desafiliación de las AFP a través de un sistema de selección a cargo de una Comisión que revisaría los casos de las solicitudes que se presenten. La norma fue observada por el presidente de la República y no se ha insistido en su promulgación. En el Congreso de la República se presentaron diversos proyectos tendientes a lograr la desafiliación abierta, para que las personas que deseen puedan retornar al Sistema Nacional de Pensiones.

Finalmente, el 27 de marzo de 2007, el diario oficial publicó la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada que permite a algunos afiliados del SPP retornar al SNP, principalmente, a quienes pertenecían al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995.

La norma se refiere a varios aspectos:

1. La “Libre Desafiliación”.
2. Pensiones mínimas y complementarias.
3. Derecho a información oportuna y eficiente.
4. Jubilación anticipada por desempleo.
5. Aportes voluntarios con fines previsionales.
6. Información de empresas morosas.
7. Disposiciones Transitorias (Art. 70° del D.L. 19990).

Y en cuanto a la “**Libre Desafiliación**” se pueden distinguir tres grupos entre quienes pueden acogerse a esta norma:

- a. **Primer grupo:** para las personas que se afiliaron al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que, al momento de hacer efectiva la desafiliación, le corresponda una pensión en el SNP, independientemente de la edad. Es decir, que al momento de la desafiliación tengan 20 años de aportaciones. A ello habría que agregarle que estos años deben ser efectivamente aportados y no sólo trabajados. Un requisito es para obtener el derecho a la desafiliación y el otro para hacerlo efectivo. Se trata, evidentemente, de una norma restringida.
- b. **Segundo grupo:** todas las personas que al momento de afiliarse al SPP tenían derecho a una pensión en el SNP. Puede darse el caso que habría personas que cumplieran los requisitos para jubilarse –incluso en adelantada- en el SNP y aún así se trasladaron al SPP. No es necesario que hayan estado afiliados al 31 de diciembre de 1995.
- c. **Tercer grupo:** los de la Ley 27252. (Primera D.T.) Esta ley creó la jubilación adelantada para trabajos de riesgo en el SPP: mineros y construcción civil.

Además, tiene algunas características:

- d. Traspaso de sus fondos (aportes, Bono y rentabilidad). Si se produce el traslado, los fondos serán también trasladados al SNP. Pero, además, debe pagar la diferencia entre ambos sistemas. En el SNP es 13% y en el SPP habría pagado el 8% y el 10%
- e. Facilidades para el pago de la diferencia de aportes (10% de la remuneración o de la pensión). El monto establecido para el pago podrá hacerse con facilidades que brindará la ONP. A los trabajadores se les podrá descontar de sus remuneraciones y a los pensionistas de sus montos mensuales, en ambos casos, hasta el 10% de su remuneración o pensión, según sea el caso.
- f. No es para pensionistas. Los pensionistas del SPP no tienen la opción de trasladarse al SNP.

Posteriormente, se dictaría su reglamento, el Decreto Supremo N° 063-2007-EF y, entre otras disposiciones, la Resolución N° 1041-2007 de la SBSAFP.

Ya, anteriormente, el Tribunal Constitucional había emitido sendas sentencias en las que se determinó que la deficiente información al trabajador también podría ser considerada causal de desafiliación. Fueron las sentencias Nos. 1776-2004-AA/TC y 07281-2006-PA/TC. Esta causal sirvió para que en la Ley N° 28991 se incluyera la obligación del empleador en brindar una adecuada información al trabajador antes de optar por un sistema u otro.

NÚMERO DE AFILIADOS

Según informaba la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, **a junio de 2005**, en el Sistema Privado de Pensiones, había un total de 3 millones 516 mil 932 **afiliados**.

Dichos afiliados están distribuidos de la siguiente manera:

CUADRO DE AFILIADOS EN EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

AFP	AFILIADOS	PART. POR SEXO %	PART. POR AFP %
HORIZONTE	921 054	100,0	26,2
Hombres	587 637	63,8	

Mujeres	333 417	36,2	
INTEGRA	901 995	100,0	25,6
Hombres	557 616	61,8	
Mujeres	344 379	38,2	
PROFUTURO	851 820	100,0	24,2
Hombres	579 285	68,0	
Mujeres	272 535	32,0	
UNION VIDA	842 063	100,0	23,9
Hombres	571 580	67,9	
Mujeres	270 483	32,1	
TOTAL SPP	3 516 932	100	
Hombres	2 296 118	65,3	
Mujeres	1 220 814	34,7	

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

Fuente : SBS-SAFP

La Superintendencia de Banca y Seguros agrega que, del total de afiliados, al término del primer trimestre del año 2005, el número de **cotizantes** ascendió a 1 342 455 personas, siendo el promedio trimestral de 1 347 799 personas (6,8 % superior al promedio del primer trimestre del 2004).

Es importante establecer siempre la diferencia entre afiliados y cotizantes o aportantes. Esta situación diferencial se presenta en todos los sistemas pero se hace más visible en el Sistema Privado. Se entiende que los afiliados que dejan de aportar lo hacen debido a la pérdida del empleo o se trata de personas afiliadas en calidad de voluntarios.

No obstante, el número de ambas categorías de integrantes del Sistema Privado de Pensiones, en el país, fue elevándose paulatinamente, como ha sucedido desde que se creó, en el año 1992. Durante los primeros meses del año 2008 el número se elevó de la siguiente manera:

AFILIADOS A MAYO DE 2008

MES	HORIZONTE	INTEGRA	PRIMA	PROFUTURO	TOTAL
Dic. 07	1 085 018	1 062 744	1 023 482	929 816	4 101 060
En. 08	1 089 715	1 070 530	1 025 352	933 557	4 119 154
Feb. 08	1 093 858	1 078 070	1 028 004	937 235	4 137 167
Mar. 08	1 101 387	1 084 028	1 029 814	940 848	4 156 077
Abr. 08	1 112 855	1 090 509	1 032 283	944 087	4 179 734
May. 08	1 117 312	1 096 597	1 034 287	946 796	4 194 591

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

Fuente : SBS-SAFP

Al mes de abril de 2010:

MES	HORIZONTE	INTEGRA	PRIMA	PROFUTURO	TOTAL
ABRIL	1 229 263	1 167 793	1 091 921	1 024 591	4 513 568

Datos extraídos de la página www.sbs.gob.pe (Boletín estadístico de AFP) el 30 de mayo de 2010.

Según la SBSAFP, el número de **cotizantes**, al primer **trimestre de 2008**, era de **1 661 685 personas**.

Y a **setiembre de 2009**:

TOTAL SPP	4 416,403	100%
Hombres	2 852 734	64.6%
Mujeres	1 563 669	35.4%

Dato extraído de www.sbs.gob.pe Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, el 3 de noviembre de 2009.

No obstante, los afiliados cotizantes, al mes de julio de 2009, eran:

AFP	NÚMERO
HORIZONTE	440 000
INTEGRA	526 808
PRIMA	499 745
PROFUTURO	329 960
TOTAL SPP	1 796 513

Información extraída de www.sbs.gob.pe Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, el 3 de noviembre de 2009

Y al mes de febrero de 2010:

AFP	NÚMERO
HORIZONTE	500 138
INTEGRA	554 908
PRIMA	508 816
PROFUTURO	326 383
TOTAL SPP	1 890 245

PENSIONISTAS

A diciembre de 1998, el número de pensionistas en general era de 12,518, de los cuales:

- 1,656 eran de jubilación,
- 10,294 a pensiones de sobrevivencia; y,
- 568 de invalidez.

En los últimos años, como es natural, también, el número se ha ido elevando pero por razones obvias de reciente funcionamiento del Sistema, todavía no es significativo en relación al Sistema Nacional de Pensiones.

En el siguiente cuadro se puede observar la información al 31 de enero de 2005. Se trata de una información general en torno al total de pensionistas y por AFP, es decir, según las AFPs que funcionaban a esa fecha:

**NUMERO DE PENSIONISTAS DE JUBILACIÓN, POR AFP Y EDAD ACTUAL
AL 31 DE ENERO DE 2005**

AFP

RANGO DE EDAD

	- 55	56-60	61-65	66-70	71-75	+75	TOTAL
HORIZONTE	97	1549	1 110	1 251	366	86	4459
INTEGRA	272	2 219	2 725	844	200	53	6313
PROFUTURO	78	917	811	1 378	579	158	3921
UNION VIDA	81	1 509	1 222	2 207	982	390	6391
TOTAL SPP	528	6 194	5 868	5 680	2 127	687	21 084

Fuente : Boletín Estadístico de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, www.sbs.gob.pe

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

Pero, además, según informa la misma Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, a partir de agosto de 2002, el número creció por las jubilaciones anticipadas para desempleados y por riesgo de vida o su salud. Agrega que “del total de nuevos pensionistas, el 64,6% correspondió al régimen especial para desempleados, 19,1% a jubilación por edad legal, 13,8% al régimen extraordinario de jubilación anticipada y 2,6% al régimen ordinario”.

Como se sabe, el régimen de jubilación para desempleados se interrumpió para reanudarse con la Ley N° 28991 pero también con un término: 31 de diciembre de 2008.

Ahora el cuadro refleja la información no sólo por AFPs, sino por tipo de jubilación y según las edades de los pensionistas:

**NUMERO DE PENSIONISTAS DE JUBILACIÓN, POR AFP, TIPO DE
JUBILACIÓN Y EDAD ACTUAL**

AL 31 DE ENERO DE 2005

AFP

RANGO DE EDAD

- 55 56-60 61-65 66-70 71-75 +75 TOTAL

HORIZONTE	97	1549	1 110	1 251	366	86	4459
JUB. LEGAL			172	1 129	361	86	1 748
JUB. ANTIC.							
Rég. Ordinario	88	64	67	26			245
Rég. Extraord.	9	19	6				34
Rég. Genérico							
Reg. Esp. Des.		1464	852	47			2 363
Adel. 19990		2	5				7
PENS. MÍN.			8	49	5		62

- 55 56-60 61-65 66-70 71-75 +75 TOTAL

INTEGRA	272	2 219	2 725	844	200	53	6313
JUB. LEGAL			1 841	780	193	51	2865
JUB. ANTIC.							
Rég. Ordinario	208	171	85				464
Rég. Extraord.	64	64	15				143
Rég. Genérico							
Reg. Esp. Des.		1 972	638				2610
Adel. 19990		12	10				22
PENS. MÍN.			136	64	7	2	209

- 55 56-60 61-65 66-70 71-75 +75 TOTAL

PROFUTURO	78	917	811	1 378	579	158	3921
JUB. LEGAL		1	179	1 187	566	157	2090
JUB. ANTIC.							
Rég. Ordinario	72	71	109	40			292

Rég. Extraord.	6	18	4				26
Rég. Genérico							
Reg. Esp. Des.		827	494	32			1353
Adel. 19990			5		1		6
PENS. MÍN.			20	119	12	1	152

- 55 56-60 61-65 66-70 71-75 +75 TOTAL

UNION VIDA	81	1 509	1 222	2 207	982	390	6391
JUB. LEGAL			161	2 030	955	390	3536
JUB. ANTIC.							
Rég. Ordinario	72	65	68	28	2		235
Rég. Extraord.	9	24	9				42
Rég. Genérico							-
Reg. Esp. Des.		1 420	975	76	15		2486
Adel. 19990			2	1			3
PENS. MÍN.			7	72	10		89

Fuente : Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. www.sbs.gob.pe

Elaborado : Eduardo Marcos Rueda

Dentro del cuadro que se acaba de apreciar, es importante observar el número de pensionistas de jubilación en la modalidad de anticipada, es decir, la obtenida con anterioridad a la edad legal de 65 años. Y, específicamente, la que corresponde a quienes optaron por la modalidad de desempleados.

El total de ellos es el siguiente:

- 55 56-60 61-65 66-70 71-75 +75 TOTAL

REG. ESPECIAL DESEMPLEADOS	---	5 683	2 959	155	15	---	8 812
---------------------------------------	-----	-------	-------	-----	----	-----	--------------

Es decir, de los **21 084** que tuvieron su jubilación a esa fecha, **8,812** son de la modalidad de jubilación anticipada por desempleo.

Además es conveniente percatarse que éstos jubilados –de la opción adelantada- se encuentran entre los 56 y 75 años de edad. No han podido optar antes debido, al parecer, al poco fondo acumulado como para obtener el beneficio y mas allá de 75 porque ya están cumpliendo con la edad de jubilación legal.

A **junio de 2008**, el número de pensionistas de jubilación era de **37,567**, distribuidos de la siguiente manera:

AFP	RANGO DE EDAD						TOTAL
	-55	56-60	61-65	66-70	71-75	+75	
HORIZ	463	1 785	2 045	2 664	927	255	8 139
INTEGR	1 255	3 968	4 793	1 350	246	58	11 670
PRIMA	620	2 063	2 000	3 325	1 897	797	10 702
PROFUT	340	1 292	1 388	2 373	1 198	465	7 056
TOTAL	2 678	9 108	10 226	9 712	4 268	1 575	37 567

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Elaborado : Eduardo Marcos Rueda

Los 37 567 pensionistas de jubilación están distribuidos –a esa misma fecha, 30 de junio de 2008- de la siguiente manera:

TIPO DE PENSIÓN	TOTAL: 37 567
Jubilación legal	15 324
Jub. Ant. – Régimen ordinario	6 071
Jub. Ant. –Régimen extraordinario	950
Jub. Ant. – Régimen Genérico	16
Jub. Ant. – Reg. Esp. Desemp. Ley 27617	12 868
Jub. Ant. – adelantada D.L. 19990	108
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 28991	28
Pensión mínima Ley 27617	2 202

Pensión mínima Ley 28991	-----
--------------------------	-------

Al 30 de junio de 2009

AL 30 DE JUNIO DE 2009	
AFP	RANGO DE EDAD

	- 55	56-60	61-65	66-70	71-75	+75	TOTAL
HORIZONTE	355	1462	2 095	2 938	1259	346	8 454
INTEGRA	1 278	4 043	5 286	1 549	289	62	12 507
PROFUTURO	246	1 000	1 366	2 290	1 372	578	6 852
PRIMA	690	2 092	2 047	3 774	2 118	925	11 646
TOTAL SPP	2 568	8 597	10 794	10 551	5 038	1 911	39 459

Fuente : Boletín Estadístico de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, www.sbs.gob.pe
Boletín Estadístico de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Información extraída el 20 de agosto de 2009

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

TIPO DE PENSIÓN	TOTAL: 39 459
Jubilación legal	16 760
Jub. Ant. – Régimen ordinario	6 211
Jub. Ant. –Régimen extraordinario	992
Jub. Ant. – Régimen Genérico	1
Jub. Ant. – Reg. Esp. Desemp. Ley 27617	12 388
Jub. Ant. – adelantada D.L. 19990	112
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 28991	202
Pensión mínima Ley 27617	2 698

Pensión mínima Ley 28991	95
--------------------------	----

Fuente : Boletín Estadístico de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, www.sbs.gob.pe Boletín Estadístico de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Información extraída el 20 de agosto de 2009

Elab. : Eduardo Marcos Rueda

Es importante recordar que la jubilación anticipada por desempleo dispuesta por la Ley N° 28991 tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008 y sus requisitos, además de tener 12 meses de desempleado, fueron que la pensión sea equivalente al 30% del promedio de los ingresos y remuneraciones percibidas por el interesado en los últimos 120 meses y que tenga el 60% de densidad de cotizaciones en los últimos 120 anteriores a la presentación de la solicitud.³³

Posteriormente, se promulgaría la Ley N° 29426 que establece una nueva jubilación anticipada con características especiales y con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.

Al 31 de agosto de 2009 eran 40 690 distribuidos de la siguiente manera :

TIPO DE PENSIÓN	TOTAL: 40 690
Jubilación legal	17 282
Jub. Ant. – Régimen ordinario	6 420
Jub. Ant. –Régimen extraordinario	1 029
Jub. Ant. – Régimen Genérico	1
Jub. Ant. – Reg. Esp. Desemp. Ley 27617	12 730
Jub. Ant. – adelantada D.L. 19990	109
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 28991	230
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 29426	
Pensión mínima Ley 27617	2 832
Pensión mínima Ley 28991	57

Información extraída de www.sbs.gob.pe Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, el 3 de noviembre de 2009.

Al mes de Abril de 2010:

³³ Artículos 17 y 18 de la Ley N° 28991, publicada en el diario oficial el martes 27 de marzo de 2007.

TIPO DE PENSIÓN	TOTAL: 44 896
Jubilación legal	18 958
Jub. Ant. – Régimen ordinario	6 638
Jub. Ant. –Régimen extraordinario	1 087
Jub. Ant. – Régimen Genérico	3
Jub. Ant. – Reg. Esp. Desemp. Ley 27617	12 753
Jub. Ant. – adelantada D.L. 19990	107
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 28991	238
Jub. Ant –Rég. Esp. Desemp. Ley 29426	2 043
Pensión mínima Ley 27617	3 069
Pensión mínima Ley 28991	-----

Datos extraídos de www.sbs.gob.pe (boletín estadístico) el 30 de mayo de 2010.

4.2.2.5 BONO DE RECONOCIMIENTO

Otro de los aspectos sustanciales del nuevo Sistema Privado ha sido el de reconocer a los afiliados los años de aportación realizados anteriormente a los regímenes de pensiones obrero y empleado y al propio Sistema Nacional de Pensiones. El problema se suscitó cuando el reconocimiento de tales años debería ser en montos y no en periodos de tiempo puesto que en el Sistema Privado se requiere acumular dinero y/o tiempo.

Se dispuso, entonces, la emisión de los **Bonos de Reconocimiento** por los períodos que la persona hubiera trabajado. Desde la vigencia del SPP se han dictado disposiciones que han generado la emisión de varios tipos de Bonos:

- a. Bono de Reconocimiento 1992.
- b. Bono de Reconocimiento 1996.
- c. Bono de Reconocimiento 20530.
- d. Bono de Reconocimiento 2001.

Sin embargo, el Bono de Reconocimiento 1996, tuvo carácter temporal ya que fue sólo para quienes se afiliaron entre el 6 de noviembre de 1996 (Segunda Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado del Sistema Privado de Pensiones) y el 31 de diciembre de 1997. El Bono de Reconocimiento del Decreto Ley N° 20530 prácticamente no se ha emitido por cuanto no se han producido incorporaciones de ese régimen.

Para la obtención del Bono 1992 se debían cumplir los siguientes requisitos:

- a. Haber estado afiliado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS, ahora EsSALUD, con anterioridad al 6 de noviembre de 1992.
- b. Haber aportado al SPP durante 6 meses antes de su fecha de incorporación.
- c. Haber aportado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS, un mínimo de 48 meses dentro de los 10 años anteriores al 6 de diciembre de 1992.

(Arts. 8° al 12° del Texto Unico Ordenado de la Ley del Sistema privado de Administradora de Fondos de Pensiones)

Posteriormente, se dejaría de lado el inciso b) por cuanto generó la pérdida de derechos a las personas que se trasladaron antes de los seis meses de aportes al SNP.

El cálculo del Bono de 1992 se basa en la siguiente fórmula:

$$B = R \times M \times 0.1831$$

Donde:

B, es Bono

R, remuneración de referencia, es decir, promedio de los últimos 12 meses de aportaciones anteriores a diciembre de 1992.

M, meses de aportaciones efectuados al Sistema Nacional de Pensiones.

A partir de esta fórmula, se convierten los años de aportación en montos que es el factor más importante para el cálculo de una pensión.

Inicialmente, y dada la dificultad que podría encontrarse en la acreditación de los años trabajados –o, aportados- se consideró una tabla asignando directamente un determinado número de años de aportaciones de acuerdo a las edades del afiliado. Luego se dejó sin efecto.

Una de las dificultades que se presentó en el cálculo y emisión de los Bonos –y que se presenta en algunos casos para el otorgamiento de pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones- fue la falta de información en el pago de determinados periodos de aportaciones de los regímenes del ex Seguro Social Obrero y del ex Seguro Social del

Empleado, sobre todo, cuando no existen las empresas en que laboraron. La ONP – encargada de emitir los Bonos- se ciñe al Decreto Ley N° 19990 y su reglamento.

El Bono de Reconocimiento tiene las siguientes características:

- a. Son nominativos, es decir, deben emitirse a nombre del titular, persona natural, no persona jurídica.
- b. Se expresan en moneda nacional, no pueden ser emitidos en ninguna moneda extranjera.
- c. Se reajusta en función al Índice de Precios al Consumidor o del indicador que lo sustituya. Este factor es el que informa el Instituto Nacional de Estadística y Censo. Así, un Bono que pudiera haber sido calculado en 25,000 nuevos soles en 1992, a agosto de 1999 debe encontrarse reajustado en 41,000 nuevos soles aproximadamente. Y así sucesivamente hasta su redención.
- d. Están garantizados por el Estado.
- e. Es redimible a la fecha de la jubilación, de la jubilación anticipada, si el titular es declarado inválido total y permanente o si fallece.
- f. Transferencia por endoso, después de vencida la confirmación del Bono y se realiza a título oneroso, a cambio de dinero, el cual es depositado íntegramente en la Cuenta individual de Capitalización del titular. Esta transferencia aún no opera, la fecha será señalada por el Ministerio de Economía y Finanzas.
- g. No pueden ser entregados en garantía, pues su objetivo es la obtención de una suficiente pensión de jubilación.
- h. Valor nominal máximo, que asciende a 60 mil nuevos soles, pero también es reajustado de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor. El Bono calculado en 1992 en 60 mil nuevos soles, a la fecha se encuentra en un monto mucho más elevado, evidentemente.

De acuerdo a la información obtenida de la Oficina de Normalización Previsional, la cantidad y montos de los bonos redimidos entre 2004 y el primer trimestre de 2005, es la siguiente:

BONOS REDIMIDOS (Pagado) (En Nuevos Soles)

Año 2004	Cantidad	Valor Nominal	Valor Actualizado por IPC
Enero	1,011	35,884,133.81	87,944,711.34
Febrero	708	20,585,345.40	50,492,065.13
Marzo	602	15,301,360.27	37,250,619.45
Abril	1,624	58,682,808.88	146,393,206.99

Mayo	905	24,426,759.93	60,573,792.58
Junio	1,021	24,444,660.60	60,393,656.31
Julio	803	14,710,286.38	35,461,413.51
Agosto	938	22,065,192.72	54,207,964.63
Setiembre	663	14,555,251.14	35,684,017.66
Octubre	895	24,478,300.64	61,828,397.77
Noviembre	604	14,830,311.20	37,015,515.98
Diciembre	853	24,076,168.87	59,892,633.37
TOTAL 2004	10,627	294,040,579.84	727,137,994.72
Año 2005	Cantidad	Valor Nominal	Valor Actualizado por IPC
Enero	198	6,091,072.82	15,097,187.53
Febrero	963	25,575,979.16	63,791,616.98
Marzo	359	12,279,155.42	30,883,375.89
TOTAL 2005	1,520	43,946,207.40	109,772,180.40

Fuente : Oficina de Normalización Previsional, ONP. www.onp.gob.pe

Asimismo, la cantidad de Bonos emitidos hasta el 2004 es la siguiente:

**TITULOS DE BONOS DE RECONOCIMIENTO EMITIDOS
(Por Año de Ejecución) (En Nuevos Soles)**

Año	Cantidad	Valor Nominal	Valor Presente (*)
1995	0	0.00	0.00
1996	0	0.00	0.00
1997	36,901	687,148,777.34	1,231,525,103.87
1998	40,322	741,441,276.25	1,383,608,630.16
1999	0	0.00	0.00
2000	0	0.00	0.00
2001	108,913	1,404,399,999.14	2,417,608,406.48
2002	23,427	310,802,526.99	462,105,717.74
2003	15,900	207,768,017.45	313,886,436.00

2004	18,336	223,934,889.98	326,912,111.94
TOTAL	243,799	3,575,495,487.15	6,135,646,406.19

(*): Representa el valor presente del flujo proyectado de pagos, en función al Valor Nominal del título del Bono, durante el horizonte de vida de los Bonos de Reconocimiento, descontado al mes de Marzo del 2005, a la tasa de rentabilidad esperada.
La cantidad indica el total de Títulos Emitidos (inclusive los anulados).

Fuente : Oficina de Normalización Previsional, ONP, www.onp.gob.pe

Al **31 de julio de 2008**, los datos sobre los Bonos de reconocimiento emitidos por la ONP, son los siguientes.

Solicitudes ingresadas aceptadas	340,941
Constancia de Bonos emitidas	338,361
Valor nominal de Constancias emitidas	4,919,631,619
Valor presente de Constancias emitidas	9,949,564,938
Títulos redimidos	36,924
Títulos emitidos válidos	277,617
Valor Nominal de Títulos emitidos	3,898,134,796
Valor presente de Títulos emitidos	7,925,721,720

Fuente: Oficina de Normalización Previsional, www.onp.gob.pe

Al **30 de junio de 2009**, estos datos son los siguientes.

Solicitudes ingresadas aceptadas	343,148
Constancia de Bonos emitidas	325,098
Valor nominal de Constancias emitidas	4,798,361,116
Valor presente de Constancias emitidas (*)	
Títulos redimidos	40,554
Títulos emitidos válidos	265,010
Valor Nominal de Títulos emitidos	3,788,839,985
Valor presente de Títulos emitidos(*)	

Fuente: Oficina de Normalización Previsional, www.onp.gob.pe

(*) Datos no incluidos. Información extraída el 20 de agosto de 2009.

Al **31 de agosto de 2009**, estos datos son los siguientes.

Solicitudes ingresadas aceptadas	343,648
Constancia de Bonos emitidas	323,155
Valor nominal de Constancias emitidas	4,786,363,411
Valor presente de Constancias emitidas (*)	
Títulos redimidos	41,244
Títulos emitidos válidos	262,904
Valor Nominal de Títulos emitidos	3,775,662,356
Valor presente de Títulos emitidos(*)	

Fuente: Oficina de Normalización Previsional, www.onp.gob.pe Indicadores de Bonos de reconocimiento

(*) Datos no incluidos. Información extraída el 3 de noviembre de 2009.

4.2.2.6 FINANCIAMIENTO

En cuanto al financiamiento, el Sistema Privado de Pensiones utiliza el sistema de capitalización individual en donde los fondos –constituidos por las cuentas individuales de cada afiliado- son invertidos y su rentabilidad es redistribuida –individualmente- a cada uno de los afiliados, en función del capital que cada uno de ellos tiene.

Se basa en los aportes de los afiliados, los cuales son depositados en una Cuenta Individual de Capitalización. Pueden tratarse de aportes obligatorios y voluntarios de los afiliados, los aportes voluntarios de los empleadores, los intereses compensatorios, el producto de las transferencias o redención de los Bonos de Reconocimiento, si las hubiere, las ganancias de capital y rendimientos de las Cuentas Individuales de Capitalización, los bienes no dinerarios que sustituyan a los montos en la CIC y los montos correspondientes a las prestaciones por invalidez y sobrevivencia.

El criterio inicial de la estructura de los aportes se fue modificando, eliminándose, después de un breve tiempo, el pago de los porcentajes iniciales de 1% de solidaridad (“... de la Remuneración Asegurable como contribución de solidaridad entregada al IPSS, el cual es destinado al financiamiento de programas de bienestar social, excluidos los de salud, para personas minusválidas o de más de 65 años de edad”. Texto original del artículo 30° del Decreto Ley N° 25897) y el aumento de remuneraciones (artículo 8° del Decreto Ley N° 25897); y, modificándose los porcentajes de gastos de administración y el propio aporte fijo para jubilación que a la fecha es de 10% pero que sumados con los de prima de seguro y de administración dan un promedio de 12.8% mensual total.

El aporte fue fijado inicialmente en 10% para jubilación pero a través de la Ley 26504, del 17 de julio de 1995, se redujo al 8%, a partir del 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 1995. En el mismo dispositivo, se dispuso la elevación del aporte para el Sistema Nacional de Pensiones de 11% al 13% mensual. El 8% se prorrogó por varios años y luego se volvió al 10% al cual se le debe agregar los porcentajes de comisiones y prima de seguros por invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio que se deja al libre mercado..

En los sistemas privados de pensiones o, mejor, en los sistemas de capitalización individual se trata de ahorros personales. En la medida en que mayor sea el aporte, mayor será la pensión. Es la relación aporte-beneficio. Y por ello es que el sistema sólo exige la edad, como único requisito para jubilarse porque su beneficio será el producto de su ahorro personal mas la capitalización que se hubiere generado de dichos aportes. De ser el caso, se incluirá el Bono de Reconocimiento.

Por ello es importante que el Bono de reconocimiento, que refleja los años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones (o regímenes anteriores) sea convertido a nuevos soles.

Se establece la posibilidad de los aportes voluntarios por parte del propio trabajador, del empleador o de terceros. Indudablemente, puede tratarse de una mejora por voluntad propia del empleador dirigida hacia un (o unos) determinado (s) trabajador (es) que al final se van a beneficiar con la incorporación de ese monto en su Cuenta Individual de Capitalización y, por ende, en su pensión de jubilación.

El Sistema Privado de Pensiones (Decreto Supremo N° 054-97-EF Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones) establece:

“Origen de los aportes

Artículo 29°.- Los aportes al Fondo pueden provenir de los trabajadores dependientes, de los trabajadores independientes o de los empleadores. En el primer caso, los empleadores actúan como agentes retenedores.

Constitución de los aportes obligatorios y voluntarios

Artículo 30°.- Los aportes de los trabajadores dependientes pueden ser obligatorios o voluntarios.

Los aportes obligatorios están constituidos por:

- a) El 10% de la Remuneración Asegurable;
- b) Un porcentaje de la Remuneración Asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio;
- c) Los montos y/o los porcentajes que cobren las **AFP** por los conceptos establecidos en el inciso a) del Artículo 24° de la presente ley; a

Los afiliados al SPP se encuentran facultados a efectuar aportes voluntarios con fin previsional, los mismos que tienen la condición de inembargables y está sujetos a retiros al final de la etapa laboral activa del trabajador.

Asimismo, podrán efectuar aportes voluntarios sin fin previsional, los mismos que tienen la condición de embargables y cuyo saldo puede ser convertido en aporte voluntario con fin previsional, los afiliados que registren un mínimo de cinco años incorporados al Sistema Privado de Pensiones o de cincuenta años de edad, alternativamente. La Superintendencia determinará las normas complementarias sobre la materia.

Entiéndase por remuneración asegurable el total de las rentas provenientes del trabajo personal del afiliado, percibidas en dinero, cualquiera que sea la categoría de renta a que deban atribuirse de acuerdo a las normas tributarias sobre renta.

Los subsidios de carácter temporal que perciba el trabajador, cualquiera sea su naturaleza, se encuentran afectos a los aportes al Sistema Privado de Pensiones.”

Aportes voluntarios del empleador

Artículo 31°.- Los aportes voluntarios del empleador no están sujetos a límite.”

Mientras mayor sea el aporte, mayor el beneficio del trabajador en cuanto será de mayor monto. La diferencia con otros modelos vigentes en nuestro país, se encuentra en los sistemas de financiamiento y en la forma de cálculo de la pensión. Como se ha indicado, mientras que en el Sistema Nacional se utiliza el sistema de financiamiento de capitalización colectiva, en el Sistema Privado se usa la capitalización individual. Mientras que en el Sistema Nacional el cálculo es en base a la remuneración de referencia, es decir, a las últimas remuneraciones, en el Sistema Privado es la suma de los aportes.

Entonces, ¿en qué medida perjudica la evasión de aportes a los afiliados trabajadores?. En el Sistema Privado de Pensiones es importante por cuanto la Cuenta Individual de Capitalización no se incrementa y se les puede otorgar pensión únicamente con lo que tienen acumulado realmente y dejan pendiente los montos no aportados. Se trata de fondos individuales que brindan beneficios en base a dichos aportes o, mejor dicho, es la capitalización individual de los propios beneficiarios con las rentabilidades generadas, si fuera el caso.

El Sistema Nacional de Pensiones, en cambio, se basa en la capitalización colectiva y los beneficios no son en función del monto aportado sino de los períodos acreditados, de tal manera que lo que cuenta, fundamentalmente, es el tiempo de aportación. Esta diferencia, sin embargo, se ha modificado puesto que la obligación del aporte para ser considerado en el beneficio, se da en ambos sistemas.

La Comisión porcentual, es la retribución legal que se cobra por los servicios administrativos que prestan las Administradoras. Se cobra en función al movimiento del mercado. No obstante, algunos consideran que resulta elevado y que la Superintendencia debería regularlo a fin de abaratarlo, en beneficio de los afiliados.

A **junio del año 2005**, el cuadro de aportes en cada una de las AFP's vigentes estaba constituido de la siguiente manera:

AFP	Aporte a Cta. Individual	Comisión	Prima Inv., Sob. y G.S.	TOTAL
INTEGRA	8,0 %	2,10 %	0,88 %	10,98 %
PROFUTURO	8,0 %	2,45 %	1,01 %	11,46 %
HORIZONTE	8,0 %	2,25 %	0,89 %	11,14 %
UNION VIDA	8,0 %	2,27 %	0,90 %	11,17 %

Uno de los aspectos controvertidos sobre las AFP era, precisamente, lo elevado de las Comisiones. En nuestro país, cada afiliado paga una comisión anual promedio de US\$ 134, mientras que en Chile es de US\$ 106 y US\$ 97 en El Salvador.

Y uno de los críticos sobre el tema fue el Banco Mundial quien consideró que, en efecto, las comisiones son elevadas en relación a otros sistemas de la región. Ello es necesario tener en cuenta, más aún si la alta rentabilidad que se generan de esos pagos no generan, a su vez, mejores pensiones en los afiliados.

La incorporación de AFP Prima en el mercado nacional con un porcentaje de comisiones mucho más bajo que las otras, hizo regular (rebajar) las comisiones de las otras AFPs. Esta situación, incluso, fue planteada por el gobierno peruano en la Carta de Intención al Fondo Monetario Internacional de 2005, como se verá más adelante.

Obsérvese cómo se reajustó el porcentaje de Comisiones:

CUADRO DE APORTES A 31 DE JULIO DE 2008

AFP	Aporte a Cta. Individual	Comisión	Prima Inv., Sob. y G.S.	TOTAL
INTEGRA	10,0 %	1.80 %	0,88 %	12,68 %
PROFUTURO	10,0 %	1.98 %	1,01 %	12,99 %
HORIZONTE	10,0 %	1.95%	0,89 %	12,84 %
PRIMA	10,0 %	1.50 %	0,90 %	12,4 %

El aporte para jubilación se elevó del 8% al 10% a partir de 1 de enero de 2006.

Como se puede observar, las comisiones fueron rebajadas en todas las AFP's aún cuando luego se anunció que el porcentaje original de la nueva AFP será también reajustada para enero de 2009.

CUADRO DE APORTES A 31 DE JULIO DE 2009

AFP	Aporte a Cta. Individual	Comisión	Prima Inv., Sob. y G.S.	TOTAL
INTEGRA	10,0 %	1.80 %	0,95 %	12.75 %
PROFUTURO	10,0 %	1.98 %	1,05 %	13.03 %
HORIZONTE	10,0 %	1.95%	0,95 %	12.90 %
PRIMA	10,0 %	1.75 %	0,87 %	12,62 %

CUADRO DE APORTES A 30 DE ABRIL DE 2010

AFP	Aporte a Cta. Individual	Comisión	Prima Inv., Sob. y G.S.	TOTAL
INTEGRA	10,0 %	1.80 %	1.03 %	12.83 %
PROFUTURO	10,0 %	2.30 %	1,05 %	13.35 %
HORIZONTE	10,0 %	1.95%	1.11 %	13.06 %
PRIMA	10,0 %	1.75 %	1.06 %	12,81 %

La rentabilidad que se ha generado en los últimos años en el SPP ha sido del orden de **73.4%**, rentabilidad que alcanza una AFP como empresa y **6.76%** es la rentabilidad neta que, en promedio, obtienen los fondos de los afiliados a las AFP. También es la más elevada de la región.

Por ello, es que uno de los aspectos importantes en el Sistema Privado es el manejo de los fondos. Se trata, evidentemente, de montos que han aumentado de forma significativa durante la vigencia de este nuevo sistema. La inversión de estos fondos puede constituir una contribución clave a la sostenibilidad financiera de sus regímenes y del país. Sin embargo, la experiencia también ha demostrado que la inversión de este tipo de fondos no carece de riesgo. Si estos fondos no se invierten adecuadamente pueden producir tasas reales de rendimiento negativas. Otro de los factores de elevación o reducción de la rentabilidad es, obviamente, la situación de la economía, en general, y frente a lo cual es difícil afrontar, en tanto se trata de situaciones, incluso, externas que no se pueden controlar.

Es fundamental, entonces, la participación directa de adecuados sistemas de control a fin de garantizar que todas las personas u órganos que tengan responsabilidades operativas y de control actúen de conformidad con los objetivos establecidos en la legislación que crea una entidad que administra el régimen de seguridad social o la institución inversora.

En términos generales, las inversiones, sobre todo, las del Sistema Privado de Pensiones, están dirigidas a lograr dos objetivos básicos: a. La seguridad de los fondos, para lograr que el régimen pueda cumplir con sus compromisos de forma rentable; y b. La rentabilidad de los mismos, es decir, que deberían generar los mayores rendimientos posibles, dentro de la medida del riesgo aceptable.

A diciembre de 1997, el valor total del Fondo del Sistema Privado de Pensiones fue equivalente a 4 108,40 millones de nuevos soles, esto es, 1 507,12 millones de dólares. De 1996 a 1997 logró un crecimiento de 66,5%.

Y años más tarde, como lo indican Morón y Carranza “La rentabilidad promedio anualizada del fondo de pensiones ha sido de 15,3 % nominal y 6,9 % real para el período 1993-2002.”³⁴

Este monto ha sido invertido en diversos instrumentos y, principalmente, en acciones comunes (26,2%), depósitos a plazo (24,1%) y bonos de empresas no financieras

³⁴ MORON Eduardo y CARRANZA, Eliana ... Diez años del Sistema Privado de Pensiones, avances, retos y reformas, 1993-2003; Universidad del Pacífico, Centro de Investigación; 1ª. Edición: diciembre 2003; pp. 160; p. 50.

(20,8%). Además también se invirtió en instrumentos de renta variable y en acciones representativas de capital y trabajo.

A diciembre de 1998, la cartera del Sistema estaba constituida (en miles de nuevos soles) por 5,461,126 invertida, principalmente, en Acciones comunes, Bonos de empresas no financieras, Depósitos a plazo en nuevos soles, Bonos de arrendamiento financiero, entre otros y la Rentabilidad real (en el período 1994/1998) estaba entre el 4% y el 5%.

Igualmente, a diciembre de 2002, el 13,0 % se encuentra invertido en valores gubernamentales, el 25, 4 % en depósitos, el 9,4 % en Bonos, el 7,1 % en acciones, 37,16 % en empresas no financiera y 7 % en inversiones en el exterior.

Los indicadores de años más tarde nos hacen observar que, en efecto, la reforma provisional ha incrementado notoriamente el ahorro interno y las inversiones. Según “Diez años del Sistema Privado de Pensiones”, el Sistema, a finales de 2002, está manejando más de 15 mil millones de dólares de los cuales “... 34,6% es producto de la rentabilidad de las inversiones efectuadas. La rentabilidad promedio anualizada del fondo de pensiones ha sido de 15,3% nominal y 6,9% % real para el período 1993-2002. Esta cifra es superior a la obtenida por cualquiera de las alternativas disponibles para los afiliados: cuentas de ahorro, acciones de la Bolsa de Valores de Lima, etc.”³⁵

El Fondo acumulado representaba el 9,3% del Producto Bruto Interno y el 36% del mercado de valores nacional y sus inversiones están distribuidas en depósitos en el sistema financiero, en bonos, en acciones y un 7% en inversiones en el exterior que luego se elevó al 11.6% a marzo de 2008. A partir del mes de abril de 2008, el Banco Central de Reserva autorizó a elevar las inversiones de las AFPs en el exterior. En efecto, el Banco Central de Reserva elevó el límite operativo de inversiones de las AFP's en el extranjero, primero del 9.5% al 10.5% y a partir del citado mes de abril se ha elevado al 20%.

El objetivo de las AFP es, según sus voceros, la diversificación de las inversiones y teniendo en cuenta que en Chile el límite de la inversión en el exterior es de 30 % y en Argentina 40 %. Y, más aún, algunos de sus voceros han solicitado que la regulación de este tipo de limitaciones no esté en manos del Banco Central de Reserva sino de la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Además, se ha puesto en vigencia la opción para que los trabajadores puedan escoger para depositar sus ahorros en uno de los tres tipos de fondos:

³⁵ Ibidem; p. 50.

- Fondo 1: de mantenimiento de capital. En el que se preserva el capital con un crecimiento estable y una baja volatilidad de inversión.
- Fondo 2: mixto. El capital tiene un crecimiento moderado y volatilidad media.
- Fondo 3: de crecimiento de capital. Se produce un alto crecimiento con alta volatilidad de inversión pero con alto riesgo.

El crecimiento del fondo administrado es considerado como “una de las mayores fortalezas del sistema... sobre todo en los últimos cinco años, en los que a su vez la rentabilidad pasa a ser un componente más importante. A nivel internacional, el Perú ocupa el quinto lugar según la relación del tamaño del fondo administrado en el SPP y el PBI en 2006”.³⁶

En torno a varios de estos aspectos el gobierno peruano adoptó varias medidas, las mismas que fueron incluidas en la Carta de Intención al Fondo Monetario Internacional del año 2005.

“17. El gobierno fomentará una mayor eficiencia en la intermediación financiera, incluso mediante el desarrollo del mercado doméstico de capitales. Se tomarán medidas para profundizar el mercado secundario de títulos-valores, reducir las barreras administrativas para la titulización, y estandarizar los contratos financieros, incluyendo los hipotecarios. ***Además, se está fomentando la competencia entre las administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP), lo cual debería reducir considerablemente los costos para los afiliados y aumentar la rentabilidad de las inversiones. En particular, recientes modificaciones de la ley están facilitando la transferencia de los fondos a las administradoras más eficientes y se prevé la entrada al mercado de una quinta administradora de fondos de pensiones hacia fines de julio de 2005. Asimismo, a fines de noviembre entrará en operación un sistema que permita a cada AFP ofrecer carteras de inversión con diferentes características en materia de retorno y riesgo. También se estimulará la competencia al ampliarse la banda permitida en torno a la tasa de retorno requerida. Adicionalmente, se alentará a las AFP a limitar sus riesgos de mercado,*** incluyendo aquellos asociados al precio de los activos financieros, el riesgo cambiario y el de tasas de interés. Para ayudar a mejorar la transparencia y la eficiencia del mercado financiero, la SBS está desarrollando una nueva metodología para asignar precios a los activos financieros no transados. La nueva metodología, así como un conjunto de precios de referencia se publicarán en julio de 2005 con miras a promover su

³⁶ BERNAL, Noelia; MUÑOZ, Ángel; PEREA, Hugo; TEJADA, Johanna; y, TUESTA, David... “Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas”. Grupo Editorial Norma, Marzo, 2008 P. 41.

mayor uso por parte del sistema bancario y de los inversionistas institucionales.”

37

Como se puede apreciar, se considera que la competencia entre las AFP y, particularmente, el ingreso de una nueva AFP al mercado (Prima AFP) logrará “... *reducir considerablemente los costos para los afiliados y aumentar la rentabilidad de las inversiones...*”.

En otra parte de la Carta, el Ministro de Economía se refiere a la reforma del sistema de pensiones de los empleados públicos normado por el Decreto Ley N° 20530, indicando que ya se procedió a reformarlo. Se refiere a la reforma constitucional aprobada a fines del año 2004.

Sin embargo, la crisis financiera que se produjo en los Estados Unidos en el mes de setiembre de 2008 afectó también a las AFPs peruanas, en tanto la Bolsa de Valores, en donde hay parte de las inversiones del Sistema Privado, generó una menor rentabilidad y los tres fondos en que se encuentra el dinero de los afiliados la rentabilidad fue menor o con pérdidas.

En el año 2008 las pérdidas de las AFPs fue de S/.13.678 millones. El diario El Comercio informaba: "Octubre fue el peor mes para el fondo, pero se vio una recuperación en noviembre y en lo que va de diciembre esta continúa", resalta Masías. A pesar de ello, resalta Pedro Flecha, presidente de la Asociación de AFP, el Perú lidera la rentabilidad acumulada de los últimos tres años entre los países de la región que cuentan con sistemas privados. De acuerdo con Flecha, en términos reales la rentabilidad de los fondos locales en los últimos tres años llegó a 80,59%, mientras que Colombia registró un alza de 33,61%, Chile 31,75% y Argentina 21,88%.

Y en ello coincide Masías. Además, agrega, "para las proyecciones que realizan las AFP de las pensiones de los afiliados se utiliza una tasa de rentabilidad real de entre 5% y 6%, mientras que el sistema ha registrado hasta ahora tasas de rentabilidad real de 8%, así que no estamos tan mal como se creía".³⁸

Esta afectación ha generado también que los fondos de cada afiliado se vean disminuido, principalmente los de quienes están próximos a jubilarse.

Recuérdese los tres tipos de fondos que hay en nuestro país y en los que los afiliados pueden depositar sus fondos. Así, por ejemplo, quienes tenían sus aportes en Fondo 1 fueron los que menos perdieron y a la fecha (agosto de 2009) ya prácticamente habían recuperado sus fondos más no así los de los fondos 2 y 3, en los que los riesgos son

³⁷ Ministerio de Economía y Finanzas: www.mef.gob.pe

³⁸ Diario El Comercio, 11 de diciembre de 2008, sección B.

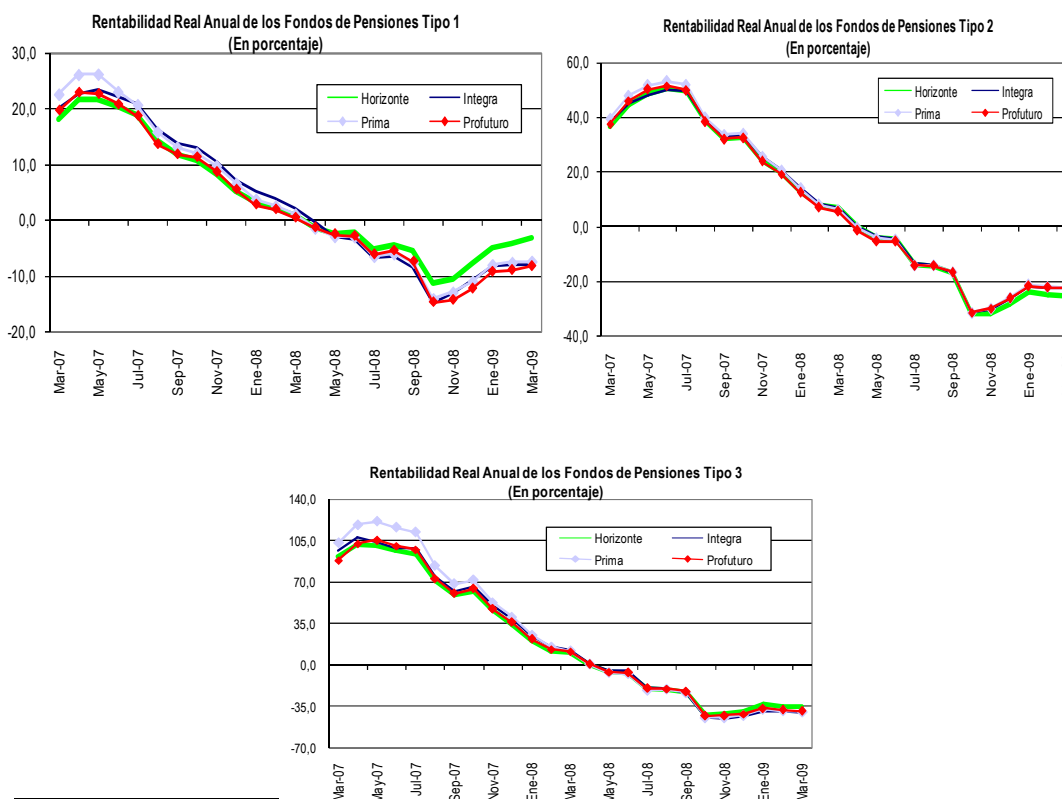
mayores. Incluso el presidente de las AFPs, Pedro Flecha recomendó que quienes estaban próximos a jubilarse deberían posponer su jubilación hasta que se normalice la situación económica del país.

“Yendo al otro extremo, respecto al ejemplo de la persona de 65 años que está todavía en el Fondo 2, Pedro Flecha responde: "A los 65 años una persona adquiere la facultad de jubilarse, mas no la obligación, pues esta llega recién al cumplir los 70 años. Por tanto, podría aplazar su jubilación por cinco años más (recuerde que este es un ejemplo extremo) o hasta que recupere su dinero". En todo caso, debe esperar a que el ciclo económico revierta "y en 12 o 15 meses debería haber recuperado su dinero", estima Flecha.”³⁹

Se reproduce el comentario de la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, respecto a lo sucedido en la rentabilidad:

“6. Rentabilidad de la Cartera Administrada

Durante el primer trimestre se observó una recuperación de la rentabilidad en los tres fondos de pensiones, explicado principalmente por del incremento de los indicadores bursátiles locales. Al cierre de marzo de 2009, la rentabilidad real anual del Fondo Tipo 2 fue de -22.9%, mientras la rentabilidad real anualizada de los últimos 15 años fue de 7.9%. En los Fondos Tipo 1 y Tipo 3 las rentabilidades fueron de -6.6% y -38.7%, respectivamente.



³⁹ Diario El Comercio 24 de octubre de 2008

Datos extraídos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs www.sbs.gob.pe ⁴⁰

Más o menos unos 20 mil afiliados que se están jubilando en el año 2009 están viendo afectadas sus pensiones.

El diario La República informaba:

“Según la SBS, en los últimos doce meses (noviembre 2007/ noviembre 2008) el valor del Fondo 1 (el más conservador) cayó en -6,6%, mientras que el Fondo 2 (mixto) registró una pérdida de -25,8% (allí tienen invertidos sus fondos el 80% de los afiliados). En tanto, el Fondo 3 (el más intensivo en inversiones) presentó una caída de -39,6%.

Pero a los 20 mil aportantes cercanos a jubilarse el próximo año deben sumarse alrededor de 7,500 pensionistas que ya se encuentran jubilados bajo el sistema de “Retiro Programado”, mediante el cual su fondo acumulado continúa siendo administrado por las AFP para que anualmente se desarrolle un recálculo del pago de pensiones según la rentabilidad obtenida.”⁴¹

4.2.2.7 PENSIÓN DE JUBILACIÓN

En este Sistema, el derecho a pensión de jubilación se obtiene a partir de los 65 años de edad y sin distinción entre hombres y mujeres. Tratándose de un sistema basado en el ahorro individual, no se exige el requisito del número de aportaciones, por cuanto el cálculo de la pensión que se obtenga será la distribución del monto acumulado por aportes, por la rentabilidad que de ellos se hubiera obtenido y el Bono de Reconocimiento, si se tuviere derecho a él. El monto será distribuido de acuerdo a la modalidad de pago que escoja el afiliado.

En términos generales se trata de dividir el saldo de la Cuenta Individual de capitalización, CIC, (que incluye la rentabilidad y el bono de reconocimiento) entre el denominado Capital Requerido Unitario (CRU). Este último concepto es el monto de capital que necesita una persona a una edad determinada para financiar su pensión en forma vitalicia, según sus probabilidades de vida y la de sus familiares directos.

Entre los factores determinantes para obtener una adecuada pensión de jubilación están:

- Nivel de ingresos del afiliado.

⁴⁰ www.sbs.gob.pe Estadísticas, Evolución del Sistema Privado de Pensiones, al primer trimestre de 2009.

⁴¹ Diario La República, 16 de agosto de 2009

- La tasa de aporte.
- El número o densidad de aportes que efectuó el afiliado.
- Los años de permanencia en el Sistema Privado de Pensiones.
- La rentabilidad que pudiera haber dado el fondo.

Como se puede observar, los factores que determinan el monto de la pensión son varios y algunos dependen del propio afiliado, otros no. Es difícil, por ejemplo, predecir las fluctuaciones que dan lugar a una buena rentabilidad y, por ende, a elevar al Cuenta Individual de Capitalización. En la medida en que se cumplan todos esos factores se podrá obtener una pensión elevada. Relación aporte-beneficio, mas la rentabilidad que se obtenga.

MODALIDADES DE PENSIÓN

Para el cobro de las pensiones, el SPP ha previsto varias modalidades:

- RETIRO PROGRAMADO, mediante la cual el afiliado-pensionista realiza retiros periódicos mensuales de su Cuenta Individual de Capitalización hasta que esta se extinga. Termina su fondo, termina su pensión.
- RENTA VITALICIA PERSONAL, el afiliado contrata una renta vitalicia mensual hasta su fallecimiento sin generar pensiones de sobrevivientes.
- RENTA VITALICIA FAMILIAR, cuando el afiliado contrata con una Compañía de Seguros el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivencia para sus familiares más directos.
- RENTA TEMPORAL CON RENTA VITALICIA DIFERIDA, el afiliado contrata una renta temporal a partir de una determinada fecha y, al concluir esta, percibe una renta vitalicia familiar o personal.

Si bien estas modalidades se encuentran plenamente establecidas en las normas legales del Sistema, en la práctica se vienen otorgando las pensiones, sin aplicar la segunda de las modalidades, salvo que el afiliado no tenga beneficiarios directos de pensiones de sobrevivientes.

Además, se ha creado un régimen transitorio de otorgamiento de "pensiones preliminares" (que es el equivalente a las pensiones provisionales de otros regímenes)

sobre todo para los derechos en los que no se acredita en su totalidad el pago de las aportaciones que correspondieran a un afiliado debido a la morosidad que se presenta en el Sistema y a la excesiva demora en el otorgamiento de los Bonos de Reconocimiento. Dicho régimen temporal se asume como una evidente medida con la finalidad de lograr la oportunidad en el otorgamiento de las prestaciones a los afiliados que verdaderamente lo necesitan.

Pero, al igual que en el Sistema Nacional de Pensiones, en el Sistema Privado se estableció la jubilación anticipada:

“Artículo 40°.- Procede la jubilación anticipada cuando el afiliado así lo disponga, siempre que obtenga una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los 120 meses debidamente actualizadas.“

Se trata de una modalidad incluida en el texto original del Sistema Privado de Pensiones. Más adelante, se establecería nuevas formas de jubilación anticipada.

En éste primer caso, la anticipación de la edad de jubilación se basa en una comparación entre la pensión que le pudiera corresponder al afiliado con el 50% del ingreso que hubiere tenido la persona en los últimos 120 meses anteriores a la fecha en que presenta su solicitud de jubilación ante una AFP. Estos ingresos deben ser actualizados con el Índice de Precios al Consumidor.

Teniendo en cuenta el poco tiempo de vigencia del Sistema Privado de Pensiones y, por tanto, el poco ahorro que se hubiere generado, el Bono de reconocimiento juega un rol preponderante en el cálculo de la probable pensión anticipada, a fin de compararla con el factor de los ingresos en los últimos diez años.

Inicialmente, el Sistema Privado de Pensiones, a cargo de las AFP's, establecía ésta sola forma de jubilación antes de los 65 años de edad, que es la edad legal para obtener el derecho a la pensión de jubilación. Ella estaba en función de los montos ahorrados en comparación con los ingresos del afiliado.

No obstante, poco a poco, se han ido incorporando determinadas formas de jubilación anticipada. Actualmente hay varias posibilidades:

- La de los trabajadores que también realizan labores penosas (mineros y trabajadores de construcción civil);
- La jubilación anticipada por desempleo; y,

- Los que tuvieron derecho en el Sistema Nacional de Pensiones por tener 30 o 25 años de aportaciones.

La Ley N° 27252 que permite la jubilación adelantada para determinados afiliados del Sistema Privado de Pensiones.

El texto de la Ley indica:

“Artículo 1º.- Del objeto de la Ley

1.1 Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a su edad y cuenten con los requisitos mínimos que señale el Reglamento de la presente Ley, podrán acceder a los beneficios de la jubilación anticipada en el ámbito del Sistema Privado de Pensiones.

1.2 El Reglamento establecerá las condiciones de acceso a los beneficios de la jubilación anticipada a que se refiere el párrafo anterior, debiendo para ello determinar las exigencias y, de ser el caso, los aportes complementarios a la cuenta individual de capitalización de fondo de pensiones de los afiliados, así como otros mecanismos que hagan posible su financiamiento.

Artículo 2º. Del Bono de Reconocimiento Complementario

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, créase el “Bono de Reconocimiento Complementario”, que será emitido por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), cuyas características serán establecidas en el Reglamento.

Artículo 3º.- De la Inaplicabilidad del requisito establecido en la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Para efectos del acceso a los beneficios de jubilación anticipada de los trabajadores comprendidos en el Artículo 1º de la presente Ley, no será aplicable el requisito establecido en el Artículo 42º del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF.”

En la interpretación del dispositivo precedente se debe tener en cuenta determinadas características:

- Ser afiliado al Sistema Privado de Pensiones.
- Encontrarse laborando en condiciones que impliquen un riesgo para la vida o la salud.
- Que estas condiciones se encuentren proporcionalmente creciente a su edad.
- Que cumpla con los requisitos que fije el Reglamento.
- Que cumpla con los aportes complementarios, si fuera el caso.

La Ley deja de lado la aplicación del artículo 42° del Texto Único del Sistema Privado de Pensiones, esto es, el requisito de adquirir el derecho a la jubilación anticipada “siempre que obtenga una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses, debidamente actualizadas”.

Se trata de un avance en cuanto al otorgamiento de la pensión de jubilación con anterioridad a la edad de 65 años, sobre todo, para determinados trabajadores como los mineros y los de Construcción Civil, mas aún cuando la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido este tipo de actividades laborales como riesgosas. Además, las contingencias pueden variar pero siguen existiendo aún cuando se tomen las medidas de previsión. La calidad de vida de estas personas se ve afectada notoriamente.

El reglamento, el Decreto Supremo N° 164-2001-EF determinó que los afiliados beneficiados con esta medida eran los trabajadores mineros y los de Construcción Civil.

Para los trabajadores mineros y de construcción civil se determinaron dos regímenes:

- a. Régimen Extraordinario que tiene el carácter de transitorio y en el cual se ubican tres grupos de trabajadores en función de la edad y el tiempo de exposición a riesgos; y,
- b. Régimen Genérico para quienes no se encuentran en el anterior y que tienen que realizar aportes complementarios a su Cuenta Individual de Capitalización, de acuerdo a su edad de jubilación.

Dada la difícil realidad nacional sobre empleo, desempleo, subempleo, empleo informal que describimos anteriormente, mediante Ley N° 27617 se estableció también un **Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados** con algunas características específicas.

La Ley, publicada el 1 de enero de 2002 en el diario oficial El Peruano, en su artículo 9° incorpora la Décimo Tercera Disposición Transitoria en el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

TUO del SPP

“Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados

Décimo tercera.- Créase un Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados en el SPP, de naturaleza temporal, destinado a aquellos afiliados que cumplan con las condiciones o se encuentren en las situaciones siguientes:

- a) Cuenten con un mínimo de cincuenta y cinco (55) años cumplidos al momento de solicitar la jubilación anticipada;
- b) Hayan estado en situación de desempleados por un plazo no menor de doce (12) meses al momento de optar por la jubilación anticipada;
- c) La pensión calculada en el Sistema Privado de Pensiones:
 - c.1) Resulte igual o superior al treinta por ciento (30%) del promedio de remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos sesenta (60) meses, debidamente actualizadas, en función al Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica periódicamente el INEI, o el indicador que lo sustituya; o
 - c.2) Resulte igual o mayor al valor de dos (2) veces la Remuneración Mínima Vital (RMV).

La condición de desempleo se acreditará en la forma que establezca la Superintendencia. En caso de falsedad en la referida condición, se interrumpirá el pago de la pensión; adicionalmente, el declarante deberá devolver el íntegro de las pensiones percibidas, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se señale en el Reglamento de la presente Disposición Final y Transitoria.

El Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados tuvo vigencia hasta el 1 de diciembre de 2005 y da derecho a la redención del “Bono de Reconocimiento”. Los requisitos y la modalidad de redención serán definidos por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas que será expedido dentro del plazo de sesenta (60) días contado a partir de la vigencia de la presente norma.”⁴²

⁴² Disposición incorporada por el Artículo 9 de la Ley N° 27617 publicada el 01 de enero de 2002.

De acuerdo al texto precedente, las condiciones para acceder a esta modalidad de jubilación son las siguientes:

1. Los afiliados deben tener 55 años de edad cumplidos al momento de solicitar la jubilación anticipada.
2. Deben estar en situación de desempleados por un plazo no menor de 12 meses al momento de optar por la jubilación anticipada.
3. La pensión que se calcule en el SPP debe ser:
 - Igual o superior al 30% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 60 meses, debidamente actualizadas en función al Índice de Precios al Consumidor que publica el INEI; o,
 - Igual o mayor a dos remuneraciones mínimas vitales.

Este régimen tuvo carácter temporal y con vigencia hasta el 1 de diciembre de 2005, lo cual significó que las personas que se acogieron a él debieron dejar de trabajar hasta el 30 de noviembre de 2004.

Se estableció también que la situación de desempleo debe ser debidamente acreditada pues de lo contrario el afiliado deberá atenerse a la sanción, es decir, a la suspensión de la pensión, devolución de lo percibido, además de otras sanciones administrativas.

La acumulación de montos aportados, por lo general, no es muy representativa, dado el poco tiempo de vigencia del Sistema Privado, lo cual no quiere decir que otras personas –generalmente las que perciben remuneraciones altas- puedan alcanzar.

El Bono de reconocimiento también debe ser considerable y, por lo general, el afiliado debe tener un monto máximo que, a diciembre de 1992, era de 60 mil nuevos soles y que se ha ido actualizando en función al Índice de Precios al Consumidor.

Reunidos ambos conceptos, mas la rentabilidad que pudieran haber dado las inversiones de las AFP's, se efectúa una suma total de la cual se redistribuye entre determinado número de meses, para determinar el monto de la pensión que -reitero- debe ser igual o mayor al 30% de los ingresos del afiliado en los 5 años o igual o mayor a 920 nuevos soles.

Veamos un caso de jubilación anticipada en el Sistema Privado de Pensiones.

Ricardo Quiroz Lanfranco, tiene 58 años de edad. Ha sido despedido de su trabajo en un banco local el 15 de diciembre de 2004. Anteriormente, trabajó en una empresa de transportes, como asistente administrativo, desde el 1 de enero de 1967 hasta el 31 de diciembre de 1982. Luego reingresó a otra empresa, esta vez de telecomunicaciones, el 1 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1997. Y finalmente trabajó desde el 15 de diciembre de 1999 hasta el día de su despedida en el banco.

Es casado con doña Silvia Cárdenas y tiene dos hijas, Carla de 14 años y Gianina, de 18. Su remuneración, a la fecha en que se encontraba trabajando era de 2,000 nuevos soles, en promedio.

Luego de intentar infructuosamente un reingreso laboral en una entidad financiera y de conversar sobre el tema con algunos amigos (“a tu edad es difícil”, le decían), ha ido a la AFP en que se inscribió, para indagar sobre su derecho a una jubilación anticipada. Le han informado que aún no tiene derecho a una jubilación anticipada.

En el caso que estamos presentando no se cumpliría el requisito en la fecha indicada puesto que, al ser despedido el 15 de diciembre del año 2004, los 12 meses que se le exige los cumpliría con posterioridad al 1 de diciembre de 2005, fecha última de vigencia de la norma.

Es importante tener en cuenta que la norma se ha puesto en la posibilidad de un fraude o falsedad, por parte de un afiliado que quisiera acogerse indebidamente a esta posibilidad, cuando indica que la situación de desempleo debe acreditarse debidamente y según lo disponga la Superintendencia. Agrega que, en caso de detectarse la falsedad, la pensión será suspendida y el afiliado que hubiera fraguado documento o, en general, acudido a acciones indebidas deberá devolver el íntegro de lo percibido.

La Ley 28991 publicada el martes 27 de febrero de 2007 reincorporó esta posibilidad a la normatividad del Sistema Privado de Pensiones con nuevas características:

- a. Tener 55 años de edad cumplidos.
- b. Estar desempleado 12 meses.
- c. La pensión debe ser igual o mayor al 30% del promedio de las remuneraciones y rentas de los últimos 120 meses, actualizadas de acuerdo al IPC.
- d. Debe tener un 60% de densidad de cotizaciones, por lo menos, de los últimos 120 meses anteriores a la presentación de la solicitud.
- e. Estableció el plazo hasta el 31 de diciembre de 2008.

Ahora, la vigencia es desde la fecha de publicación del reglamento hasta el 31 de diciembre de 2008, por tanto, los requisitos deben cumplirse al 31 diciembre de 2008. Esto significa que el requisito del desempleo, debe cumplirse a partir del 31 de diciembre de 2007, como fecha máxima.

También se han agregado el requisito del ítem d, sobre la densidad de las cotizaciones en los últimos 10 años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. La densidad de las cotizaciones es el concepto que se utiliza en el SPP para medir el número de meses aportados en un determinado período. Ejemplo: si el período es de un año y se aportó 6 meses, la densidad de cotizaciones es de 50%; si aportó los 12 meses, la densidad de cotizaciones es de 100%. Asimismo, en el ítem c, se ha eliminado el requisito de que la pensión debe ser igual o mayor a una remuneración mínima vital. La norma anterior –como se ha observado- ponía uno de dos referentes: igual o mayor al 30% del promedio de las remuneraciones de los últimos 60 meses (ahora es 120 meses); o igual o mayor al valor de 2 veces la remuneración mínima vital. La Ley 29426 también estableció una jubilación adelantada por desempleo y le agregó la devolución de los fondos en dos partes, si se diera el caso. Tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.

Uno de los motivos para retornar al Sistema Nacional era el de considerar que tenían derecho y que retornando podían ejercerlo, de tal manera que se ha dispuesto que las personas que estén en esta situación pueden solicitar la pensión que les corresponde, en el SPP y obtenerla en las mismas condiciones. Obviamente, la entidad que calificará las aportaciones es la Oficina de Normalización Previsional, ONP.

El Sistema Privado de Pensiones ha considerado una “agenda pendiente” que en el caso de “Diez años del Sistema Privado de Pensiones...” se asumen como desafíos que “... están en manos del gobierno actual, de las AFP y de los ciudadanos que deberían defender una reforma exitosa...”⁴³:

6. Reducir las distorsiones introducidas por el Sistema Nacional de Pensiones.
 - 1.1 El SNP ¿hasta cuándo será sostenible?
 - 1.2 Competencia desleal del SNP.
 - 1.3 Pensión mínima y retorno al SNP.
 - 1.4 Los bonos de reconocimiento.
 - 1.5 Trabajadores afiliados al SPP con derecho a jubilación en el SNP.

7. Maximizar la pensión del actual afiliado con adecuados niveles de riesgo.
 - 2.1 Insuficiente mercado de capitales doméstico.
 - 2.2 Las inversiones en el exterior: ¿fuga de divisas o diversificación del riesgo?.
 - 2.3 El costo de no poder invertir más en el exterior.

⁴³ MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana ... Op. Cit. P.57.

- 2.4 Fondos múltiples.
- 8. Crear una cultura previsional.
- 9. Ampliar la cobertura.
 - 4.1 Los retos que plantea el mercado laboral peruano.
 - 4.2 Tratamiento tributario de las pensiones como un incentivo para la afiliación.
- 10. Maximizar la eficiencia de las AFP.
 - 5.1 Verdaderos costos del SPP.
 - 5.2 Economías de escala y comisiones.
 - 5.3 Comparando comisiones con rentabilidad.
 - 5.4 El costo de los seguros.
 - 5.5 Modalidades alternativas de cobro de comisiones.
 - 5.6 Recaudación centralizada
- 11. Aumentar la competencia.
 - 6.1 El índice Herfindahl-Hirschman y sus limitaciones.
 - 6.2 El principio de la especialización: compitiendo a favor del afiliado.
 - Opción 1: ingreso de nuevas AFP sin cambios en la Ley del SPP.
 - Opción 2: los bancos como administradores de recursos previsionales.
 - 6.3 ¿Un mayor número de participantes garantiza mayor competencia?: lecciones del sistema bancario en la década de 1990.
 - 6.4 Promoción de competencia como mecanismo para la reducción de costos.

Algunos de estos desafíos ya han sido puestos en práctica por el gobierno actual como el de fondos diversos y el de la jubilación del SNP obtenida en el SPP. Otros como el de nuevas AFP se están poniendo en práctica con la AFP Prima del Grupo Romero que ingresó al mercado en agosto de 2005.

4.2.2.8 LA JUBILACIÓN OBLIGATORIA EN EL SPP

Tal como lo hicimos con el Sistema Nacional, es conveniente también comentar la aplicación de las normas sobre la jubilación obligatoria en el Sistema Privado de Pensiones. El Decreto Ley N° 25897 y, posteriormente, el Texto Único del SPP señalan:

“Artículo 39.- Tienen derecho a recibir la pensión de jubilación los afiliados cuando cumplan 65 años de edad.”

La situación es similar a lo que ya se ha comentado en el Sistema Nacional de Pensiones. En ambos casos se trata de un derecho que se puede ejercer libremente y en ambos casos también es aplicable el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 728 (Texto Único Concordado, Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral) en que se establece la jubilación como causal de extinción del contrato de trabajo:

El artículo 21 del mismo Decreto es más específico:

“Artículo 21o.- La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador con el fin de que éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario.”

De esa manera, se presentan las dos posibilidades: la de la jubilación obligatoria a los 65 años de edad; y la de la jubilación obligatoria y automática a los 70 años de edad.

Si se diera el primer caso, la jubilación es obligatoria bajo las condiciones siguientes:

- Que el trabajador tenga derecho a una pensión de jubilación a cargo del Sistema Privado de Pensiones (SPP) o, eventualmente, del SNP.
- Que el empleador se obligue también a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión.

- Igualmente, que el empleador se obligue a reajustar la pensión periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste la pensión por la AFP (o la ONP, si fuera el caso).
- Que el empleador comunique al trabajador y por escrito su decisión, con el objeto de que inicie el trámite para lograr su pensión.

El Reglamento de la Ley (art. 29) aclaró la parte correspondiente al reajuste a cargo del empleador, indicando que “El monto adicional de la pensión que mensualmente otorgue el empleador conforme al primer párrafo del artículo 54° de la Ley, se extingue por fallecimiento del beneficiario.”

En el caso que se opte por la segunda posibilidad, la de la jubilación automática, no hay condiciones. Es un criterio que puede aplicar el empleador y cesar al trabajador a los setenta años de edad, salvo que hubiere existido pacto en contrario.

4.3 EL DECRETO LEY N° 25967

Para iniciar la revisión y el análisis de la parte normativa específica de este trabajo, presentamos las resoluciones administrativas de dos casos:

Resolución N° 000383945-1990-IPSS-GP-DP
Expediente N° 11301745991

Lima, 27 de diciembre de 1993

VISTA

La solicitud presentada por doña **ELENA CHAVEZ TOLEDO** sobre Pensión de Jubilación de acuerdo al Sistema Nacional de Pensiones; y,

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, esto es, cuando el asegurado obligatorio tiene la edad y los años de aportación necesarios para acogerse a la jubilación;

Que, en el presente caso, con vista a la Libreta Electoral N° 89657932 se ha acreditado que la recurrente ha cumplido 64 años de edad el 31 de octubre de 1993 y que, por tanto, tiene la edad requerida para jubilarse;

Que, asimismo, de los documentos e informes que obran en el expediente se ha constatado que la asegurada laboró desde el 1 de enero de 1965 hasta el día 31 de octubre de 1993 acumulando un total de 31 años y 10 meses de aportaciones, a la fecha de su cese;

Que, asimismo, en el presente caso, es aplicable el Decreto Ley N° 25967, en lo que se refiere al requisito de los años de aportación para jubilarse así como en el cálculo de su pensión y en la fijación del monto máximo del beneficio a que tuviere derecho;

Que, en efecto, si bien el cálculo de la pensión arroja un monto total de S/. 950.00 mensuales, en aplicación del Decreto Ley N° 25967, debe otorgarse el monto máximo de S/. 600.00 nuevos soles;

Estando a lo dispuesto por los artículos 38 y 80° del Decreto Ley N° 19990; Decreto Ley N° 25967;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Otorgar a doña ELENA CHAVEZ TOLEDO, Pensión de Jubilación por la suma mensual de S/. 600.00, monto máximo establecido por el Decreto Ley N° 25967, a partir del 1 de noviembre de 1993.

Artículo 3°.- La percepción de la pensión de jubilación adelantada es incompatible con el desempeño de cualquier trabajo remunerado.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Resolución N° 000003822-2000-ONP/DC
Expediente N° 00001745993

Lima, 28 de abril de 1995

VISTA

La solicitud presentada por don **GUILLERMO LOPEZ RENGIFO** sobre Pensión de Jubilación de acuerdo al Sistema Nacional de Pensiones; y,

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, esto es, cuando el asegurado obligatorio tiene la edad y los años de aportación necesarios para acogerse a la jubilación;

Que, con vista al Documento Nacional de Identidad N° 05785045, se ha comprobado que el asegurado nació el 21 de junio de 1930;

Que, asimismo, se ha constatado que el asegurado cesó en sus actividades laborales el día 30 de setiembre de 1993;

Que, de los documentos e informes que obran en el expediente se ha acreditado que el asegurado tiene 19 años completos de aportaciones, todos ellos laborados en Transportes Lima S.A., Manufacturas Peruanas y Transportes Vidal;

Que, en aplicación del Decreto Ley N° 25967, para obtener el derecho a pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones es necesario acreditar, como mínimo, 20 años completos de aportaciones;

Que, si bien a la fecha de cese laboral, el recurrente tenía 63 años de edad, no cumplía con el mínimo de años de aportaciones establecido por el Decreto Ley N° 25967, razón por la cual no es posible el otorgamiento de pensión de jubilación, tal como la solicita;

Estando a lo dispuesto por los artículos 38° del Decreto Ley N° 19990; R.J. N° 123-2001-JEFATURA/ONP; Artículos 1°, 2°, 3° y 7° del Decreto Ley N° 25967; Artículo 1° de la Ley 26323; Ley 28532 y el Reglamento de la Organización y Funciones de la ONP, aprobado mediante R.S. N° 306-2001-EF;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Denegar la solicitud presentada por don GUILLERMO LOPEZ RENGIFO sobre Pensión de Jubilación, por no encontrarse arreglada a Ley.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Los casos planteados corresponden a dos personas pertenecientes al Sistema Nacional de Pensiones y que, en el primero, ha accedido a la pensión de jubilación. No obstante, se ha aplicado el Decreto Ley N° 25967 por haber cesado en su período laboral durante la vigencia de esta norma y pese a haber cumplido con los requisitos para jubilarse con anterioridad. Es decir, obtuvo el derecho y continuó laborando. Al aplicarse el dispositivo antes mencionado, el cálculo de su pensión se realizó con nuevos porcentajes y se aplicó la pensión máxima de 600.00 nuevos soles, de entonces.

El segundo caso, se trata de una pensión denegada. Si bien, el asegurado ha cumplido la edad y los años de aportaciones (21 de junio de 1990) con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley N° 25967 (19 de diciembre de 1992), se aplica este dispositivo en función al cese laboral, 30 de setiembre de 1993. Al no cumplir con el requisito de los 20 años de aportaciones a ésta última fecha y establecido por el Decreto Ley en mención, no es posible el otorgamiento del beneficio solicitado.

4.3.1 ANTECEDENTES

Como se ha indicado anteriormente, el Sistema Nacional de Pensiones fue creado para ser el gran sistema de pensiones del país en el que deberíamos estar todos los trabajadores, sin distinción alguna. Con el tiempo, su campo de aplicación, el financiamiento y las prestaciones que otorga, se modificaron.

Por ejemplo, en el campo de aplicación, analizado en capítulos anteriores, se fueron excluyendo algunos grupos de trabajadores como los Diplomáticos, los integrantes del magisterio nacional, algunos empleados públicos, entre otros. En la mayoría de ellos, la exclusión se produjo por la búsqueda de otros regímenes en que se brindan mejores beneficios.

En cuanto al financiamiento, también se dieron algunas modificaciones, tanto en la tasa o porcentaje de aportación como en la estructura del mismo. En función al sistema de financiamiento de capitalización –colectiva, se entiende- con prima escalonada, la tasa fue elevándose paulatinamente. Además, su financiamiento se deterioró. Su fondo de reserva fue disminuyendo paulatinamente.

Pero, donde se produjo un sustancial cambio fue cuando la estructura –a cargo de los empleadores y trabajadores- pasó a ser responsabilidad únicamente de los trabajadores, en la medida en que los empleadores asumían el pago íntegro de los aportes por Prestaciones de Salud. Recuérdese que antes los empleadores aportaban dos terceras partes y los trabajadores una tercera parte de la remuneración asegurable.

En este aspecto también hubo modificaciones en la fijación de montos mínimos y máximos de aportaciones y montos mínimos y máximos de pensiones. Y en la determinación de la remuneración asegurable.

En lo que se refiere a las prestaciones, las modificaciones se presentaron, sobre todo, en la pensión de jubilación. Los requisitos y la forma de cálculo fueron reformados de manera importante.

Las modificaciones venían sucediéndose de manera paulatina hasta que, a partir de la década de los 90, se hicieron mucho más notorias. Todo hace indicar que éstas modificaciones tuvieron dos objetivos: uno, el de tratar de equilibrar su financiamiento, dado que estaba pasando por problemas económico financieros; y, dos, el de permitir el avance del Sistema Privado de Pensiones, recientemente creado. Este nuevo marco nos puede servir para interpretar su promulgación.

Al primer objetivo abunda el hecho de que las primeras modificaciones estuvieron dirigidas a mejorar los ingresos mediante un dispositivo que determinó, por ejemplo, la liberación de las remuneraciones máximas asegurables. A su vez, esta nueva reforma, a través del Decreto Ley N° 25967, podría tratar de establecer parámetros más exigentes para evitar que los egresos del Sistema Nacional de Pensiones continúen elevándose. Es indudable que cuando un sistema de seguridad social, específicamente, de pensiones, ve deteriorarse su equilibrio económico financiero, es decir, modificar su pirámide técnica en la cual los aportantes deben financiar a los pensionistas, es necesario adoptar medidas que eviten ese deterioro. Esas medidas deben estar dirigidas a lograr mayores ingresos y controlar los egresos.

Pero, igualmente, se estaba frente a un nuevo Sistema Privado de Pensiones cuyos afiliados debían provenir, necesariamente, del Sistema Nacional, además de los que recién ingresaban. El mercado estaba constituido, fundamentalmente, por los asegurados del Sistema Nacional. La modificación se dio casi paralelamente a la promulgación del dispositivo de creación del SPP y pronto a su pleno funcionamiento, en 1993.

Era obvio que si un asegurado se encontraba en el Sistema Nacional de Pensiones y veía que los requisitos no le iban a permitir acceder a una pensión de jubilación (o acceder en condiciones menos favorables), podría traspasarse al nuevo Sistema. Esta situación – como indicamos- se impulsó aún mas, en años posteriores, a partir de la modificación de la edad de jubilación que se elevó a 65 años.

Lo cierto es que, después del ingreso al periodo de madurez, el Sistema Nacional de Pensiones tuvo una etapa de reforma sustancial, dentro de la Seguridad Social Peruana. Incluso, la administración, a cargo de una institución para estatal y con representación tripartita, cambió hacia una nueva entidad dependiente directamente del Ministerio de Economía y Finanzas, la Oficina de Normalización Previsional, ONP. El Sistema Nacional de Pensiones estuvo a cargo de una entidad pública autónoma y descentralizada y con participación del Estado, empleadores y trabajadores en su Directorio, como fue, primero Seguro Social del Perú y, luego, el Instituto Peruano de Seguridad Social. Con la reforma del noventa pasó a ser administrado por la ONP, entidad creada por Decreto Ley N° 25967, modificado por el Decreto Ley N° 26323, cuyas disposiciones establecen que se trata de una institución pública descentralizada del Sector Economía Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público interno, con recursos y patrimonio propios, con plena autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera, dentro de la ley.

Resulta así que una de las disposiciones legales modificatorias más importantes de la década del noventa fue el Decreto Ley N° 25967, cuya aplicación es materia del presente trabajo. Mediante este Decreto se modificó uno de los requisitos de la pensión de jubilación y se establecía nuevas formas de cálculo de la pensión, entre otros cambios que se incluyeron.

Posteriormente, se dictaría el Decreto Ley N° 26504, mediante el cual se dispuso la elevación de la edad de jubilación puesto que con el Decreto Ley antes citado, se había modificado uno de los requisitos: los años de aportaciones. Se configuraba así que los requisitos para jubilarse, a partir del Decreto Ley N° 26504 eran:

- Edad : 65 años de edad, sean hombres o mujeres.
- Aportaciones : 20 años como mínimo.

Como se ha observado en capítulos precedentes, los requisitos para jubilarse en este Sistema eran, en cuanto a la edad, de 60 años para los hombres y 55 para las mujeres, además de las posibilidades de jubilación adelantada. Las aportaciones que se solicitaban eran de acuerdo al régimen en que se encontraban los asegurados: régimen especial, 5 años de aportaciones; régimen general, 15 años para los hombres y 13 años para las mujeres. Así lo estableció originalmente, el Decreto Ley N° 19990.

Y, en todo ello, considero necesario reiterar que la reforma de los noventa se produjo dentro de un nuevo marco social, político y económico, producido en el país y diferente a los años anteriores, en los que el Estado cambió también de rol.

Dicha reforma se llevó a cabo paralelamente a la que se produjo en otros ámbitos similares, como en la legislación laboral. La “flexibilidad” producida en la legislación laboral tuvo como objetivo incentivar la inversión privada y, por tanto, generar un

mayor empleo. Sin embargo, significó también, por lo menos en los años iniciales, una rebaja en la cobertura de la Seguridad Social debido a las nuevas modalidades laborales que propiciaron el sub empleo o el denominado “empleo informal”.

Carmelo Mesa Lago hace incapié en una característica especial. Y ella es el hecho del mayor interés que muestran los economistas, a partir de la reforma, en una materia como la Seguridad Social.

4.3.2 INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA

El Decreto Ley N° 25967 se promulgó el 7 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el día de su publicación en el diario oficial, es decir, el 19 de diciembre del mismo año, en pleno periodo del denominado gobierno de “emergencia y reconstrucción nacional”. De acuerdo a lo que disponía la Constitución Política de 1979 –vigente cuando se promulgó la norma- “La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley.” (Art. 195° de la Constitución Política de 1979).

Su artículo 1º, indica lo siguiente:

“Artículo 1º.- Ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, podrá obtener el goce de pensión de jubilación, si no acredita haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos en la Ley.

El monto de la pensión que se otorgue a los asegurados que acrediten haber aportado veinte años completos será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su remuneración de referencia.

Dicho monto se incrementará en cuatro por ciento (4%) de la remuneración de referencia, por cada año adicional completo de aportación, hasta alcanzar como límite el cien por ciento (100%) de la remuneración de referencia.”

Este artículo está dividido en dos partes: el primer párrafo dirigido a la modificación del requisito de los años de aportación para jubilarse y, el segundo y tercero, a la forma de cálculo de la pensión.

Hasta esa fecha, y como se ha indicado anteriormente en este trabajo, el requisito de los años de aportación estaba determinado por uno de los dos regímenes de jubilación (régimen especial o régimen general) en los cuales se solicitaba 5 años de aportación o 15 (hombres) y 13 (mujeres), respectivamente.

Mediante este nuevo dispositivo se elevaba a un total general de 20 años mínimos para jubilarse.

El segundo aspecto es el del cálculo. Como se sabe, la fórmula de cálculo aplicable en el Sistema Nacional de Pensiones trataba de compatibilizar las últimas remuneraciones según los meses que más beneficiaba al asegurado. Es decir, se estableció la

denominada Remuneración de referencia en función estrictamente a las remuneraciones del asegurado, a la cual luego se aplica una tabla de cálculo cuyos porcentajes de incremento también fueron modificados por el tercer párrafo del citado artículo.

Esta remuneración de referencia estaba determinada por el artículo 73° del Decreto Ley N° 19990. Obsérvese su texto original:

“Artículo 73°.- El monto de las prestaciones para los asegurados obligatorios y los facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4°, se determinará en base a la remuneración de referencia.

La remuneración de referencia es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre doce el total de remuneraciones asegurables, definidas por el artículo 8°, percibidas por el asegurado en los últimos doce meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos treinta y seis o sesenta meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.

Si durante dichos doce, treinta y seis o sesenta meses no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios en razón de un accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber de conformidad con la Ley N°11377, o paro forzoso, se sustituirá dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores.”

Se consideraba como base las 12 últimas remuneraciones anteriores al cese laboral, salvo que anteriormente a ese período hubiere remuneraciones de mayores montos que, en caso de no tenerlas en cuenta, podrían perjudicar al asegurado. A ellos se acumulaban porcentajes por cónyuge a su cargo y por hijos en edad de percibir pensión de orfandad.

La nueva disposición establece:

“Artículo 2°.- La remuneración de referencia a los efectos del Sistema Nacional de Pensiones, se calculará únicamente, de la siguiente manera:

a) Para los asegurados que hubieran aportado durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treintiseis, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos treintiseis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

b) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinticinco años completos y menos de treinta, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre cuarentiocho, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos cuarentiocho meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

c) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el

asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

Si en cualquiera de los casos mencionados en los incisos precedentes, durante los meses especificados, no se hubiere aportado por falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados.”

Encontramos, entonces, dos variaciones respecto del Decreto Ley N° 19990. La primera es la elevación de la remuneración de referencia básica. Anteriormente era de 12 meses previos al cese laboral, ahora es de 36. Pero, la segunda es más importante. Y es que se le agrega un nuevo componente mediante el cual la remuneración de referencia está en función a los años de aportaciones. A mayor número de aportaciones menor período para el establecimiento de la remuneración de referencia. Así, a los que tienen 30 o más años de aportaciones les corresponderá tener en cuenta las remuneraciones de los últimos 36 meses anteriores al cese laboral; a los que tiene entre 25 a 29 años de aportaciones, un período de 48 meses; y a los que tienen entre 20 y 24 años de aportaciones, un período de 60 meses de remuneraciones, anteriores al cese laboral. Si bien, la modificación eleva el número de meses para obtener la Remuneración de referencia (de 12 a 36), dentro del nuevo esquema, el referente (12, 36 o 60 meses) beneficia a quienes tienen más años de aportaciones.

La última parte del artículo 2° es repetición del anterior dispositivo legal (Decreto Ley N° 19990) con la exclusión de la cita a la Ley 11377 de los empleados públicos que fuera sustituido por el Decreto Legislativo N° 728.

También se dejó sin efecto los porcentajes anteriores y se determinó que la forma de cálculo -aplicable a la remuneración de referencia ya calculada- estaba en función a un porcentaje básico de 50% el mismo que se elevaba en 4% por cada año adicional a los 20 primeros de aportación.

Anteriormente, se aplicaba según los regímenes especial y general que se gestaron en el original texto del Decreto Ley N° 19990. En el régimen especial el porcentaje básico era también de 50% pero el incremento era de 1.2% (hombres) y 1.5% (mujeres) por cada año de aportación que excedía a los 5 primeros. En el régimen general, al porcentaje básico de 50% de la remuneración de referencia se agregaba un 2% (hombres) y 2.5% (mujeres) por cada año que excedía los 15 (hombres) o 13 (mujeres) primeros años.

Pero, el problema fundamental es la aplicación de la norma. ¿Se debe aplicar a las personas cuya contingencia se produjo con anterioridad a la vigencia de esta disposición y se debe considerar contingencia al momento en que se cumplen con los requisitos para obtener el derecho a la pensión de jubilación, además del cese laboral? Al respecto, algunos, como veremos más adelante, han considerado que la contingencia se produce cuando los requisitos se cumplen en el momento –y conjuntamente- en la fecha que se produce el cese laboral, esto es, que los requisitos para la obtención del derecho deben cumplirse necesariamente en ese momento y no con posterioridad.

Las disposiciones contenidas en otros artículos del Decreto Ley N° 25967 también generaron cambios importantes. Por ejemplo, el artículo 3° se refiere al establecimiento

de la nueva pensión máxima. Hasta esa fecha, la pensión máxima se establecía en función a remuneraciones mínimas vitales. Era el 80% de la remuneración máxima asegurable que, a su vez, estaba fijada en 10 remuneraciones mínimas vitales. La pensión máxima era, entonces, el 80% de la remuneración máxima asegurable.

Ahora, el nuevo dispositivo establecía un monto fijo: 600 nuevos soles.

El texto indica:

“Artículo 3°.- La pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social por cualquiera de los regímenes pensionarios que administra, no podrá ser mayor de SEISCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/.600.00). Esta pensión máxima mensual podrá ser modificada por Decreto Supremo, con voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social.”

La fijación de un monto exacto determina rigidez en su aplicación y en su modificación. En primer lugar, se fija montos por debajo de los que estaban vigentes y, en segundo, su modificación debe ser dispuesta por Decreto Supremo a propuesta del Consejo Directivo del entonces Instituto Peruano de Seguridad Social, lo cual hace difícil su constante elevación. Efectivamente, en el transcurso de casi 17 años (1992 a 2009) sólo ha llegado a 857 nuevos soles. La explicación: evitar mayores egresos que continúen con el desequilibrio.

Evidentemente, esta nueva situación afectó la relación aporte-beneficio en el Sistema Nacional de Pensiones, puesto que los aportes que no tenían tope –según Decreto Supremo N° 140-90-PCM– daban lugar a una pensión cuyo tope máximo era de 600 nuevos soles sobre el total del cálculo.

El máximo asegurable fue aclarado posteriormente por Decreto Supremo N° 179-91-PCM en cuanto a los conceptos asegurables que debían tomarse en cuenta.

En efecto, la remuneración máxima asegurable sobre la que se aportaba en el Sistema Nacional de Pensiones fue modificada a partir de 1991 y establecida, primero, sobre la totalidad de lo percibido por el asegurado y, luego, sobre la remuneración percibida excluyendo algunos conceptos como viáticos, representación, vestuario, etc.

El monto máximo de pensión del Sistema Nacional de Pensiones también fue evolucionando. Inicialmente también fue un monto fijo: 30 mil soles (Sexta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 19990). No obstante, este criterio inicial fue modificado.

Mediante Decreto Ley N° 22847, del 22 de diciembre de 1979, se modificó su artículo 79° y se indicó que “La pensión máxima mensual que abonará el Seguro Social del Perú a partir del 1 de enero de 1980, será una suma equivalente al 80% de la cantidad fijada en el artículo 10°”, es decir, del máximo asegurable que en ese entonces era de cinco remuneraciones mínimas vitales.

Años más tarde, mediante Decreto Supremo N° 078-83-PCM se dispuso que la remuneración máxima asegurable fuera de 7 y medio remuneraciones mínimas vitales, con lo cual el máximo de pensión de 80%, se elevó a este nuevo referente, es decir, al

80% de 7 y medio remuneraciones mínimos vitales. Ello, a partir del 1 de octubre de 1983.

Por Decreto Supremo N° 077-84-PCM la remuneración máxima asegurable se elevó a 10 remuneraciones mínimas vitales, con lo cual la pensión máxima también se elevó al 80% de ese monto referencial.

Como puede apreciarse, ambos conceptos fueron dinámicos en el tiempo: la remuneración máxima asegurable y el monto máximo de pensión fueron elevándose constantemente en función a las remuneraciones mínimas vitales y, en tanto, éste concepto era un factor económico en constante movilidad.

(El Tribunal Constitucional y un nuevo dispositivo legal, establecerían, posteriormente, que con el Decreto Ley N° 25967 el nuevo monto máximo de pensión fuera aplicable a quienes habían obtenido el derecho a partir de dicha fecha. Quienes lo habían obtenido con anterioridad deberían atenerse a las normas anteriores, es decir, al monto máximo de 80% de la remuneración máxima asegurable que era 10 remuneraciones mínimas vitales).

El desequilibrio generado por esta nueva relación aporte-beneficio, propició que las personas con remuneraciones –y aportes- elevados pensarán seriamente en solicitar su traslado al Sistema Privado de Pensiones entonces próximo a ponerse en plena vigencia y en donde los mayores aportes iban a dar lugar a mejores y más elevadas pensiones. En este Sistema la relación aporte-beneficio sí estaba claramente determinada: a mayor ahorro, mayor pensión.

Es justo que una persona aspire a una mejor pensión y, en ese sentido, el traslado del Sistema Nacional al Sistema Privado y, posteriormente, con la Ley de Libre Desafiliación, al revés, se tenga que pensar en el mayor beneficio que se pueda obtener para incorporarse o mantenerse en un sistema u otro. Quienes tenían una mejor remuneración tenían que pensar en un Sistema Privado en tanto no existe un monto máximo de pensión.

El problema, sin embargo, no lo fue para estas personas que podían solucionarlo trasladándose al nuevo Sistema sino para quienes ya habían adquirido el derecho y podían tener pensiones máximas en función a las diez remuneraciones mínimas vitales, pero a los cuales se les aplicó el nuevo dispositivo.

Los dos artículos siguientes del Decreto Ley N° 25967 se referían a los reajustes de pensiones estableciéndose que se efectuarían por Decreto Supremo y “dentro de las posibilidades financieras del Instituto Peruano de Seguridad Social y en función de las aportaciones que real y efectivamente percibió.”

También se incluyeron artículos sobre la creación de la Oficina de Normalización Previsional, ONP, para asumir la administración del Sistema Nacional de Pensiones. Se señaló originalmente que “La ONP debe conformarse exclusivamente con personal del IPSS que trabaje para el Sistema, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.” Posteriormente se estableció que la ONP era un organismo del Sector Economía y Finanzas.

Además de ello, el Decreto Ley N° 25967 se refería a algunos aspectos procedimentales. Su artículo 10° y su Única Disposición Transitoria señalan lo siguiente:

“**Artículo 10°.-** No es procedente ninguna acción de amparo dirigida a impugnar, directa o indirectamente, los efectos de la aplicación del presente Decreto Ley.

DISPOSICION TRANSITORIA

Única.- Las solicitudes en trámite a la fecha de la vigencia del presente Decreto Ley, se ceñirán a las normas que éste prescribe.”

En el primer caso, resultaba una limitación legal al ejercicio constitucional de interponer acciones de amparo contra determinados efectos de una norma.⁴⁴ El propio Tribunal Constitucional al declarar posteriormente inconstitucional este artículo en la Sentencia N° 007-96-I/TC (acumulado) –a la que nos referiremos constantemente, en esta parte del trabajo- consideró que, en efecto:

“Si bien la acción de amparo no procede contra las leyes, por mandato expreso de la propia norma fundamental, la doctrina reconoce que sí se puede interponer contra actos que en aplicación de una norma legal, vulneren un derecho susceptible de amparo constitucional; en este caso, estamos frente a un caso de control de la aplicación de la norma, extremo que pretende ser prohibido expresamente por el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967.”

Agrega el Tribunal que el artículo 10° del Decreto Ley, impugnado en ese entonces, va más allá del artículo 200° de la Constitución

“... por cuanto prohíbe dichas acciones, contra los efectos del propio D.L., extremo este que es inconstitucional, por cuanto ninguna autoridad puede impedir el ejercicio de tales acciones por los particulares, cuando se produzcan hechos que amenacen o violenten derechos constitucionales de los ciudadanos, que puedan ser protegidos por medio de las acciones de garantía.”⁴⁵

En lo que se refiere a la Única Disposición Transitoria, el propio Tribunal consideró que no tenía la calidad de inconstitucional en cuanto es aplicable a las contingencias que se produjeran a partir de la vigencia de la norma, esto es, a partir del 19 de diciembre de 1992. El Tribunal indica que “... las leyes son retroactivas, cuando se aplican hacia atrás, con el objeto de cambiar situaciones del pasado; si esta ley pretendiera retirar los beneficios ya adquiridos por alguien en el pasado, y los cuales se encuentra

⁴⁴ Los artículos 295° y 298° de la Constitución de 1979 se referían a la acción de amparo como Garantía Constitucional.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 007-96-I/TC (Acumulado). Fundamento 7. En el anexo del presente trabajo, se incluye la investigación empírica sobre las sentencias que dieron lugar a ella. Es que, como se indica, muchas de las resoluciones emitidas a nivel administrativo, fueron materia de acciones de garantía que, a su vez, se resolvieron, en última instancia, por el propio Tribunal Constitucional. Tal como se señala más adelante, las sentencias fueron de varios tipos: procedentes, improcedentes, que afectaron el derecho, que afectaron el cálculo de la pensión, entre otras, recopiladas para este fin.

efectivamente gozando y le exigiera que devuelva lo recibido en el pasado, estaríamos claramente ante un caso de intolerable retroactividad. Pero éste no es el caso de la ley materia de esta acción de pretendida inconstitucionalidad. La Disposición Transitoria Única se limita a decir que la ley es aplicable de ahí en adelante, es decir, hacia el futuro.”

Y respecto del texto “solicitudes en trámite” que cita la Disposición Transitoria, el Tribunal indica que no contraviene ningún derecho constitucional por cuanto “... se refiere a aquellas que no contaban con resoluciones administrativas que se pronuncian por el otorgamiento o no de la pretensión...”, por tanto, dichas solicitudes podrían ser declaradas fundadas o infundadas, según lo establezca la entidad administrativa. Este criterio se confirmaría, luego, con la Ley N° 27561. No obstante, pese a las decisiones del Tribunal Constitucional desde 1997, se continuaban resolviendo administrativamente casos de acuerdo a la interpretación original, lo cual generó la continuación de la interposición de acciones de amparo.

La Ley N° 27561 permitió definitivamente la modificación en el criterio de interpretación e –incluso- derogó textualmente la Disposición Transitoria Única del citado Decreto Ley.

En esta parte es importante recordar también el Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado cuyas normas se refieren, fundamentalmente, al Decreto Ley N° 20530, al financiamiento de los sistemas públicos de pensiones y a la creación de un Tribunal de la Administración Pública.

Su Décimo Segunda Disposición Complementaria indica:

“Décimo Segunda.-

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación, siendo de aplicación a procedimientos administrativos y judiciales en trámite en cuanto correspondan.

La normas reglamentarias serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas”.

Se puede observar que se trata de un dispositivo que recoge los mismos criterios de aplicación del anterior Decreto Ley N° 25967.

Como era de esperarse, la aplicación del Decreto Ley N° 25967 generó un número elevado de acciones de amparo que llegaron hasta el Tribunal Constitucional y, en la mayoría de los casos, con sentencias favorables a los asegurados. Esta situación propició que, varios años después, el gobierno de entonces promulgara la Resolución Ministerial N° 392-2001-EF, la misma que se publicó el 28 de julio de 2001 y mediante la cual se facultó al Jefe de la ONP a allanarse de los juicios.

Los considerandos de la Resolución reflejaban la situación de los juicios planteados:

“Que, reiteradamente y en forma uniforme, en los diversos procesos judiciales donde se discute la aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 viene

recayendo sentencias judiciales expedidas por los diversos órganos jurisdiccionales a nivel nacional contrarias a los intereses que defiende la ONP;”

En efecto, la mayoría de los casos judiciales planteados se dictaminaban a favor de los pensionistas o asegurados próximos a jubilarse.

Por tanto, debía evitarse la continuación innecesaria de los mismos, en tanto generaban, más bien, costos para la institución generados por la propia defensa de dichos procesos:

“Que, en virtud de la uniformidad de los fallos judiciales y en aras de evitar continuar innecesariamente incurriendo en los costos y costas que origina los procedimientos antes indicados, resulta necesario facultar al Jefe de la ONP a procurar la conclusión de los mismos, pudiendo desistirse, convenir o allanarse;”

Como consecuencia de ello, el Ministerio de Economía determinó:

“Artículo Primero.- Facúltase expresamente al Jefe de la Oficina de Normalización Previsional –ONP- a procurar la conclusión de los procesos en que intervenga dicha Oficina, en los que se trate respecto de la denegatoria de otorgamiento de pensión, así como el recálculo de pensión, que tengan su origen en la aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 a los asegurados que al 18 de diciembre de 1992 reunían los requisitos establecidos para acceder a una prestación económica del Sistema Nacional de Pensiones, en especial, las relativas al régimen previsional regulado por el Decreto Ley N° 19990 pudiendo para ello desistirse, convenir o allanarse a los mismos.”

Posteriormente, la Ley N° 27561 –publicada el 25 de noviembre de 2001- aclaró la aplicación del Decreto Ley N° 25967. La denominada “Ley que precisa la aplicación del Decreto Ley N° 19990 para el otorgamiento de las pensiones de jubilación”, fue promulgada el 24 de noviembre de 2001 por el Congreso de la República en vista que el Presidente no lo hiciera.

Su artículo 1° establece que la Oficina de Normalización Previsional, ONP, debe resolver las solicitudes presentadas hasta el 19 de diciembre de 1992, antes del Decreto Ley N° 25967, en el plazo de 60 días desde su vigencia. En este agrega que debe aplicar “lo dispuesto en el Decreto Ley N° 19990.”

En el artículo siguiente señala:

“Artículo 2.- Revisión de oficio de pensiones de jubilación
La Oficina de Normalización Previsional revisa de oficio los expedientes de jubilación a los que correspondía la aplicación del Decreto Ley N° 19990 y se les aplicó la fórmula de cálculo establecida en el Decreto Ley N° 25967.

Artículo 3.- Inclusión de trabajadores en el procedimiento del Decreto Ley N° 19990

Los trabajadores que al 18 de diciembre de 1992, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 19990, tienen derecho a que se les otorgue una pensión de jubilación calculada de conformidad con las normas establecidas en el referido Decreto Ley.”

Con ello ratifica el criterio de irretroactividad del Decreto Ley N° 25967 y dispone la revisión de oficio de los expedientes a los que se hubiere aplicado indebidamente el Decreto Ley.

Finalmente, su artículo 4° deroga la Disposición Transitoria Única del Decreto Ley N° 25967, es decir, aquella que disponía que “Las solicitudes en trámite a la fecha de la vigencia del presente Decreto Ley, se ceñirán a las normas que éste prescribe.”, aquella que, al parecer, permitía la aplicación retroactiva de la norma.

No obstante, el criterio del Tribunal Constitucional es diferente respecto de la pensión máxima, se ha separado la aplicación de sus sentencias y de la Ley N° 27561 en dos partes: la irretroactividad no procede para el derecho y el cálculo de la pensión, en ese caso se aplica la norma vigente a la fecha de la contingencia pero para los efectos de derechos denominados complementarios debe aplicarse las disposiciones legales vigentes a la fecha de la presentación de la solicitud.

En torno a este tema, el máximo Tribunal, en la sentencia recaída en el expediente 1294-2004-AA/TC señala que se debe aplicar la legislación vigente a la fecha en que el asegurado reúna los requisitos para acceder a dicha pensión, independientemente del momento en que se solicite u otorgue, pero que “... las normas conexas y complementarias que regulan instituciones vinculadas, tales como la pensión mínima, pensión máxima, etc., deben aplicarse durante su período de vigencia.”

Se precisa, entonces, los dos criterios que señalamos anteriormente:

Para el derecho y cálculo, la aplicación del Decreto Ley N° 19990, en tanto la contingencia se produce con dicha norma.

Para los aspectos complementarios (pensión mínima, pensión máxima), la aplicación de normas disposiciones vigentes a la fecha de la solicitud.

Sin embargo, es importante determinar con exactitud a qué se refieren las denominadas “instituciones vinculadas” a la pensión, en tanto algunos aspectos como la pensión máxima, mínima, bonificaciones, podrían considerarse parte de la misma pensión, salvo que la norma lo especifique como complemento de la misma. De alguna forma, este criterio se aclaró con una sentencia posterior en la que se hace referencia al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y ubica a los topes de pensión como “contenido no esencial”.⁴⁶

LA CONTINGENCIA

Pero, otro aspecto importante a dilucidar es el referido a la contingencia; sobre todo, en los casos de pensión de jubilación. Algunas personas han considerado que la

⁴⁶ Sentencia del 3 de junio de 2005.

contingencia se produce sólo cuando el asegurado cumple con los requisitos para jubilarse y cesa en el trabajo. De no hacerlo, pierde su derecho a la pensión.

Recuérdese que el artículo 3 de la Ley 27561 dispone que:

“Los trabajadores que al 18 de diciembre de 1992, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 19990, tienen derecho a que se les otorgue una pensión de jubilación calculada de conformidad con las normas establecidas en el referido Decreto Ley.”

No se refiere a la contingencia, si entendemos por ella la fecha de cese, sino al cumplimiento de los requisitos. El cese se puede producir con posterioridad. Citamos nuevamente la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 2817-2004-AA/TC, reproducida anteriormente:

El segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Ley N.° 19990 establece que, para acceder a una pensión de jubilación por reducción de personal, a tenor del Decreto Ley N.° 18471, es necesario contar, en el caso de los hombres, 55 años de edad y 15 años de aportaciones. Del Documento Nacional de Identidad del demandante, de fojas 9, así como de la resolución cuestionada, de fojas 4, se aprecia que nació el 17 de febrero de 1942, y que cesó sus labores el 15 de enero de 1992, contando con 49 años de edad y 21 años de aportaciones; por lo que la contingencia se produjo el 17 de febrero de 1997, fecha en la que cumplió la edad requerida para obtener pensión de jubilación dentro del régimen del Decreto Ley N.° 19990, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley N.° 25967.

Al respecto, este Colegiado ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que los alcances de la denominada “contingencia” son los comprendidos en la Resolución Jefatural N.° 123-2001-Jefatura-ONP, la cual dispone que si el asegurado cesa en el trabajo antes de haber cumplido el requisito de la edad establecido por ley para alcanzar el derecho a la pensión de jubilación, la “contingencia” se producirá cuando lo cumpla, sin necesidad de que, concurrentemente, se reúna el requisito de los años de aportaciones, y que ello deba producirse antes de la fecha de cese.

Sobre este mismo tema, el doctor Eduardo Gordillo Tordoya se refiere a la contingencia objetiva y la presunción legal indicando que el cese laboral “hace que la contingencia en la cobertura de la vejez, dependa de la voluntad del titular del derecho, a quien le corresponde, dentro de las condiciones establecidas por la ley, determinar la fecha en que la misma debe considerarse producida.”⁴⁷

⁴⁷ GORDILLO TORDOYA, Eduardo... “Contingencia y jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones”, en Revista Gaceta Jurídica.

Es indudable que, en muchos casos, no se cumple uno de los requisitos *conjuntamente con el cese laboral*, razón por la cual es necesario esperar el cumplimiento de dicho requisito que, por lo general, es la edad. Evidentemente, de ser así, el inicio del derecho (sobre todo, para los pagos de la pensión), no será sino en la fecha en que se cumpla la edad requerida y no en la fecha del cese laboral.

Por ello, el doctor Gordillo agrega que el artículo 80° indica, en su primera parte, que la contingencia se genera en la fecha en que produce la contingencia, en términos generales, pero que su determinación –para los efectos de la vejez y como presunción legal- “la contingencia se considera producida” cuando el asegurado, teniendo derecho a la pensión, cesa para hacerlo efectivo.

En efecto, veamos el artículo 80°:

“Artículo 80°.- El derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31°.

Para los efectos de las pensiones de jubilación, se considera que la contingencia se produce cuando, teniendo derecho a la pensión:

- a) El asegurado obligatorio cesa en el trabajo para acogerse a la jubilación;
- b) El asegurado facultativo comprendido en el inciso a) del artículo 4° deja de percibir ingresos afectos; y
- c) El asegurado facultativo comprendido en el inciso b) del artículo 4° solicita su pensión no percibiendo ingresos por trabajo remunerado.

El asegurado podrá iniciar el trámite para obtener la pensión de jubilación antes de cesar en el trabajo o de dejar de percibir ingresos asegurables. Sin embargo, el pago de la pensión sólo comenzará cuando cese en el trabajo o deje de percibir ingresos asegurables pasando a la condición de pensionista.”

Con la explicación, se configuran los tres requisitos para la contingencia, en el caso de la jubilación: edad, años de aportación y cese laboral.

La Oficina de Normalización Previsional dictó, en primer lugar, la Resolución N° 032-96/ONP-JEFATURA, en la que se estableció que el derecho a percibir pensión se iniciaba a partir de la fecha del cese o cuando dejaba de percibir ingresos, según se tratara de asegurados obligatorios o facultativos, respectivamente. No obstante, agregaba que la administración debería verificar que “a la fecha del cese o de dejar de percibir ingresos afectos, según corresponda, cumpla de manera concurrente con los requisitos de edad y años de aportación establecidos en la ley vigente.”

Posteriormente, modificó éste criterio, mediante Resolución Jefatural N° 123-2001-JEFATURA/ONP, publicada en el diario oficial el 8 de julio de 2001, en donde se precisa que “contingencia” es la fecha en que el asegurado adquiere el derecho a la prestación económica y precisa:

“b. Cuando el asegurado cese en el trabajo antes de haber cumplido con el requisito de la edad establecido por Ley para alcanzar el derecho a la pensión de jubilación, la “contingencia” se producirá cuando éste cumpla con tal requisito,

sin necesidad que dicho cumplimiento se dé concurrentemente con el requisito de los años de aportación y que este debe producirse antes de la fecha del cese.”

Pero, volviendo al tema de la vigencia de las normas es necesario recordar que, tiempo después, se promulga la Ley N° 28389 que modificó algunos artículos de la Constitución Política 1993. Esta Ley, promulgada el 16 de noviembre de 2004, modificó determinados aspectos como el criterio sobre la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en los regímenes de pensiones y, específicamente, en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530.

La ley dispuso las siguientes modificaciones:

- a. Modificación del artículo 11 de la Constitución Política de 1993.
- b. Modificación del artículo 103 de la Constitución Política de 1993.
- c. Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

Con la vigencia de esta norma y a partir de entonces, se modificó también el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional reflejado en la **Sentencia del 3 de junio de 2005** que declaró infundadas las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban, precisamente, la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Por cuanto:

“A) Por la forma, se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

B) Por el fondo, se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (artículo 11) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas.”⁴⁸

Igualmente, declaró fundadas las mismas demandas en otros aspectos relativos al Decreto Ley N° 20530, específicamente, en cuanto a determinados derechos de pensiones.

Como se señala anteriormente, en aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional se refirió al concepto del “contenido esencial del derecho fundamental a la pensión”, considerando que “La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas.”⁴⁹

Se refiere también al aspecto económico generado por el pago de las pensiones del Decreto Ley N° 20530:

⁴⁸ Punto 1 de la parte resolutive de la Sentencia.

⁴⁹ Fundamento 78 de la Sentencia.

“Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad.”⁵⁰

Pero, también se refiere a la aplicación de las leyes en el tiempo. En el fundamento 92 indica que “... mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (...) Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”.

Para finalizar esta parte, considero importante comentar que la aplicación del Decreto Ley N° 25967 fue materia de análisis en un Informe que, sobre nuestro país, hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se cita en un artículo de Miguel Canessa Montejo. En el Informe, la Comisión señala que la Comisión recibió denuncias sobre violación de determinados derechos fundamentales:

“Asimismo, la Comisión conoció que mediante el Decreto Ley N° 25967 se desconocieron, también de manera retroactiva, los derechos de miles de pensionistas sujetos al régimen pensionario administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. Al respecto, la Comisión fue informada que aunque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional los mencionados Decreto Leyes Nos. 817 y 25967, el Estado promulgó leyes de similar contenido...”⁵¹

Es importante recordar que los textos constitucionales de la gran mayoría de los países incluyen derechos fundamentales, económicos y sociales, y dentro de ellos, el derecho a la seguridad social así como el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, entre otros.

En términos generales, se ha considerado que la evolución de los Derechos Fundamentales ha seguido la siguiente secuencia:

Derechos de primera generación: derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la integridad, libertad, garantías judiciales, expresión de pensamiento, nacionalidad, circulación, residencia, etc.

Derechos de segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales como la salud, educación, alimentación, vivienda, trabajo, huelga, SEGURIDAD SOCIAL, etc.

Derechos de tercera generación: relativos a la solidaridad, derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente equilibrado y sano.

Este criterio de considerar al derecho a la Seguridad Social como un derecho fundamental es recogido por muchos instrumentos internacionales y, por supuesto, por nuestro Tribunal Constitucional.

⁵⁰ Fundamento 90 de la Sentencia.

⁵¹ CANESSA MONTEJO, Miguel F. ... “Los Derechos Laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (segunda parte)”, en Revista Asesoría Laboral, agosto 2003, pág. 11.

En resumen, la aplicación del Decreto Ley N° 25967 con carácter retroactivo, generó reclamos de los asegurados y pensionistas en cuanto, o no se les otorgaba el derecho por no cumplir con los nuevos requisitos, o se les otorgaba un monto menor debido a los cambios aplicables a contingencias anteriores a la vigencia de la norma.

4.3.3 LA NORMA EN EL TIEMPO: RETROACTIVIDAD Y ULTRACTIVIDAD

La interpretación de una norma significa aclarar o explicar su sentido, más aún, si pudiera existir alguna duda o vacío en su texto. Por ello, el concepto de interpretación es amplio. Guillermo Cabanellas señala: “La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición.”⁵²

La interpretación jurídica es respecto de textos de normas o documentos jurídicos aplicables a determinados casos. No obstante, su ejercicio no es únicamente en base a ellos sino recurriendo –si fuera el caso- a las fuentes del Derecho. Todo ello nos lleva a un resultado de lo que se ha interpretado, darle sentido o atribuirle significado a una norma, a una disposición o a un enunciado.

En el ámbito jurídico se pueden encontrar numerosos métodos de interpretación: amplia o extensiva, analógica, auténtica, literal, etc. El más utilizado es el de la interpretación amplia o la restringida. Y, si se trata de quien la realiza, ella puede ser: auténtica, oficial, doctrinal y judicial.

También en el ejercicio de la interpretación se pueden encontrar problemas de diferentes tipos, como problemas de carácter lingüístico, sistémico, funcional (ambigüedad, imprecisiones, redundancias, antinomias, vacíos de situaciones, etc.)

Como citamos en páginas previas, la norma en sí –el Decreto Ley N° 25967-, tiene pleno efecto legal. En algún momento se puso en duda su vigencia argumentando que no había sido promulgada por parte de “un Congreso regular y constitucional”, no obstante, no puede ser inconstitucional en tanto, como lo establece el Tribunal Constitucional, fue convalidada por el Congreso Constituyente Democrático. La promulgación del Decreto Ley no tiene objeciones de carácter formal.

La discusión se presenta en torno de su aplicación. Es indudable que la tarea de aplicar una ley es tanto o más importante como la de crearla. Sin embargo, esa aplicación requiere del conocimiento y uso de técnicas especiales propias del derecho que no siempre se presenta en quienes tienen a su cargo el origen de las normas. Incluso, en algunos casos llega a complementar su creación.

Como indica Carlos Thorne, dentro de las tareas que contiene la interpretación de la ley “... el primer quehacer que el Juez acometerá será determinar qué interés está siendo cautelado por la norma, qué bienes tiende a preservar, que pueden ser tan concretos y apreciables como la vida humana, la salud corporal, la sabiduría científica, la enseñanza,

⁵² CABANELLAS, Guillermo... “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, tomo IV, p. 472.

la formación profesional, el patrimonio económico, el trabajo, el salario, la personalidad, la familia, etc. etc. que constituyen valoraciones positivas insertas en la norma.”⁵³

Quien tiene el trabajo de aplicar la norma, deberá tener en consideración una estimación basada en el valor supremo de la Justicia.

Y, específicamente, en cuanto a los límites de la ley en el tiempo, el doctor Aníbal Torres Vásquez, señala que todas las leyes son obligatorias desde que entran en vigencia hasta que cesan de regir: principio general. Y que, además, no tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal.

Indica también, en términos generales, que las leyes cesan de regir:

1. Cuando se vence el plazo de vigencia señalado en la propia ley (leyes temporales);
2. Cuando se ha conseguido el fin o ha desaparecido el estado de cosas para las cuales fue dictada (ratio legis);
3. Por derogación mediante otra ley de igual o superior jerarquía;
4. Por sentencia que declare su inconstitucionalidad (Constitución Política art.103).⁵⁴

Y en cuanto al conflicto de leyes en el tiempo que se puede producir, señala que para resolverlos existen varios criterios:

1. La irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, lo cual significa que no tiene efectos retroactivos ni tampoco puede supervivir después de derogada;
2. La aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley antigua;
3. La aplicación ultractiva de la ley antigua que supervive a la nueva.⁵⁵

En tal sentido, y de acuerdo a los criterios generales expuestos, este tipo de interpretaciones no debería generar controversias. La interpretación de una norma debe ceñirse a éstos parámetros, sea a nivel judicial o administrativo.

Marcial Rubio Correa, a su vez, señala que para los efectos de la aplicación del Derecho en el tiempo debe tenerse presente dos tipos de conceptos: los que se refieren a la forma de aplicación (retroactividad, aplicación inmediata y ultractividad) y las consecuencias de la aplicación (teoría de los derechos adquiridos y teoría de los hechos cumplidos). Añade que los problemas de aplicación “se presentan cuando una disposición jurídica, o un conjunto de ellas, son modificados o derogados por otras que empiezan a regir una vez promulgadas y publicadas. Como habrá diferencia en los mandatos de las primeras

⁵³ THORNE BOAS, Carlos ... “La Interpretación de la Ley”. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima Perú, 1989, páginas 27 y 28.

⁵⁴ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal... “Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho”, segunda edición, Idemsa, Temis, 2001, p. 459.

⁵⁵ TORRES VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 460.

y segundas normas –eventualmente contradicción abierta entre ellas- aparece la urgencia de definir si habrá aplicación retroactiva, inmediata o ultractiva.”⁵⁶

Este sería el esquema general de la aplicación de la norma en el tiempo cuyo “punto de quiebre” es el momento en que se inicia la vigencia de una nueva norma que, para los efectos de nuestra materia está ligado a la contingencia, cuyos conceptos han sido revisados anteriormente y que pueden resumirse en la fecha en que se cumplen los requisitos para obtener el derecho a una prestación.

El doctor Rubio agrega los siguientes conceptos:

- Aplicación inmediata de una norma es aquella que se realiza a los hechos, relaciones y situaciones que se producen mientras tiene vigencia, esto es, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.
- Aplicación ultractiva es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, cuando ha finalizado su aplicación inmediata.
- Aplicación retroactiva, aquella que se realiza para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que esta entra en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en materia penal, cuando favorece al reo (nuevo artículo 103º de la Constitución Política).
- Aplicación diferida, aquella en que la norma es publicada pero no entra en vigencia de inmediato sino en un momento posterior en el tiempo, expresamente indicado en sus disposiciones o en otras de rango superior.⁵⁷

También, en el caso específico de la retroactividad, señala dos modalidades:

- Aplicación retroactiva restitutiva, cuando la retroactividad es absoluta, modifica totalmente las situaciones, relaciones o hechos ocurridos antes de la fecha de vigencia de la norma. Incluye la modificación de sentencias.
- Aplicación retroactiva ordinaria, casos en que la aplicación retroactiva modifica los hechos, relaciones y actuaciones anteriores al momento de vigencia de la norma, salvo las sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada y en que se ha aplicado la norma precedente, ahora derogada.

Pero, revisemos el tema del presente trabajo que es la retroactividad de una norma en materia de pensiones.

El principio general de la irretroactividad de las normas –con sus excepciones establecidas- significa una real garantía para los ciudadanos de una determinada comunidad y, para nuestro caso, una garantía para los asegurados y pensionistas

⁵⁶ RUBIO CORREA, Marcia..., “Aplicación de la norma jurídica en el tiempo”, Fondo Editorial de la Universidad Católica. p. 16 y 17.

⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial, Ob. Cit. Pp.21 a 26.

inmersos en los sistemas de seguridad social. Es un principio de la seguridad jurídica de un país.

La temporalidad es una de las bases de la aplicación e interpretación de las normas y, sobre todo, de las normas de Seguridad Social cuyo objetivo debe ser siempre –como es obvio- la protección social. La aplicación de la norma en el tiempo requiere de parámetros generales a los cuales debe unirse el objetivo social, principalmente en algunas disciplinas como el Derecho de la Seguridad Social. La creación, interpretación y aplicación de estas normas debe tener en cuenta la protección de la persona humana ante determinadas contingencias.

En términos generales, como indica Manuel Alonso García, todo el ordenamiento jurídico es, desde ya, una garantía de integración social, de un verdadero Estado de Derecho. Es la base de la integración social, agrega.

Pero, además, añade que “... tal garantía solamente puede afirmarse y sostenerse sobre la base de vigencia de una sucesión de normas que suponga el respeto de unas para con otras, en el orden de la naturaleza interna de las mismas y en el de su disposición en el tiempo. Es decir, todo ordenamiento jurídico requiere una gradación normativa, de carácter y significación jerárquicas, y un principio general de manifestación temporal, por virtud del cual, dentro del mismo grado, la norma más moderna deroga a la más antigua.”⁵⁸

García considera que las disposiciones legales, en términos generales, deben aplicarse a situaciones a partir de su vigencia. Sin embargo, opina también que deben existir excepciones al principio de irretroactividad de las normas.

Agrega que algunas de las disposiciones pueden ser retroactivas cuando, en materia interpretativa, y por razones de seguridad jurídica, se deben respetar las anteriores pese a tener sentido distinto.

Por ello es que toda norma tiene una determinada vigencia. Y esa vigencia de las normas –continúa García- “... condiciona, por otra parte, su eficacia, lo cual no significa que este principio no sufra excepciones nacidas de aquellos casos en los cuales, estando vigente, la norma deviene ineficaz, por falta de aplicación, o de aquellos otros en los que, en sentido contrario, la eficacia se prolonga aún después de haber cesado la vigencia. Y el punto de perfecta incidencia se daría, por consiguiente, en los supuestos en los que la eficacia que deriva de la aplicación de una norma determinada coincide con la vigencia de la misma. Vigencia que viene marcada por un límite de origen y un límite de terminación. El primero señala el comienzo de aquella; el segundo, su derogación.”⁵⁹

Es decir, las normas interpretativas “... que han de considerarse vigentes desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada, aun cuando a veces, y por razones de seguridad jurídica... se dictan sólo para los efectos producidos a partir de las mismas,

⁵⁸ GARCIA, Manuel Alonso ... “Curso de Derecho del Trabajo”. Editorial Ariel, Barcelona, octubre 1975. Pag. 289.

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 293 y 294.

respetando los anteriores a ellas, que fueron considerados por la práctica como de sentido distinto, con lo que desaparece la mencionada retroactividad.”⁶⁰

Agrega también que algunas de las disposiciones, por aplicación del principio de las normas más favorables, pueden ser retroactivas, esto es, cuando se crean mayores beneficios para el trabajador a situaciones jurídicas pre existentes, reguladas por norma posterior.

Las normas pueden prolongarse en su vigencia para ciertas situaciones jurídicas que se hubieren suscitado con una norma anterior, pero ellas tendrán que ser situaciones especiales que no colisionen o que no afecten sus derechos. Es el caso de la ultractividad. En nuestro caso, se deberá tener en cuenta también el principio que nace del Derecho del Trabajo, es decir, el de la norma más favorable al trabajador. Para los efectos de nuestra materia, la norma más favorable al asegurado o pensionista, si se tratara, por ejemplo de la aplicación de dos disposiciones.

El principio general es, pues, que las leyes tienen vigencia obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial y, por tanto, desde ese momento es de cumplimiento obligatorio para situaciones que se generen durante su vigencia. Su vigencia termina cuando dejan de regir y, en nuestra normatividad, existe el principio constitucional de que ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

Volvamos a lo que indicaba originalmente la Carta Magna de 1993:

“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

En tal sentido, no existen dudas. La Constitución de 1979 era más amplia en este criterio y establecía la retroactividad “... en materia penal, laboral o tributaria cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.” (Art. 187 de la Constitución Política de 1979). Esto significaba la ampliación de beneficios retroactivos también las materias laborales y tributarias.

En cuanto al término de su vigencia, como se ha indicado:

1. cuando se vence el plazo de vigencia señalado en la propia ley (leyes temporales);

⁶⁰ Ob. cit. Pag. 296.

2. cuando se ha conseguido el fin o ha desaparecido el estado de cosas para las cuales fue dictada (ratio legis);
3. por derogación mediante otra ley de igual o superior jerarquía;
4. por sentencia que declare su inconstitucionalidad.

Sin embargo, reiteramos también, que dentro la vigencia de las leyes en el tiempo se puede presentar algunos conflictos en cuanto a la retroactividad y a las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

Precisamente, la Ley N° 28389, de Reforma Constitucional, del año 2004 modificó el artículo N° 103 y su redacción quedó de la siguiente manera:

“Artículo 2°.- Modificación del artículo 103° de la Constitución Política.

Sustitúyese el texto del artículo 103° de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

En este nuevo texto se observan algunos aspectos sustanciales de los cuales los más importantes son el de la inclusión de la teoría de los hechos cumplidos y la confirmación de la retroactividad de la norma. Y, evidentemente, se trata de su aplicación, a toda la normatividad nacional, sin diferencias en las jerarquías ni materias.

La nueva disposición se refiere a “relaciones y situaciones jurídicas” existentes. Analizando el texto, Marcial Rubio indica que se debe entender por situación jurídica el conjunto de “atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas, que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho.”

Y, en cuanto a las relaciones jurídicas, que son las “diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos –o más- situaciones jurídicas interrelacionadas”. Añade algo importante: no se refiere a las relaciones jurídicas sino a sus “consecuencias”. No modifica las relaciones y situaciones jurídicas sino sus consecuencias.

En tal sentido, las normas que se promulguen durante un período posterior no afecta el derecho anterior, puede modificar sus consecuencias. A ello habría que agregarle la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial de una pensión. Así, una pensión ya adquirida puede ser modificada por una norma posterior pero sólo en sus reajustes por ejemplo, mas no en su derecho mismo. Y, el Tribunal Constitucional, si continuamos con este ejemplo, ha determinado que el Decreto Ley N° 25967 será aplicado para quienes obtuvieron el derecho durante su vigencia mas no para quienes obtuvieron el derecho antes, incluyendo la forma de cálculo.

Sería retroactiva si es que se aplicara a quienes ya hubieren obtenido el derecho anteriormente; y la retroactividad no está permitida por el propio artículo 103°, aún modificado. Salvo la retroactividad penal benigna. Obviamente, tampoco la ley anterior puede ser aplicada ultractivamente.

En torno a este tema también es importante revisar el Código Civil y sus artículos 2120° y 2121°:

“Artículo 2120.- Ultraactividad de legislación anterior

Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca.”

Esta norma permite la vigencia del anterior Código de 1936 y podría existir contradicción con el artículo siguiente:

“Artículo 2121.- Teoría de los hechos cumplidos

A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.”

Este último artículo coincide plenamente con el artículo 103° de la Constitución, modificado. Tal como lo indica el doctor Marcial Rubio, debe aplicarse este segundo artículo, mas no el primero, por ser incompatible con la Carta Magna.

De alguna manera, tendría relación con la Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias del Decreto Ley N° 19990 en cuanto a la aplicación de las normas a situaciones previas a la vigencia del Sistema Nacional de Pensiones.

Como se ha indicado antes, de esta interpretación/aplicación pueden derivarse dos teorías: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. La primera considera que una norma no puede ser aplicable a derechos que fueron adquiridos antes de su vigencia. La segunda, se refiere a la aplicación de la norma para hechos –presupuesto de la norma- que se cumplieron totalmente durante su vigencia.

Según Aníbal Torres Vásquez, en este último caso, se considera que la nueva ley es aplicable “... no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentren en proceso de desarrollo –no son todavía hechos consumados- al entrar en vigencia la nueva ley, como sucede con las relaciones jurídicas familiares, los derechos reales, los actos jurídicos de duración, etc.”⁶¹

Veamos ahora esas normas que regulan estas situaciones en el propio Sistema Nacional de Pensiones. En efecto, en el propio Decreto Ley N° 19990 se establecieron disposiciones legales específicas para las nuevas y anteriores situaciones o contingencias. Como se ha señalado, las Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias así lo establecen:

“SEGUNDA.- Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado así como los

⁶¹ TORRES VÁSQUEZ Aníbal ... Ob. Cit. pág. 461.

pensionistas de invalidez del régimen de la Ley N° 8433 quedarán integrados, a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto Ley.

CUARTA.- Las prestaciones que acuerda el presente Decreto Ley se otorgarán por contingencias ocurridas a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés.

Las prestaciones por contingencias ocurridas con anterioridad al primero de mayo de mil novecientos setentitrés, se otorgarán de conformidad con las disposiciones vigentes al momento en que se produjeron, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 72° en los casos en que a dicha fecha no hubiera resolución consentida o ejecutoriada relativa a las prestaciones correspondientes.”

(El resaltado es nuestro)

Antes del Decreto Ley N° 19990 estaban vigentes las leyes Nos. 8433 y 13640 del Seguro Social Obrero y la Ley N° 13724 del Seguro Social del Empleado, cuyas normas diferían entre sí respecto del otorgamiento de las pensiones.

La segunda parte de la Cuarta Disposición Transitoria señala con mucha claridad el respeto por los derechos adquiridos.

La Segunda Disposición Transitoria señala que los asegurados y pensionistas de los regímenes anteriores se integran al nuevo –en ese entonces- Sistema Nacional y dispone la aplicación de las nuevas disposiciones mas no para modificar los derechos adquiridos. Este último criterio –insisto- es incluido en la Cuarta Disposición Transitoria al aclarar que el Decreto Ley N° 19990 es aplicable a las contingencias ocurridas “a partir del 1 de mayo de 1973” y que las contingencias anteriores se regirán con las disposiciones anteriores: leyes 8433 y 13640 para el caso de los trabajadores obreros y la ley 13724 para los empleados.

Incluso, se ha agregado el reconocimiento de los períodos de aportación anteriores al 1 de mayo de 1973, a las ex Cajas de Pensiones del Seguro Social Obrero y Seguro Social del Empleado, cuando no hubiere resoluciones consentidas o ejecutoriadas que hayan declarado su caducidad. El artículo 72° del Decreto Ley N° 19990 reconoce esos períodos de aportación aún cuando no se hubiere efectuado su pago.

Veamos ahora un enfoque doctrinario más específico del tema. Francisco De Ferrari, tratadista especialista también en Derecho Laboral, se refiere a la aplicación de las normas laborales en el tiempo y, esencialmente, en cuanto a la retroactividad, analizando los laudos de los Consejos de Trabajo, en Uruguay.

Cita por ejemplo, la diferencia que puede existir entre la retroactividad y la vigencia inmediata de una norma y recuerda también la opinión de Rafael Caldera en el sentido de que si se dictara una ley que reduce la jornada de trabajo sería imposible esperar que se celebren nuevos contratos de trabajo para que esa reducción entre en vigencia. Igual podría suceder con los salarios mínimos en que no sólo sería aplicable a los trabajadores

que recién ingresan a laborar o a las relaciones laborales que, en general, recién se inician.

Coincide con otros autores cuando indican que esa no sería propiamente una “verdadera” retroactividad y cita también a Krotoschin cuando diferencia la retroactividad entre de “primer grado” y de “segundo grado”, la primera cuando su aplicación es para los efectos producidos **después** de la vigencia pero como consecuencia de hechos o actos anteriores y la segunda cuando se trata de normas aplicables a hechos o actos producidos **antes** de entrar en vigencia.

A partir de ello, se pregunta si las decisiones del Consejo del Trabajo, en Uruguay, pueden tener efectos retroactivos. Pero va más allá. Indica que la retroactividad no es asunto puramente jurídico en tanto debe observarse también el aspecto social: “... la retroactividad no es un problema puramente jurídico. Por el contrario, es un problema que interesa fundamentalmente desde el punto de vista social.”⁶²

Indudablemente, las razones de necesidad económica y social –como lo señala- deben hacer pensar que determinadas situaciones pueden beneficiar o perjudicar a los trabajadores.

Este razonamiento, a su vez, debe hacer reflexionar a los legisladores e intérpretes de las normas para que su aplicación en el tiempo no sea rígida sino relacionándolas con el aspecto social. En tal sentido, las normas de carácter social deben tender, precisamente, a los beneficios sociales que pueden atribuirse a los trabajadores. Obviamente, dentro de los márgenes que permite la propia ley.

Es con ese fin indemnizatorio –agrega- que suele darse (a la nueva tarifa de salarios) efectos retroactivo: “Existe, pues, una razón vinculada a las necesidades económicas del hombre y al orden social que obliga a considerar la situación que crea a veces a los trabajadores la demora en la fijación de una tarifa o en la aprobación de una norma, razón por la cual los problemas que crea el derecho del trabajo en el tiempo pueden ser frecuentes, o más frecuentes y explicables que en otras ramas del derecho.”⁶³

Evidentemente, esta interpretación de la aplicación de las normas laborales en el tiempo resulta también aplicable a las normas de Seguridad Social a los efectos de no afectar derechos adquiridos. Demás está señalar que –pese a la autonomía de ambas materias- la relación se mantiene.

De otro lado, Javier Neves Mujica analiza también la vigencia de las normas laborales en el tiempo. Indica que es propio que todo Estado de Derecho establezca la irretroactividad de ellas y que, excepcionalmente, se acepte la retroactividad.

Su opinión es que, en el caso de nuestro país, las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 proclaman esta posición y aceptan las excepciones.

Analiza también ambas teorías –de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos- como producto de la aplicación de la ley en el tiempo, no obstante, agrega que es importante conocer cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Y

⁶² DE FERRARI, Francisco... “Derecho del Trabajo”, I tomo, pp. 340

⁶³ DE FERRARI, Francisco, ob. Cit. P. 342

añade que la pregunta es si al entrar en vigencia la nueva norma –que no interesa cuándo sea, pero deberá ocurrir con posterioridad a su publicación- afectará o no las relaciones y situaciones existentes.⁶⁴

Además, considera que “El Tribunal Constitucional concibe correctamente a la Primera de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución –que prohíbe a las nuevas normas en el campo de las pensiones, afectar los derechos legalmente obtenidos por las antiguas- como una excepción a la regla”⁶⁵ Se refiere al texto anterior a su modificación.

Al ingresar directamente al sistema pensionario señala que la teoría imperante puede ser la de los derechos adquiridos, o en todo caso, mixta. Indica textualmente que “... En materia pensionaria, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevee, en vigor una aplicación mixta: si la antigua regulación es mejor, la sucesión se regirá por la teoría de los derechos adquiridos; pero si la nueva es mejor se regirá por la de los hechos cumplidos.”⁶⁶

Estos criterios han sido vertidos respecto de la vigencia de la Constitución de 1993, en su texto original. No obstante, hace la salvedad que podrían ser modificados, de aprobarse la norma que dejara sin efecto las disposiciones específicas de la mencionada Carta Magna, como así sucedió. La modificación constitucional de la Ley N° 28389 se dictó a fines de 2004 y puso en vigencia la teoría de los hechos cumplidos.

4.3.4 DERECHOS ADQUIRIDOS Y HECHOS CUMPLIDOS

Habiendo llegado a esta parte del trabajo, la investigación de la tesis se inclinó también a la discusión sobre la aplicación de una norma basada en la teoría de los hechos cumplidos o que debió basarse en la de los derechos adquiridos.

Precisamente, antes de pasar al análisis de estas teorías, es conveniente revisar el concepto textual que tiene Guillermo Cabanellas en torno a este tema:

“DERECHO ADQUIRIDO. El que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona; tal la propiedad ganada por usucapión, una vez transcurrido el tiempo y concurriendo los demás requisitos sobre intención, título y buena fe. Frente al anterior de índole *real* hay *derechos adquiridos* que pertenecen a los meramente *personales* como la cualidad de cónyuge, la condición de hijo, la nacionalidad (sea por suelo o sangre).

1. *Conflicto y afirmación.* El *derecho adquirido*, el creado al amparo de una legislación, choca con el *nuevo derecho* cuando éste introduce una disposición legal posterior que suprime o modifica la precedente situación jurídica. En principio, y por efecto de la irretroactividad de las leyes, salvo expresa

⁶⁴ NEVES MUJICA, Javier... “Introducción al Derecho Laboral”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2004, P. 95.

⁶⁵ NEVES MUJICA, Ob. Cit. P. 95

⁶⁶ NEVES MUJICA, Ob. Cit. P. 95.

indicación en contra, o en forma absoluta, con exclusión de tal posibilidad, los *derechos adquiridos* son respetados por la nueva ley.

Cabe observar, pues, que la doctrina y la legislación referente a los *derechos adquiridos* representan una conservación y una victoria de los *derechos subjetivos* de sus titulares respectivos frente al *Derecho Objetivo*, a fin de impedir cómodas e impunes violaciones de aquellos por una legislación reformadora.

2. *Criterio positivo.* Con arreglo al art. 1.112 del Cód. Civ. Esp.: “Todos los *derechos adquiridos* en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. En la 4ª de las disposiciones transitorias se fija la actitud general sobre el problema: “Las acciones y los *derechos nacidos* y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero, sujetándose en cuanto a su ejercicio a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del *derecho* o la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros”. (v. Derecho eventual y futuro; disposiciones transitorias, Retroactividad.)”⁶⁷

El presente análisis conceptual nos puede servir de punto de partida para determinar posteriormente, la aplicación y revisar las teorías que, a favor o en contra, se presentan sobre la vigencia de las normas en el tiempo.

Precisamente, volvemos al doctor Marcial Rubio Correa, quien considera que en la teoría de los derechos adquiridos “una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido.”⁶⁸

Se refiere también a la diferencia existente entre derechos adquiridos, facultades y expectativas.

Y en cuanto a la teoría de los hechos cumplidos indica que se produce cuando la norma jurídica debe aplicarse a “los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces, si se genera un derecho durante la primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a esta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate.”⁶⁹

Como hemos observado en el capítulo anterior, el doctor Aníbal Torres Vásquez describe en su análisis académico el significado de cada una de las dos teorías. .

⁶⁷ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. III, p. 106.

⁶⁸ RUBIO CORREA, Marcial, Ob.Cit. p. 27.

⁶⁹ RUBIO CORREA, Marcial, O. Cit. Pp. 28 y 29.

Describe la retroactividad como la situación mediante la cual “... la nueva ley se aplica no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentra en proceso de desarrollo ...”⁷⁰

Si bien, en la Constitución Política de 1979 y en la del 93, su articulado en general, no establecía textualmente su adhesión a alguna de las teorías, para los efectos de los derechos pensionarios, el tema de los derechos adquiridos fue incluido en la Primera Disposición Final y Transitoria original de la Constitución de 1993:

“DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Primera.- Regímenes pensionarios de los Servidores Públicos

Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.”

Con ello quedaba establecido que era plenamente aplicable la teoría de los derechos adquiridos, en materia de pensiones pues, incluso, se cita los regímenes a los que se debe aplicar, en estricto.

Tiempo más tarde (año 2004), como se ha señalado anteriormente, dicho artículo fue modificado también por la Ley N° 28389:

“DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Primera.- Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por la ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

⁷⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Ob. Cit. p. 461.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. 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 y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo en los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito.”

Se deja sin efecto la teoría de los derechos adquiridos. El nuevo texto está dirigido directamente a los sistemas pensionarios y, dentro de ellos, al régimen del Decreto ley N° 20530.

Más adelante, el Tribunal Constitucional referirá que el Código Civil de 1936 adoptó la teoría de los derechos adquiridos para resolver los conflictos de leyes en el tiempo y que el Código Civil de 1984 opta por la teoría de los “derechos consumados”, al indicar en su artículo III del Título Preliminar que “La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Asimismo, extiende las excepciones del principio de la irretroactividad de la ley “solamente a los casos previstos en la Constitución, es decir, tan solo en materia penal cuando favorece al reo.”

Como se expresa el doctor Torres, al haberse adoptado la teoría de los hechos consumados “... la nueva ley se aplica no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentren en proceso de desarrollo –no son todavía hechos consumados- al entrar en vigencia la nueva ley, como sucede con las relaciones jurídicas familiares, los derechos reales, los actos jurídicos de duración, etc.”⁷¹

Sin embargo, es necesario observar también el artículo 62° de la Constitución Política, en el Capítulo del Régimen Económico:

“Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.”

Se trata evidentemente, de una norma específica, para un campo específico: los contratos. Y, en este tema, se aplica la teoría de los derechos adquiridos en tanto los contratos “no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier

⁷¹ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Ob. cit. P. 461.

clase.” Aún así, el doctor Rubio cita algunas sentencias del Tribunal Constitucional en que se determina que la aplicación de dicho artículo no puede ser absoluta.⁷²

Esto significa que el artículo 103° de la Constitución Política adhiere a la teoría de los hechos cumplidos, mas en el campo específico de los contratos, adhiere a la teoría de los derechos adquiridos.

Pero, como lo hemos indicado en el capítulo anterior, es importante tener en cuenta que el artículo 2121° del Código Civil conjuga plenamente con el actual artículo 103° de la Constitución:

“Artículo 2121.- Teoría de los hechos cumplidos
A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.”

La teoría de los hechos cumplidos aplicados a situaciones regidas por el Código Civil.

Anteriormente también nos hemos referido a los comentarios del doctor Javier Neves Mujica en torno a la vigencia de las normas en el tiempo. En cuanto a las teorías que se están analizando, indica que para el caso de la teoría de los derechos adquiridos la irretroactividad consiste en seguir aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión. “En cambio la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.”⁷³

Para el caso específico de la legislación laboral pone un ejemplo mediante el cual un trabajador que percibe 100, con una nueva ley subiría a 200 a partir de su fecha de vigencia hacia adelante.

Sostiene que la retroactividad “se admite únicamente cuando es benigna”. Y en ese sentido, continúa, en muchos casos es beneficiosa la teoría de los hechos cumplidos frente a los derechos adquiridos.

Considera que la teoría de los derechos adquiridos se mueve en un escenario en que se trate de derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha en que se produce la sucesión de las normas y, en ese sentido puede darse: 1. Si se rigen por la antigua norma, habrá irretroactividad; o, 2. Si se rigen por la nueva, habrá retroactividad.

Y en cuanto a los hechos cumplidos, todo se centra en la aplicación de la nueva norma: 1. Si recae en los hechos no cumplidos de las relaciones existentes habrá irretroactividad; o, 2. Si recae sobre los hechos ya cumplidos, habrá retroactividad.⁷⁴

En efecto, tal como sostiene el doctor Neves, todo gira en torno a cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Y en ese caso, es importante tener en cuenta que un derecho se adquiere cuando se cumplen determinados requisitos para la obtención de ese derecho aún cuando no se hubiere hecho efectivo.

⁷² RUBIO CORREA, Marcial, Ob Cit. Pp. 44 y ss.

⁷³ NEVES MUJICA, Ob. Cit. Pp. 91, 92.

⁷⁴ NEVES MUJICA, Ob. Cit. P. 93.

Ponemos nuevamente el ejemplo de las Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias del Decreto Ley N° 19990, en donde se incluyen a los asegurados y pensionistas de regímenes anteriores, con aplicación de las nuevas normas pero respetando las fechas en que se producen las contingencias. Es decir, son aplicables las nuevas disposiciones legales en cuanto no les perjudiquen en sus derechos adquiridos.

Los cambios siempre han significado, en materia de Seguridad Social en nuestro país, la modificación de determinadas situaciones o reglas para el asegurado o para el pensionista. Por ello es importante consignar –y con claridad- la situación de los derechos que correspondan. Acabamos de observar que el cambio hacia el Sistema Nacional de Pensiones significó el paso hacia nuevas reglas unificadas para el trabajador, en base a lo cual se incluyeron dispositivos como las citadas Disposiciones Transitorias.

No obstante, también hubo cambios en los cuales no se incluyeron dispositivos similares como, por ejemplo, la modificación de los requisitos en la pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones (edad y aportaciones). Al elevarse la edad de 55 (mujeres) y 60 (hombres), la vigencia de la norma se aplicó de inmediato –por la propia vigencia de la ley- a todos aquellos cuyas contingencias (cumplimiento de la edad) se generaron a partir de la fecha en que entró en vigencia la Ley 26504.

En este caso, el derecho se generaba en la fecha en que cumplía la edad y no en la fecha en que había ingresado al Sistema.

El doctor Enrique Bernal Ballesteros, de la Comisión Andina de Juristas, en su artículo “La pretendida constitucionalización de los hechos cumplidos”, se refiere al peligro de los hechos cumplidos, precisamente en el momento en que se estaba produciendo el debate en torno a la modificación constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y se estaba dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos para dar paso a la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos.

En su opinión, no puede haber diferencias entre Derechos Fundamentales y Derechos Económicos y Políticos tal como lo hace la actual Constitución vigente. No puede existir jerarquías en materia de Derechos Humanos.

Señala que incluir en la Constitución Política la teoría de los hechos cumplidos en lugar de los derechos adquiridos, “... añade una rigidez innecesaria...” y que ella resultaría “perniciosa” para determinados aspectos como los derechos fundamentales. Establece la diferencia entre “derechos adquiridos” y “derechos reconocidos” poniendo como ejemplo el art. 7° de la Constitución Política en el que se indica que existe un derecho a la salud (derecho reconocido) mientras que la política de salud es la que la llevaría a la práctica (derecho adquirido).⁷⁵ Las interpretaciones forzadas –añade- son de inspiración neoliberal y están ligadas a derechos fundamentales, refiriéndose al componente político que rodeaba el debate sobre la modificación constitucional en materia de pensiones.

Reitera su posición en el sentido de la inconveniencia “... y peligroso para los derechos fundamentales... trasladar a ella la regulación de la ley civil en el tiempo. Su aplicación

⁷⁵ BERNAL BALLESTEROS, Enrique, “La pretendida constitucionalización de los hechos cumplidos”, www.cajpe.org.pe. Comisión Andina de Juristas., pp. 4 y 5.

indeterminada por razón de intereses ideológicos puede generar serios y graves conflictos sociales ... carece de validez el argumento (de que) los hechos cumplidos solo son pertinentes para aplicarlos a la Reforma del Régimen Pensionario...”⁷⁶ Diferencia entre la norma civil y la norma constitucional que incorporaba la teoría de los hechos cumplidos, en materia de pensiones. Hace una distinción o, más que ello, una conciliación o conexión entre el derecho “reconocido” y el derecho “adquirido”, estableciendo que el segundo es el reconocimiento legal del derecho. “Es decir –indica la protección es inherente al reconocimiento pero los mecanismos de protección pueden variar en el tiempo a condición de no atentar contra el derecho protegido.”⁷⁷

Finaliza indicando que la Constitución Política de 1993 optó por un prudente criterio de flexibilidad en torno a la aplicación de los derechos adquiridos o hechos cumplidos pero que, con la reforma constitucional que entonces se debatía, se desea acabar con dicha prudencia. Ello -concluye- puede generar conflictos sociales.

Es importante siempre, tener en consideración que, partir de la década de los noventa, se produjo la reforma de pensiones en nuestro país y en varios países de la región, girando de los sistemas públicos de pensiones hacia los privados. Ello, en el entendido que, tal como opina también Enrique Bernal, los sistemas públicos inciden en la nueva economía de mercado que por esa misma época se instaura, con mayor ímpetu.

Sin embargo, no todos los autores se encuentran a favor de estos conceptos.

Fernando García Granara y César Gonzáles Hunt en “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión”, han emitido su opinión en torno al tema. Y fue a raíz del pedido de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389, de reforma de la Constitución Política de 1993, producida en el año 2004.⁷⁸

Ellos, se han manifestado a favor de la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, sobre todo, en el caso específico de nuestra reforma constitucional. Indican que las reformas en materia de seguridad social deben tener en cuenta algún perjuicio para los sistemas en los años futuros, si es que no se realizara tal reforma.

Analizan la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundado el pedido de acción de inconstitucionalidad respecto de la Ley N° 28389 y consideran que la nueva Primera Disposición Final y Transitoria se aplica a los nuevos y a los actuales pensionistas.

“... Las nuevas reglas se aplican a favor de quienes sean nuevos pensionistas y de los actuales, de tal forma que son de aplicación general y sin excepciones ...”

También indican que la sentencia del 3 de junio de 2005 tiene varios aspectos:

- a. Jurídico.
- b. Económico.

⁷⁶ Ob. Cit. P. 2.

⁷⁷ Ob. Cit. P. 5.

⁷⁸ GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLES HUNT, César, “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión”, en Diálogos con la jurisprudencia N° 82, Gaceta Jurídica, Julio 2005, año 11, páginas 28 y ss.

c. Político.

Señalan que, en su opinión y según la sentencia que analizan, es importante tener en cuenta los conceptos de derechos fundamentales y su contenido esencial. Los derechos fundamentales no son absolutos por lo que el legislador puede modificar el contenido de los mismos, en armonía con el bien común y con el desarrollo de otros derechos. “Ello conduce necesariamente –según su opinión- a una revisión de los principios de la seguridad social”.

Consideran, por último, que es “absolutamente lógico” que se produzca una variación de la reglas en cuanto a la organización, administración y financiamiento del sistema del Decreto Ley N° 20530 y que la sentencia ha determinado que algunos componentes como los reajustes y nivelaciones así como los topes pensionarios no son parte del contenido esencial del derecho a la pensión. Además que, como la nivelación de pensiones no tuvo su origen en la Ley General de Goces de 1850 ni en el Decreto Ley N° 20530, sino con posterioridad, “no forman parte del contenido esencial ni de la configuración legal del derecho a la pensión”.⁷⁹

Otorgan una importancia especial al aspecto económico del sistema de seguridad social en la medida en que los excesivos beneficios puede desequilibrar el funcionamiento del sistema, en general, y compromete un porcentaje elevado (17%) del Presupuesto Nacional, por tanto, ello origina “un desplazamiento de las prioridades que el Estado debe ejecutar en beneficio de la ciudadanía en general.”⁸⁰

Por su parte, la Defensoría del Pueblo considera que todo Estado de Derecho tiene la facultad de establecer las reglas de retroactividad.

Opinando a favor de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política y la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, afirma que:

”De esta manera, los cambios propuestos podrían aplicarse, incluso a las pensiones que han sido reconocidas judicialmente, toda vez que ellas deberían ajustarse al marco legal vigente; no pudiendo, en este escenario, invocar la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos. Lo expresado exige una reflexión profunda acerca de la necesidad de modificar o suprimir la Primera Disposición Complementaria y Final de la Constitución vigente que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, a fin de hacer viable con efectos generales las modificaciones propuestas.”⁸¹

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

⁷⁹ GARCÍA GRANARA, Fernando; GONZÁLES HUNT, César; artículo citado, p. 29.

⁸⁰ Artículo citado, p. 20.

⁸¹ Informe Defensorial N° 85, de la Defensoría del Pueblo, Lima, abril de 2004, p.16

En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas o desproporcionadas que desnaturalicen el derecho de los pensionistas. De producirse transgresiones de esa naturaleza, los organismos jurisdiccionales tendrían que restituir los derechos vulnerados.”⁸²

En éste Informe señala también que la aplicación de nuevas normas en el Sistema Nacional de pensiones fue “neutralizada” o “mediatizada” en el Decreto Ley 20530 por las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional que actuó correctamente en base a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política

Como se ha explicado, la Defensoría consideró que de producirse una reforma en los sistemas públicos de pensiones, éstas nuevas normas deberán ser aplicadas en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso, cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial.

La Defensoría del Pueblo ha sido una entidad que constantemente se ha pronunciado sobre los sistemas de pensiones. En un Informe posterior, Informe N° 99, se refiere a la situación del Sistema Nacional de Pensiones e indica en su capítulo “El mito de la insostenibilidad financiera del SNP” que “... en todo caso, la creación del SPP (Sistema Privado de Pensiones) ha acentuado ese desequilibrio por un largo plazo, al quitarle gran parte de sus afiliados.”

Ante el debate sobre la vigencia de los sistemas de pensiones en nuestro país, la Defensoría plantea en este Informe (y en el Informe N° 85, antes glosado) un nuevo sistema complementario de dos pilares con la participación de ambos sistemas, público y privado.⁸³

En todo este análisis es importante recordar que la aplicación de una norma se refiere a derechos y situaciones de carácter social, de allí que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 –en su texto original- preveía –como indica Javier Neves- una situación “mixta”, es decir, si la antigua ley es más beneficiosa, se aplicará la teoría de los derechos adquiridos pero si la nueva es mejor, se aplicará la teoría de los hechos cumplidos.

La modificación de esta Disposición mediante Ley N° 28389 así como la del artículo 103°, dejó de lado éste criterio para establecer textualmente, la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, principalmente, a los efectos pensionarios.

Finalmente, y a modo de abundar sobre el tema, cito la comunicación y posición del jurista Javier Valle Riestra en torno a este debate. En carta dirigida a la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios –CONADEPEN, considera que “... la Constitución no puede ser reforzada para restringir Derechos Humanos. Y son Derechos Humanos los concernientes al anciano en situación de abandono; a la protección de la familia (Art. 4°); a que las personas incapacitadas para velar por sí

⁸² Informe Defensorial N° 85, p. 28.

⁸³ Informe Defensorial N° 99... El Futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado, Lima, noviembre de 2005.

mismas tienen un régimen de atención, readaptación y seguridad (Art. 7°); al derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social (Art. 10°); al acceso a las prestaciones de salud (Art. 11°). etc.”⁸⁴

Más adelante agrega que “...Los derechos adquiridos por los pensionistas están consagrados en la Disposición Final Primera de la Magna Ley de 1993 y en la Octava Cláusula Transitoria de la Constitución de 1979. Ese tipo de disposiciones se considera inmodificable porque han agotado sus efectos. Es decir, que ya ni siquiera están dentro del texto escrito de la Constitución, porque se interpreta que es un mandato ya cumplido, insusceptible de modificación.”⁸⁵

Con ello, confirma su posición en torno a la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, específicamente. Y se refiere, finalmente, al Pacto de San José, afirmando que “... lo concerniente a los Derechos Humanos está consagrado en el Pacto de San José, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ratificados, reitero, constituyentemente (y no legislativamente) por la Cláusula VIII Transitoria de la Constitución de 1979. La naturaleza de los Derechos Humanos da a sus conquistas un carácter progresivo y de irreversibilidad.... “. Es decir, considera las pensiones dentro de los derechos humanos y fundamentales.

Y en cuanto a la contingencia, ya en páginas anteriores se ha revisado lo establecido en el artículo 80° del Decreto Ley N° 19990 quedando establecido que es la fecha en que se cumplen con los requisitos para tener derecho a una prestación que, en el caso de la vejez, es cuando se cumplen los requisitos de la edad, los años de aportaciones y el cese laboral, sin necesidad de que ello se produzca de manera concurrente.

4.3.5 EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional está definido por la Constitución Política de 1993 como “el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.” (art. 201 de la Constitución Política).

El rol del Tribunal ha sido decisivo para una interpretación adecuada de la Constitución Política. Como opina Samuel Abad, “el aporte del Tribunal Constitucional –cuyas sentencias en ocasiones han despertado polémica- ha sido determinante para precisar los alcances de lo dispuesto por la Carta de 1993 e, incluso, para asumir un contenido distinto de la misma que en varios aspectos se ha alejado de la intención de quienes en su momento la elaboraron”.⁸⁶ Y, por supuesto, su rol ha sido decisivo en materia de pensiones en donde la carga se ha ido incrementando año a año debido a las constantes demandas presentadas por los ciudadanos –asegurados o pensionistas- que no se encuentran conformes con las decisiones administrativas respecto de sus beneficios pensionarios.

En efecto, los últimos años han sido testigos de lo que se ha denominado una judicialización de los casos de pensiones. Anteriormente no sucedía este fenómeno. Tal

⁸⁴ Carta del 16 de setiembre de 2004 dirigida a la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios, CONADEPEN, por el doctor Javier Valle Riestra.

⁸⁵ Carta citada.

⁸⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel ... “Constitución y Procesos Constitucionales”, p. 63.

como se ha informado continuamente, la Oficina de Normalización Previsional es una de las instituciones que más juicios tiene en el país⁸⁷.

Dentro de la carga procesal del Tribunal Constitucional el número de acciones de amparo ha oscilado entre 3699 en el año 2004, 7589 en el 2005, 7732 en el 2006 y 4801 en el 2007. Ello constituye el 69% del total de acciones ingresadas.⁸⁸

Según Marcial Rubio, el Tribunal Constitucional en nuestro país ha desarrollado, en general, seis criterios de interpretación:

- Interpretación sistemática, supone que la Constitución es un sistema y sus partes se deben interrelacionar, de manera que siempre se pueda encontrar respuesta a las necesidades normativas para la vida social.”
- Interpretación institucional, no sólo se interrelacionan las normas entre sí, sino que también lo hacen las instituciones constitucionales. La persona humana y el Estado Social y de Derecho, por ejemplo.
- Interpretación social, en el que deben incorporarse los principios de los postulados político-sociales y político-económicos de la Constitución. Permite “maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos”, relacionar las normas constitucionales con la realidad.
- Interpretación teleológica, es decir, teniendo en cuenta lo fines últimos de determinadas instituciones, sobre todo, la responsabilidad teleológica del Estado.
- Teoría de los derechos innominados, a partir del artículo 3 de la Constitución pueden incorporarse otros derechos fundamentales.
- Teoría de los derechos y de los principios implícitos, en muchos derechos reconocidos por la Constitución se hallan implícitos otros que también merecen reconocimiento constitucional. El derecho a la verdad, por ejemplo.⁸⁹

Y, en efecto, de las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en el transcurso de su funcionamiento se puede observar estos diferentes tipos de interpretaciones. Y, en el caso específico de las pensiones, se ha podido extraer la aplicación de la interpretación de carácter social unida a otras de las citadas. Incluso, como en una sentencia relativa al Decreto Ley N° 20530, se ha modificado los artículos de las pensiones de sobrevivientes del Decreto Ley N° 19990 equiparándolas –en cuanto a los porcentajes- con las del régimen de pensiones de los empleados públicos. O, como en otra sentencia, relativa a la Ley N° 28047 y a la elevación de los porcentajes de aportación al propio Decreto Ley

⁸⁷ “Alicia Gómez Carbajal, jefa de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura (Odicma), corroboró esa dramática situación. “El 60% o 70 % de la carga procesal que soportan los juzgados contencioso-administrativos lo constituyen los juicios de la ONP, que dilata innecesariamente los procesos, pues siempre plantea nulidades y ampliaciones cuando los fallos favorecen a los jubilados. Hay que buscar una solución a ese problema”, indicó tras señalar que incluso hay sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional que la ONP se negaría a tomar en cuenta.”: Diario El Comercio, 23 abril, 2008.

⁸⁸ Tribunal Constitucional ... Memoria del Tribunal Constitucional 2007, pp. 37, 38 y 39.

⁸⁹ RUBIO CORREA, Marcial, ... La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica, pp. 70 y ss.

Nº 20530, consideró que vulneraba los principios de “razonabilidad y proporcionalidad”. Es decir, tuvo en cuenta la realidad de quienes se encontraban en ese sistema.

Pero, además, la importancia de la jurisprudencia en materia pensionaria es innegable. El propio magistrado Gerardo Eto Cruz considera que ésta situación “ha demandado grandes esfuerzos a este Colegiado, los que han sido dirigidos a aprehender los elementos más resaltantes del derecho fundamental a la pensión, a fin de resolver los conflictos sociales generados.”⁹⁰

La jurisprudencia, en general, está constituida por las reiteradas sentencias, con fallos uniformes, en torno a reclamaciones similares. Pese a tratarse de accionantes diferentes, se trata de situaciones similares. Como tales, se constituyen en fuentes del Derecho. Y, en materia de Seguridad Social, además de que “surten efecto entre las partes que intervinieron en el litigio, la repetición uniforme de los mismos criterios hacen jurisprudencia y si bien teóricamente los tribunales inferiores no están obligados a seguir, en la práctica judicial, se acogen al precedente.”⁹¹

Sin embargo, tal como lo señala la Defensoría del Pueblo, uno de los problemas que se vienen generando en la administración de los expedientes del Sistema Nacional de Pensiones es la poca predisposición de la entidad a acatar los fallos judiciales o demorarlos en su acatamiento. En su informe Nº 135 del mes de julio de 2008 indica que se trata de un problema que no permite un adecuado reconocimiento de los derechos pensionarios.

La Defensoría señala:

“Otro problema detectado es la permanente inobservancia de los criterios jurisprudenciales en materia pensionaria que expide el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República. A este respecto se advierte que dichos criterios no son tomados en cuenta en la tramitación de los distintos reclamos pensionarios, obligando de esta forma a que el asegurado o pensionista que busca el otorgamiento de un determinado derecho pensionario, y cuyo pedido se encuentra sustentado en la jurisprudencia constitucional de un caso idéntico al suyo, tenga que recurrir a un nuevo proceso judicial a fin de obtener una sentencia que se aplique a su caso concreto.”⁹²

Indica también que si bien algunos criterios del Tribunal no tiene carácter vinculante expreso, se debe tener en cuenta “como fuente de derecho”, más aún cuando si se trata de una jurisprudencia negativa “ésta sí es recogida por la ONP”. Agrega que esa inobservancia a nivel administrativo genera la abundante carga a nivel judicial en donde, incluso, se lleva a cabo una “cerrada defensa” del criterio administrativo frente a la jurisprudencia constitucional.

⁹⁰ “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia previsional”, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Gaceta Jurídica, p. 11.

⁹¹ NUGENT, Ricardo. Ob. Cit. P. 169.

⁹² Defensoría del Pueblo ... Informe Defensorial Nº 135, “Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP”, Lima, julio de 2008, pp. 141 y ss.

La Defensoría se refiere también a un problema especial como “... es la escasa motivación de las resoluciones administrativas denegatorias. En efecto, en la revisión de los expedientes se aprecia que las resoluciones carecen de suficiente explicación respecto de las razones fácticas y/o jurídicas referidas al porqué del incumplimiento de requisitos por los cuales se deniega un derecho.”⁹³ Agrega que ello atenta contra el debido proceso.

Más adelante, en el presente trabajo, se observará la inclusión de comentarios relativos a conceptos como jurisprudencia y precedente vinculante generados por las decisiones del Tribunal Constitucional. Si bien se trata de conceptos jurídicos incluidos a raíz de la promulgación del Código Procesal Constitucional (ley publicada el 31 de mayo de 2004 y entró en vigencia seis meses después) es interesante tener en cuenta que los aspectos doctrinarios de la jurisprudencia, como fuente de derecho, siempre han existido.

Pero, volviendo al tema, es evidente que la interpretación de determinadas normas legales por parte de la ONP ha generado una sobrecarga en materia de pensiones, en el Poder Judicial, cuando –como indica la Defensoría- se pudo solucionar en la vía administrativa.

La defensa de la ONP en los procesos judiciales está a cargo de diversos Estudios de abogados, no obstante –continúa- que ella está en contra de la jurisprudencia pensionaria y “... desnaturaliza el objeto de la defensa judicial del Estado, cual es el de defender los intereses del Estado procurando un resultado favorable para éste.”

Finalmente, plantea una posible solución:

“La solución de este problema puede depender de que la ONP aplique los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, además de la expedición de una norma que autorice a los defensores del Estado, específicamente a los abogados de ONP, a que se puedan allanar en aquellos emplazamientos en los que se estime que lo reclamado se ajusta a derecho y a la jurisprudencia vigente. De este modo se puede evitar un innecesario proceso judicial respecto de un reclamo que se va a perder, lo que incluso le ahorraría dinero al Estado en estudios de abogados.”⁹⁴

En términos similares se había expresado anteriormente el Magistrado Eto Cruz cuando señala que la justicia constitucional contiene una problemática particular y que algunas veces se manifiesta en una actuación indolente por parte de la Administración pensionaria para con los asegurados...” y que, en otros casos existe un accionar “tramposo” por parte de los administrados cuando presentan documentos falsos”. En nota adicional indica que “existen sistemáticas conductas de funcionarios de la Oficina de Normalización Previsional que omiten ciertos deberes, generando de este modo un *estado de cosas inconstitucionales*”.⁹⁵

Lo cierto es que el tema de las pensiones se ha judicializado en exceso por causas que no es materia de este trabajo pero que debe asumirse con mayor decisión. Incluso el

⁹³ Defensoría del Pueblo ... Informe Defensorial N° 135, p. 139.

⁹⁴ Informe citado, p. 142.

⁹⁵ “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia previsional” ob. Cit. P. 6.

Tribunal Constitucional ha editado el libro de jurisprudencia citado en la nota a pié de página, en donde se puede apreciar la abundancia de casos sometidos a la justicia constitucional y de diferentes regímenes de Seguridad Social.

Una situación similar se produjo en la aplicación de la Ley N° 23908 en la que se fija la pensión mínima en tres remuneraciones mínimas vitales. Su inaplicación generó la interposición de un buen número de demandas judiciales –sea en acciones de garantía o de contencioso administrativas-. En el año 2008, específicamente el 9 de diciembre de 2008 se promulgó el Decreto Supremo N° 050-2008-EF, en donde se fijan los términos de aplicación de la mencionada Ley y su fecha de vigencia.

Más aún, en el dispositivo se ordena la revisión de oficio de los casos, la regularización de las pensiones y el pago de los montos devengados. Respecto de los procesos judiciales, autoriza a la ONP “a procurar su conclusión, mediante la aplicación de cualquiera de las fórmulas procesales autorizadas por la ley.”

El fundamento de ésta autorización son las constantes acciones culminadas ante el Tribunal Constitucional, en donde se establecen determinados criterios de aplicación e interpretación.

En lo relativo a la aplicación del Decreto Ley N° 25967 -materia que nos ocupa el presente trabajo- el Tribunal ha emitido diversos fallos.

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, en abril de 1997, sobre este Decreto Ley, señala:

“d) Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.

” Que: La Disposición Transitoria dispone que las solicitudes en trámite a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, se ceñirán a las normas que éste prescribe.

Los demandantes estiman que ello implica retroactividad, la que se encuentra proscrita por el artículo 187° de la Constitución derogada, y pretenden darle nueva vida a ese texto legal para aplicarlo ahora sobre el Decreto Ley cuya inconstitucionalidad se demanda. Además, una ley derogada, ya no es una ley, aunque se trate de una Constitución.

Aún cuando los demandantes no lo han invocado -por lo que no puede ser aplicado a los mismos por el Tribunal, porque no puede sustituirse a los demandantes-, tampoco el artículo 103° de la actual Constitución podría servir como fundamento para considerar que la Disposición Transitoria Única es retroactiva, y por lo tanto, inconstitucional.”⁹⁶

Item: “Antecedentes”.

A partir de entonces, se suceden otras sentencias que confirman éste criterio. El Tribunal hace un resumen de la demanda en donde se solicita la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967 y, específicamente, de la Primera Disposición Transitoria,

⁹⁶ Sentencia del 23 de abril de 1997, recaída en el expediente N° 007-96-I/TC (Acumulado).

indicando que el artículo 187º y el texto original del artículo 103º de la Constitución Política no pueden ser invocados para dicha inconstitucionalidad.

Indica su posición frente a la retroactividad y a los derechos adquiridos, en el mismo ítem:

“Debe tenerse presente que las leyes son retroactivas, cuando se aplican hacia atrás, con el objeto de cambiar situaciones del pasado; "si esta ley pretendiera retirar los beneficios ya adquiridos por alguien en el pasado, y los cuales se encuentra efectivamente gozando y le exigiera que devuelva lo recibido en el pasado, estaríamos claramente ante un caso de intolerable retroactividad. Pero éste no es el caso de la ley materia de esta acción de pretendida inconstitucionalidad. La Disposición Transitoria Única se limita a decir que la ley es aplicable de ahí en adelante, es decir, hacia el futuro.

De ninguna manera se pretende modificar el régimen de pensiones del pasado ni exigir devolución de suma alguna: quienes están gozando de una pensión otorgada bajo la ley anterior, continúan dentro de ese régimen. Pero a partir de la fecha de entrada en vigencia del nuevo Decreto Ley, todas las pensiones que se otorguen en el futuro deberán adecuarse a lo dispuesto por éste último. No hay, pues, aplicación hacia el pasado (retroactividad) sino aplicación inmediata y hacia adelante de la nueva norma".

Adelanta, desde ya, su criterio respecto de la posible retroactividad que se reclama. Señala que no existe retroactividad porque su aplicación es “inmediata y hacia adelante”. Agrega, como se ha observado en el primer párrafo precedente que, por tanto, en ese sentido, el texto de la norma no encierra un carácter retroactivo en su aplicación ni es inconstitucional.

Ya entrando a los fundamentos, señala que el Decreto Ley en su aspecto formal está garantizado en tanto ha sido convalidado por el Congreso Constituyente Democrático de entonces.

Y en cuanto a los derechos adquiridos:

“La teoría de la intangibilidad de los derechos adquiridos se basa en la distinción entre lo que es una mera expectativa y lo que es un derecho adquirido; el último es un derecho formalmente constituido y en ejercicio, mientras que la expectativa es la situación en la que si se cumplen ciertas condiciones y formalidades, se adquirirá un derecho, pero como el derecho no se tiene aún, no puede ser ejercido todavía.

El derecho adquirido es intocable por leyes posteriores, mientras que la expectativa tiene que someterse y adaptarse a la nueva legislación.

Indican además [según los demandantes], que la norma se refiere a "solicitudes en trámite" al 19 de noviembre de 1992, fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley, lo que no contraviene derecho constitucional alguno, más aún si tenemos en cuenta que se refiere a aquellas que no contaban con resoluciones administrativas que se pronuncian por el otorgamiento o no de la pretensión, y a

diferencia de las solicitudes que ya tuvieron pronunciamiento de las administraciones, en los que no corresponde la aplicación del Decreto Ley N° 25967, a diferencia de los que carecían del mismo.

La disposición transitoria hace referencia a solicitudes en trámite, lo que se encuentra en el ámbito de las meras expectativas, las que son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo a derecho, en la que si se cumplen ciertas formalidades y condiciones, se adquirirán derecho; pero antes, el derecho no se tiene y no puede ser ejercido todavía, y en tanto no son derechos adquiridos no entran en nuestro dominio.

La Constitución de 1979, reconocía la teoría de los hechos cumplidos, la misma que se encontraba recogida en el artículo 187°, el que tiene su norma reglamentaria en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que recoge dicha teoría, al indicar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.⁹⁷

Y, en los fundamentos 10 y 11 de la misma sentencia se confirma el criterio de la vigencia de la norma en el tiempo y respecto de las teorías que de ella se derivan:

“Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.

11.- ... Al permitirse la aplicación ultractiva de la norma, ésta se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el D.L. N° 19990 para obtener la pensión de jubilación, por cuanto han incorporado a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley, que no está supeditado al reconocimiento de la administración. De ésta manera, los asegurados que se encuentran inscritos en el D.L. N° 19990, hasta antes de la vigencia del D.L. N° 25967 y de la Ley N° 26323, y ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por el

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 007-96-I/TC (Acumulado) del 23 de abril de 1997.

D.L. N° 19990, tendrán derecho a la pensión correspondiente, en los términos y condiciones que el mismo establece, incluyéndose los criterios para calcularla.”⁹⁸

Es importante tener en cuenta, además, el fundamento 11 en el cual se distingue claramente que la fecha de la contingencia es la fecha en que se cumplen los requisitos para la adquisición del derecho, aún cuando el asegurado continúe laborando. Con ello, se confirma que el Decreto Ley N° 25967 es aplicable –en su derecho y cálculo- sólo para quienes hubieren adquirido el derecho a partir de su vigencia y no antes, y que el Decreto Ley N° 19990 es aplicable a quienes adquirieron el derecho con anterioridad a esa vigencia.⁹⁹

Desde su observación, aclara también lo correspondiente a las llamadas “solicitudes en trámite” que cita la Disposición Transitoria del Decreto Ley en cuestión, estableciendo que ello no contraviene ningún derecho constitucional por cuanto “... se refiere a aquellas que no contaban con resoluciones administrativas que se pronuncian por el otorgamiento o no de la pretensión, y a diferencia de las solicitudes que ya tuvieron pronunciamiento de las administraciones, en los que no corresponde la aplicación del Decreto Ley N° 25967, a diferencia de los que carecían del mismo.”. Es decir, que tales solicitudes pueden ser declaradas fundadas o infundadas, según la correcta aplicación de la norma y que ello es una expectativa:

“La disposición transitoria hace referencia a solicitudes en trámite, lo que se encuentra en el ámbito de la mera expectativas, las que son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo a derecho, en la que si se cumplen ciertas formalidades y condiciones, se adquirirán derecho; pero antes, el derecho no se tiene y no puede ser ejercido todavía, y en tanto no son derechos adquiridos no entran en nuestro dominio.”¹⁰⁰

Y en cuanto al cálculo, confirma que también se aplicará a quienes hayan adquirido el derecho a partir de la vigencia de la norma:

“12.- El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, porque

⁹⁸ Sentencia recaída en el expediente N° 007-96-I/TC.

⁹⁹ En la Sentencia recaída en el expediente N° 008-96-I/TC del mismo día 23 de abril de 1997 sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817, el Tribunal reitera esta posición en sus fundamentos 18 y 19 cuando, al referirse al Decreto Ley N° 20530, señala que “la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos” y que la administración se encuentra facultada para reconocer derechos desde el momento en que cumple los requisitos “aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente”.

¹⁰⁰ Sentencia recaída en el expediente N° 007-96-I/TC, antes citada.

de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.”

En la misma Sentencia se refiere a la Disposición del propio Decreto Ley N° 25967 que dispone la adecuación de los expedientes en trámite a este nuevo dispositivo (en ese entonces):

“13.- La Disposición Transitoria Única es, por lo tanto, concordante con la Constitución Política, y no contraria a la misma, por cuanto la aplicación inmediata de las normas prescritas por el D.L. N° 25967, para los nuevos casos de jubilación que se presenten desde el momento en que se expidió la norma.”

Las nuevas disposiciones son aplicables a los expedientes en trámite pero en cuanto se traten de “nuevos casos”, según lo determine la fecha de la contingencia.

En lo que se refiere a la aplicación de las nuevas normas a las “solicitudes en trámite”, recordemos el Decreto Legislativo N° 817 –citado en un capítulo anterior- cuya Décimo Segunda Disposición Complementaria señalaba:

“Décimo Segunda.-

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación, siendo de aplicación a procedimientos administrativos y judiciales en trámite en cuanto correspondan.

La normas reglamentarias serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas”.

Norma similar a la del Decreto Ley N° 25967. Al respecto, el Tribunal en su considerando 13 de la Sentencia recaída en el expediente N° 008-96-I/TC explica también que el texto no contiene una aplicación retroactiva de la norma sino que se refiere a la aplicación de normas procedimentales más no de derechos pensionarios:

“13. La Disposición Complementaria Décimo Segunda del Decreto Legislativo 817 señala que éste entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, "siendo de aplicación a procedimientos administrativos y judiciales en trámite en cuanto corresponda", debiendo tenerse presente esto último dado que presupone respeto al conjunto de normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico -que, en modo alguno, puede variar dado que se trata de un norma legal expedida al amparo de una delegación específica: regímenes de pensiones-. En tal sentido, la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil establece que:" las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso a procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado". La precitada Disposición Complementaria no es, en tal contexto, inconstitucional, pues la

intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma - en cuanto a normas de procedimiento que pudiera establecer.”¹⁰¹

Es decir, confirma el criterio respecto del texto incluido en el Decreto Ley N° 25967 en el sentido que dicha norma no contiene aplicación retroactiva sobre los derechos que se hubieren adquirido en materia de pensiones.

Evidentemente, se trata de criterios anteriores a la reforma constitucional producida en el año 2004.

Todas estas ideas recogen lo que debería ser la vigencia de las normas, sobre todo, en materia de Seguridad Social, es decir, la irretroactividad y el respeto a los derechos adquiridos, en tanto éstos son beneficiosos para los asegurados.

Con posterioridad, se emitieron numerosas sentencias del Tribunal Constitucional declarando fundadas las acciones presentadas por asegurados o pensionistas que solicitaron la inaplicación del Decreto Ley N° 25967. Muchas de ellas han servido de material para el presente trabajo y, en su mayoría ponen especial énfasis en la fecha de la contingencia, es decir, en la fecha en que se cumplen los requisitos para obtener un derecho.

Por ejemplo, la Sentencia recaída en el expediente N° 1021-96-AA/TC que se publicó bajo la sumilla de “... ninguna ley tiene efecto retroactivo y en virtud de la prelación de leyes, consagradas en los artículos 187° y 87°, respectivamente, de la Constitución Política de 1979, vigente en aquel entonces” uno de cuyos fundamentos señala:

“2. Que con posterioridad, el 07-12-92, se promulgó el D.L. 25967 que varía las condiciones de calificación y otorgamiento de las pensiones de dicho Sistema, evidentemente para las contingencias ocurridas a partir de entonces, mas no para las anteriores, por cuanto ninguna ley tiene efecto retroactivo y en virtud de la prelación de leyes, consagradas en los arts. 187° y 87°, respectivamente, de la Constitución Política de 1979, vigente en aquel entonces. En consecuencia, el estatuto legal vigente para los efectos de la jubilación del actor es el D.L. 19990, según el cual debe calcularse y otorgársele su pensión por parte de la Entidad aseguradora demandada, en este derecho pensionario de agresión continuada, por disponerlo así la última parte del art. 26° de la Ley N° 25398, en que no puede operar la caducidad, en razón, además, de que ha mediado recurso de reconsideración del actor, no resuelto aún por el demandado.

Que finalmente, mediante resolución de este Tribunal Constitucional, de fecha 23-04-97, recaído en el Expediente N° 007-96-I/TC, se declaró la inconstitucionalidad del art. 10° del D.L. N° 25967, y se dispuso que el nuevo sistema de cálculo de la pensión jubilatoria es a favor sólo de los asegurados

¹⁰¹ La Sentencia recaída en el expediente N 008-1996-I/TC se dictó el 23 de abril de 1997, en un proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 817.

cuya contingencia ocurra con posterioridad a su fecha de vigencia; y no de las contingencias ocurridas con anterioridad, a fin de no violentar la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.”¹⁰²

(El subrayado es nuestro)

Igualmente, en la Sentencia recaída en el **expediente N° 874-98-AA/TC** en donde se alude –como en muchas otras- a la Sentencia del expediente 007-96-I/TC, se confirma la decisión del Tribunal en torno al criterio de la irretroactividad:

5.- Que, conforme se ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC, este Colegiado considera que el estatuto legal según el cual debe calcularse y otorgarse la pensión de la demandante, es el Decreto Ley N° 19990, por cuanto al haber reunido los requisitos señalados por dicha norma legal para obtener su pensión de jubilación, ha incorporado a su patrimonio el citado derecho, en virtud del mandato expreso de la ley, y que no está supeditado a la decisión de la demandada; en consecuencia, **tanto el nuevo sistema de cálculo de la pensión jubilatoria como los requisitos para acceder a la pensión de jubilación establecidos en el Decreto Ley N° 25967, se aplicarán sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a su vigencia cumplan con los requisitos señalados en el régimen previsional del Decreto Ley N° 19990, y no a aquéllos que los cumplieron con anterioridad a dicha fecha**, porque de hacerlo se estaría contraviniendo lo consagrado por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente en la fecha de ocurrido los hechos, posteriormente reafirmando por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Carta Política del Estado de 1993.

(El subrayado es nuestro)

Sin embargo, es importante observar otra Sentencia recaída en acciones interpuestas contra algunas resoluciones administrativas que otorgan pensiones pero aplicando el Decreto Ley N° 25967, es decir, no deniegan el derecho sino que aplican el mencionado Decreto al cálculo -en función del cese laboral- con lo cual se afecta el monto mensual que se otorga.

Se trata de la Sentencia del 27 de mayo de 1998 que, entre sus argumentos, indica:

“4. Que, de las resoluciones cuestionadas que obran a fojas tres, nueve, trece, dieciocho, veinticinco y treinta y uno de autos, aparece que los demandantes **cesaron en sus actividades laborales entre el treintiuno de julio y el nueve de agosto de mil novecientos noventa y dos, generando su derecho pensionario a partir del día siguiente a dichas fechas**, a tenor de lo dispuesto por el artículo 80° del Decreto Ley N° 19990. Igualmente se advierte, que en el lapso

¹⁰² Sentencia del 13 de junio de 1997 recaída en el Expediente N° 1021-96-AA/TC.

comprendido desde el cinco de agosto y el diez de setiembre de dicho año, presentaron sus solicitudes acogiéndose al régimen pensionario establecido por el mencionado Decreto Ley.

7. Que, conforme se ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC, éste Colegiado considera que el estatuto legal según el cual debió calcularse y otorgarse la pensión de los demandantes, es el Decreto Ley N° 19990, por cuanto **al haber reunido los requisitos señalados por dicha norma legal para obtener sus pensiones de jubilación han incorporado a sus patrimonios dicho derecho, en virtud del mandato expreso de la ley y que no está supeditado al reconocimiento de la administración; en consecuencia, el nuevo sistema de cálculo de la pensión jubilatoria establecido en el Decreto Ley N° 25967, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a su vigencia,** cumplan con los requisitos señalados en el régimen previsional del Decreto Ley N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron con anterioridad a dicha fecha, porque de hacerlo se estaría contraviniendo lo consagrado por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de mil novecientos setenta y nueve, vigente en la fecha de ocurrido los hechos, posteriormente reafirmado por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Carta Política de mil novecientos noventa y tres.”¹⁰³

(El subrayado es nuestro)

Obsérvese en el fundamento 4 que los demandantes cesaron en su actividad laboral entre el 31 de julio y el 9 de agosto de 1992 y presentaron su solicitud entre el 5 de agosto y el 10 de setiembre de dicho año. No obstante, en base al artículo 10° del Decreto Ley N° 25967 se aplica éste dispositivo. El Tribunal, en su fundamento 7, considera que no es aplicable el Decreto Ley N° 25967 por cuanto la contingencia y los requisitos se cumplieron con anterioridad a su vigencia. En consecuencia, es aplicable el Decreto Ley N° 19990 para el derecho y el cálculo.

Pero, a través de sentencias declarando infundadas determinadas acciones también se puede observar la aplicación correcta de la norma, a nivel administrativo. Se trata de la sentencia expedida el 27 de noviembre de 2001:

1. “Según consta de autos, el demandante cesó en su actividad laboral el veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, con dieciséis años de aportaciones, **habiendo cumplido los sesenta años de edad el dos de julio**

¹⁰³ Sentencia del 27 de mayo de 1998 recaída en el expediente N° 864-96-AA/TC

de mil novecientos noventa y tres, cuando ya se encontraba vigente el Decreto Ley N.º 25967, por lo que no existe aplicación retroactiva del mismo.

2. Con arreglo al artículo 38º del Decreto Ley N.º 19990, y al artículo 1º del Decreto Ley N.º 25967, para otorgar pensión de jubilación según el régimen general del Sistema Nacional de Pensiones, **se requiere, en este caso concreto, que el asegurado tenga sesenta años de edad y, por lo menos, veinte años completos de aportaciones, lo que el demandante no tiene, razón por la cual la resolución administrativa es correcta.**¹⁰⁴

(El subrayado es nuestro)

En este caso, la contingencia se ha producido en plena vigencia del Decreto Ley N° 25967, cuando cumplió la edad para jubilarse, por tanto, es aplicable ese dispositivo legal. Sus normas ya estaban vigentes y el Tribunal Constitucional confirmó la Sentencia que revocó la apelada declarando infundada la demanda presentada originalmente.

Sin embargo, es interesante comentar también una sentencia del Tribunal relativa a la aplicación del Decreto Ley N° 25967 pero en la que se considera el derecho de una persona que no había cumplido los requisitos con anterioridad a la vigencia de dicha norma. Se trata de la Sentencia recaída en el expediente N° 2186-2002-AA/TC, su fecha 4 de diciembre de 2002.

Una persona cumple 75 años de edad y con 5 años de aportaciones, solicita pensión de jubilación el 5 de mayo de 2000. La ONP contesta la demanda indicando que, en aplicación del Decreto Ley N° 25967 debe acreditar 20 años completos de aportaciones.

Después de precisar algunas consideraciones sobre la Seguridad Social y la pensión de jubilación, el Tribunal Constitucional en el fundamento 6 señala:

- “6. De conformidad con la Resolución N.º 1984-2001-GO/ONP, de fecha 12 de noviembre de 2001, corriente a fojas 9 de autos, de acuerdo con el Informe Inspectivo se ha constatado que la recurrente laboró para su empleadora Norma Antonia Mayo Vílchez, en condición de trabajadora del hogar, desde el 1 de junio de 1989 hasta el 30 de abril de 2000, fecha en que ocurrió su cese, contando con 75 años de edad.”

Obsérvese: ingresó a laborar el 1 de junio de 1989. Es decir, al 19 de diciembre de 1992 fecha de vigencia del Decreto Ley N° 25967 no tenía aún derecho a pensión de jubilación, no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho. No obstante, la demanda se declaró fundada.

¹⁰⁴ Sentencia del 27 de noviembre de 2001, recaída en el expediente N° 1227-2000-AA/TC

En este caso hubo voto singular de la Magistrada Delia Revoredo Marsano.

“4. Así, a partir de la vigencia del Decreto Ley N.º 25967, el régimen especial previsto inicialmente dentro de la pensión de jubilación por el Decreto Ley N.º 19990, cuando menos debe entenderse como abrogado por el Decreto Ley N.º 25967, puesto que cualquier beneficio previsional otorgado en aplicación del Decreto Ley N.º 19990, está supeditado al cumplimiento del requisito de 20 años de aportes efectivamente realizados, situación que en el caso de autos no cumple la accionante, la que tampoco puede pretender derecho adquirido alguno sobre el particular, en tanto que a la fecha de vigencia del Decreto Ley N.º 25967, no había cumplido con aportar durante 5 años cuando menos, para considerarla dentro de los alcances del régimen especial anotado, sino con poco más de 3 años y 6 meses.”

En efecto, la asegurada no había cumplido con los requisitos antes de la vigencia del Decreto Ley N.º 25967, por tanto, no tenía adquirido ningún derecho. Coincidimos con este Voto singular, en tanto, no había obtenido el derecho anteriormente.

Asimismo hubo voto singular del doctor Gonzáles Ojeda:

“1. La norma aplicable para efectos de determinar si le corresponde o no pensión de jubilación a la recurrente es la vigente al momento en que ésta se afilia al Sistema Nacional de Pensiones. Según consta de la Resolución N.º 38149-2000-ONP/DC, a fojas 5 de autos, la recurrente acredita aportaciones desde 1989, fecha en la que, según el artículo 38º del Decreto Ley N.º 19990, la edad mínima para acceder a una pensión de jubilación por el caso de las mujeres era de 55 años. Asimismo, el artículo 42º del mismo Decreto Ley permitía contar con una pensión de jubilación aún con 5 años de aportaciones. Al momento de la afiliación de la recurrente al Sistema Nacional de Pensiones aún no había entrado en vigencia el Decreto Ley N.º 25967, el cual establece como requisitos para acceder a una pensión de jubilación el acreditar 20 años de aportaciones y 65 años de edad.”

Discrepamos con este criterio en el sentido de que la norma aplicable sea la de la fecha en que presenta la solicitud. A nuestro criterio, la norma aplicable es la de la fecha de la contingencia, es decir, cuando cumple los requisitos para acceder a un derecho.

Pero, además, el Voto Singular del Magistrado indica:

“2. De acuerdo con lo señalado en la Resolución N.º 38149-2000-ONP/DC la recurrente acredita más de 5 años de aportaciones. Además, de la copia de su Documento Nacional de Identidad, obrante a fojas 2 de autos, consta que nació el 17 de abril de 1925, por lo que cumple también el requisito de la edad mínima establecido en la ley. Por tanto, le corresponde una pensión de jubilación de conformidad con el Decreto Ley N.º 19990.”

En efecto, la asegurada ha cumplido con los cinco años de aportaciones pero cuando ya estaba vigente el Decreto Ley N° 25967, es decir, cuando el requisito ya se había modificado a 20 años. Por tanto, la norma aplicable, como se indica anteriormente, es la vigente a la fecha de la contingencia, el Decreto Ley N° 25967 y no el Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, la fecha de la contingencia también ha generado casos especiales. Por ejemplo, tal como lo cita el doctor Rubio Correa, el caso de la adquisición de un derecho para las pensiones de sobrevivientes o el caso de la jubilación adelantada.

En el primer caso, se trata de precisar cuándo se adquiere el derecho, si es en el momento en que el trabajador accede a una pensión, es decir, cumple con los requisitos para obtener el derecho aún cuando no lo ejerza o cuándo se produce el fallecimiento. Puede ser también cuando una persona es incluida en un régimen determinado. En tal sentido, ¿cuál de las normas se aplicaría?.

El doctor Rubio es de opinión que debe ser la norma vigente en el momento en que adquiere el derecho a una pensión de jubilación aclarando la diferencia entre derecho adquirido y derecho expectatio, y considerando que cuando una persona cumple con los requisitos adquiere un derecho sujeto a una condición suspensiva.

El segundo caso es respecto de la jubilación adelantada. La interrogante en esta situación es: ¿cuál es la norma aplicable, la de la fecha en que la persona adquiere el derecho a una pensión de jubilación adelantada aunque no lo ejerza y continúe laborando o la norma vigente en la fecha en que adquiere el derecho a una pensión en condiciones normales, por llamarla de alguna manera?.

En este ejemplo se cita la Sentencia del 4 de noviembre de 2002:

“2. Es innegable que si el causante, antes de la expedición del Decreto Ley N.º 25967, reunía los requisitos para obtener una pensión adelantada dentro del régimen del Decreto Ley N.º 19990, adquiriría también el derecho a obtener una pensión adelantada en los términos expuestos en el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990; en tal sentido, podía optar por dicha pensión o continuar laborando hasta obtener la pensión definitiva. Así, la pensión adelantada podía haber sido solicitada en cualquier momento desde que el causante acreditara 30 años de aportaciones y por lo menos 55 años de edad, y hasta antes de cumplir los 60 años de edad. Sin embargo, dado que el interesado continuó laborando hasta reunir los requisitos para obtener una pensión definitiva, la pensión que le corresponde es esta última y no la adelantada a que se hace referencia en la demanda.

3. Por ello, dado que los requisitos para gozar de una pensión definitiva los cumplió durante la vigencia del Decreto Ley N.º 25967, la aplicación del mismo, tanto en el otorgamiento de la pensión del causante como en la pensión de

viudez a su cónyuge supérstite, no vulnera derecho fundamental alguno, por lo que la demanda debe ser desestimada.”¹⁰⁵

Considera así, el Tribunal, que si una persona tuvo derecho a una pensión de jubilación adelantada y no ejerció su derecho en ese momento, sino continuó laborando, la norma aplicable es la de la fecha en que reunió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación “definitiva”.

Se recurre, en este caso, a un elemento adicional: la voluntad del asegurado. Se debe entender que su voluntad fue la de esperar el pleno cumplimiento de los requisitos y no adelantar la contingencia al cumplir los requisitos para la jubilación antes de la “definitiva”.

En el ámbito administrativo se entiende de manera similar. Supongamos que un asegurado tiene los requisitos para optar por la jubilación adelantada desde los 55 años de edad. Sin embargo, lo hace recién a los 60 años considerándose que la jubilación, en términos generales, es a partir de los 65 años de edad. Se debe entender que la pensión debe otorgarse a partir de la fecha en que presenta su solicitud (en este ejemplo, se supone a los 60 años) y no desde los 55, en que ya tenía el derecho. Su voluntad es obtener la pensión desde los 60 años de edad, salvo que expresamente indique lo contrario.

Esta situación y la voluntad del asegurado debe tenerse presente a los efectos de aplicar el descuento de 4% (por cada año de adelanto respecto de los 65 años) que corresponde hacerlo, si se tratara del artículo 44° del Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, es conveniente observar lo sucedido luego de aprobarse la modificación de la Constitución Política.

En efecto, el 16 de noviembre de 2004 se promulgó la Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 28389, que, precisamente modificó los artículos 11° y 103° así como la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993. Ello generó la presentación de varias demandas de inconstitucionalidad que fueron resueltas por el Tribunal Constitucional en sentencia del 3 de junio de 2005.

La reforma constitucional transformó lo establecido anteriormente y el criterio mismo del Tribunal Constitucional que fuera expuesto en párrafos anteriores en torno de las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos. El Tribunal, en principio, aclaró que no está sometido, necesariamente a la jurisprudencia constitucional anterior a la reforma, lo cual no significa que dicha jurisprudencia deje de tener valor.

Obsérvese:

¹⁰⁵ Sentencia del 4 de noviembre de 2002, recaída en el expediente N° 0596-2002-AA/TC que declaró infundada una Acción de Amparo y citada en “Aplicación de la norma jurídica en el tiempo”, Marcial Rubio Correa, pp. 119 a 121.

“Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.”¹⁰⁶

Como lo señala Javier Neves Mujica, el cambio constitucional que se produce a partir de 2004, no permite nuevas interpretaciones respecto de la teoría de los derechos adquiridos. Simplemente ya no caben interpretaciones en uno u otro sentido.

En efecto, así lo confirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada:

“13. A la luz de las conclusiones precedentes, es pertinente recordar que, antes de la modificación constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la obligación de respetar los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N.º 19990.

14. De igual forma ha precisado que, para la obtención del derecho a percibir pensión, se debe aplicar la legislación vigente a la fecha en que el asegurado reúna los requisitos para acceder a dicha pensión, independientemente del momento en que se solicite u otorgue, y que las normas conexas y complementarias que regulan instituciones vinculadas, tales como la pensión mínima, pensión máxima, etc., deben aplicarse durante su período de vigencia.”¹⁰⁷

Fundamentos 13 y 14.

Señala que los derechos fundamentales, previamente determinados, no pueden modificarse “sustancialmente” y deben respetarse plenamente, salvo la aplicación de determinados límites que hacen que no tengan el carácter de absolutos:

“37. La proscripción de la supresión o disminución de derechos fundamentales

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005, Fundamento 116.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de noviembre de 2004, recaída en el expediente 1294-2004-AA/TC, en torno a la pensión máxima del Decreto Ley N° 19990.

Un punto esencial en la limitación a la reforma constitucional material es la determinación de cuándo estamos ante un derecho fundamental. Por lo tanto, tal como se determinará *infra*, es necesario establecer, de un lado, qué carácter posee el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución; y de otro, cuál es la verdadera naturaleza normativa de la Primera Disposición Final y Transitoria, que es la que finalmente se ha modificado. Por consiguiente, sólo comprobando que tal disposición recoge un derecho fundamental o que su modificación afecta uno, se podrá afirmar que la reforma constitucional realizada por el Congreso ha sobrepasado sus fronteras.

Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 97 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales”.

De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos; en su desarrollo histórico y concreto se han generado conflictos jurídicos –reveladores de la antinomia social sobre tal cuestión-, lo que puede acarrear la necesidad del cambio de su estatuto.

A guisa de ejemplo, véase la historia de la oposición del derecho a la libertad sobre el derecho a la propiedad en la época esclavista, o, más modernamente, del derecho al acceso a la información pública sobre el carácter reservado de las comunicaciones de las autoridades, o el de la intimidad sobre la libertad informática.”¹⁰⁸

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional alude, en fundamentos posteriores, al concepto de “contenido esencial” del derecho y que constituye el núcleo mínimo e indisponible sin el cual el derecho no sería reconocible.

¹⁰⁸ Sentencia del 3 de junio de 2005, antes citada. Fundamento 37.

Este tema del contenido esencial generaría posteriormente un debate en torno a los conceptos denominados complementarios como pensión mínima y máxima, entre otros. Algunos autores consideran que, además, de no reconocer los derechos adquiridos en materia de pensiones, éstas deben tener un contenido mínimo y no necesariamente una amplitud de conceptos, como bonificaciones, aumentos, pensión, mínima, topes, etc.

Considera también en cuanto a los hechos cumplidos que:

“La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.”¹⁰⁹

Pero, más allá y a fin de tener en cuenta en la aplicación de las leyes que regulan los derechos fundamentales, señala que más que la adopción de una de las teorías que se generan de la aplicación de las normas en el tiempo, debe tenerse en cuenta la “preservación de su contenido esencial”:

“La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del *test* de razonabilidad que justifiquen determinadas restricciones del contenido esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una merituación sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado *supra*.”¹¹⁰

Señala, en su fundamento 92:

“92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del

¹⁰⁹ Sentencia del 3 de junio de 2005, Fundamento 121, La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de las leyes en el tiempo.

¹¹⁰ Sentencia citada precedentemente. Fundamento 121.

derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de

“(…) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (...) Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”¹¹¹

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el *test* de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el *fundamento 114*.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.”¹¹²

A ello le agrega el fundamento de la inequidad, principalmente, en la aplicación del Decreto Ley N° 20530 y los fundamentos económicos, es decir, el costo para el Estado en los pagos de pensiones a los regímenes que tiene a su cargo, así como los conceptos relativos a contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión que le incorpora el TC y sus tres elementos diferenciados:

- El contenido esencial;
 - El contenido no esencial; y,
 - El contenido adicional.
- (Fundamento 75)

El TC considera que el contenido esencial está compuesto por el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado de ella y el derecho a una pensión mínima vital. Ellos –precisa- no deben ser materia de afectación

Caben, finalmente, unos comentarios en torno a dos aspectos importantes relativos a las sentencias del Tribunal Constitucional: **la jurisprudencia y el precedente vinculante constitucional**.

Estos conceptos se incluyeron en el Código Procesal Constitucional (año 2004). En ambos casos, los especialistas consideran que se trata del fortalecimiento de la justicia constitucional, sobre todo, en su aplicación a los derechos fundamentales de la persona.

Para ello es imprescindible remitirse a los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional:

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

¹¹² Sentencia del 3 de junio de 2005, citada precedentemente.

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Por su parte, el artículo VII señala:

“Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

El artículo VI se refiere a la jurisprudencia constitucional y el VII al precedente vinculante.

La jurisprudencia puede entenderse como los criterios y decisiones plasmadas en las sentencias y resoluciones –en este caso- del Tribunal Constitucional que se refieren a situaciones comunes, sobre todo, en la tutela de derechos y que debe ser base para interpretaciones futuras. Si bien algunos tratadistas no necesariamente opinan así, la mayoría la consideran fuente de derecho, en términos generales.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0047-2004-AI/TC citando a Franklin Moreno Millán, indica:

“Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta”¹¹³

¹¹³ Sentencia del TC, fundamento 33.

Y en relación al precedente vinculante, el doctor Roger Rodríguez Santander considera que "... el precedente vinculante a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del CP Const., se diferencia de la doctrina jurisprudencial (que también es vinculante), en que mientras el primero está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión; en el caso de la doctrina jurisprudencial en cambio, las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre obiter y ratio propia del precedente del *common law* y, por tanto, deben ser identificadas en cada caso por el Tribunal que los debe aplicar en los casos futuros.”¹¹⁴

Es decir, en ambos casos, el precedente y la jurisprudencia constitucional, se consideran fuentes del Derecho y tienen valor vinculante. La diferencia se puede encontrar en la cita textual que incluye el artículo VII del citado Código Procesal Constitucional.

El doctor Roger Rodríguez Santander ¹¹⁵ agrega el artículo 34 de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en torno a los antecedentes del concepto de precedente constitucional:

Artículo 34.- Doctrina jurisprudencial

Las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa.

Los órganos jurisdiccionales inferiores podrán apartarse de lo establecido por la doctrina jurisprudencial, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

El doctor Javier Adrián Coripuna se refiere también a la sentencia 0047-2004 y en lo que se refiere precisamente al concepto de jurisprudencia:

“(...) todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano

¹¹⁴ “ Las peculiaridades del precedente constitucional”, Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO en Estudios al Precedente Constitucional, P. 95.

¹¹⁵ “El precedente constitucional en el Perú”, Roger RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, en Estudios al Precedente Constitucional, p. 16.

jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órganos jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber.”¹¹⁶

Con ello se establece que las sentencias del Tribunal Constitucional deben significar fuente del derecho, sobre todo, cuando se trata de situaciones o casos similares y teniendo en cuenta que la aplicación-interpretación de la Constitución Política está por encima de otras normas. La formación del criterio supone una decisión reiterada emanada de las sentencias y su no aplicación genera la violación de algún derecho fundamental pero, sobre todo, el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Es evidente que el principio de la igualdad ante la ley recogido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política vigente debe tenerse presente en todo momento. Y de él se derivan, uno, el de ser iguales en la ley y de ser iguales en la aplicación de esa ley. La garantía de su aplicación debe ser el motivo fundamental de los operadores judiciales y, fundamentalmente, del máximo intérprete.

No aplicar este principio es afectar no sólo tal igualdad sino, en general, la seguridad jurídica de un país.

El doctor Coripuna agrega, al respecto que “...la doctrina jurisprudencial resalta de modo especial una de las más importantes funciones que tiene la jurisprudencia como es la *función institucional*. En efecto, los altos tribunales de justicia tienen como una de las principales funciones la de proveer a la sociedad de criterios, orientaciones y principios que sirvan para crear la regla que lleva a la solución de casos, de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos puedan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico”.¹¹⁷

La sentencia del TC recaída en el expediente 05189-2005-AA/TC señala de manera textual, la calidad de efecto vinculante de determinados criterios de interpretación en la aplicación de la Ley N° 23908, específicamente, respecto de la pensión mínima.

“7. Por ello, este Tribunal, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N.º

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC, fundamento 39, citada en “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”, en *Estudios ...*, pp. 112 y 113.

¹¹⁷ CORIPUNA, Javier Adrián, p.120

23908, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria, en los siguientes términos:”

Y la relación entre precedente vinculante y la Seguridad Social está incluida (en calidad de precedente vinculante) en la Sentencia recaída en el expediente N° 1417-2005-AA/TC:

“47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11° de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.”¹¹⁸

Se refiere a los lineamientos jurídicos sobre el contenido esencial del derecho a una pensión y a las pretensiones que se interpongan mediante acciones de amparo.

Sin embargo, además de estar considerados en artículos diferentes del Código Procesal Constitucional, la diferencia de la jurisprudencia constitucional con el precedente vinculante se puede hallar también en el hecho de que éste “crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno”.¹¹⁹

En términos generales, se puede indicar que las decisiones constitucionales pueden generar éstas dos vertientes de interpretación consideradas fuentes del derecho. Ello cobra mayor importancia cuando se trata de derechos humanos y va más allá de la técnica tradicional de interpretación de las normas.

En torno a este tema y a su relación con las pensiones, cabe citar el Decreto Supremo N° 150-2008-EF en cuyos fundamentos se puede apreciar la cita a la sentencia aludida en párrafos anteriores:

“Que, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5189-2005-PA/TC, el Pleno de dicho órgano jurisdiccional declaró que los criterios de interpretación y aplicación de la Ley No. 23908, desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 de dicha Sentencia, constituyen precedente vinculante inmediato de observancia obligatoria;

Que, a la fecha se encuentran pendientes de solución un número significativo de reclamos referidos a la aplicación de la Ley No. 23908, cuya magnitud origina

¹¹⁸ Sentencia recaída en el expediente N° 1417-2005-AA/TC del 8 de junio de 2005, conocido como el Caso Anicama.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ SANTIBAÑEZ, Roger. P., artículo citado, en Escritos ... p. 61.

una excesiva carga procesal judicial y administrativa, así como la consiguiente generación de gastos para el Estado y los administrados.”¹²⁰

En este caso, el precedente vinculante genera la promulgación de una norma legal específica, como es el Decreto Supremo comentado. Más aún, de citar la sentencia materia de la interpretación como fundamento de la norma. No obstante, no quiere decir que se debe esperar la expedición de una norma para su aplicación en el nivel correspondiente.

De otra parte, el doctor César Landa comenta la relación entre un precedente vinculante y una norma legal. Se trata del caso de la libre desafiliación de las AFPs.

Indica que, inicialmente, el TC emitió un pronunciamiento por mayoría –sin efecto vinculante- declarando fundada una acción de amparo interpuesta por don Víctor Augusto Morales Medina, en base a determinados supuestos que debían cumplirse, entre ellos, que no había sido debidamente informado sobre los sistemas de pensiones.

Posteriormente, se promulga la Ley N° 28991 pero que, a criterio del TC, omitía la causal de la ausencia o insuficiencia de información, además de agregarle requisitos como estar afiliado al Sistema Nacional de Pensiones, al 31 de diciembre de 2005. Ello, atentaba contra la libre afiliación.

El TC, entonces, emitió un nuevo pronunciamiento recaído en la sentencia del expediente 7281-2006-AA/TC el cual, basándose en la garantía del Estado para el libre acceso a los sistemas de pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, sostiene que “... la causal referida a la falta o insuficiencia de información como presupuesto para la desafiliación se desprendía directamente de los artículo 10, 11 y 65 de la Constitución...”¹²¹

Agrega que la jurisprudencia o doctrina jurisprudencial, si bien tiene un “grado de menor intensidad” (en relación al precedente vinculante) posee también fuerza vinculante y debe observarse en cuanto se constituye en un elemento propio o característico del Estado constitucional y democrático de Derecho.

¹²⁰ Decreto Supremo N° 150-2008-EF promulgado el 9 de diciembre de 2008 y que se refiere a la aplicación de la Ley N° 23908. Se dictan pautas para la aplicación, fundamentalmente, de la pensión mínima vital, su vigencia, la revisión de oficio de los casos pendientes, la prioridad a los mayores de 75 años, entre otros detalles.

¹²¹ LANDA ARROYO, César, “Los precedentes constitucionales”, en Justicia Constitucional N° 5, p. 59, 60 y 61.

Habría que añadir que en el caso de la jurisprudencia se necesita una “pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento.”¹²²

Sobre este tema, la Defensoría del Pueblo también ha coincidido en que la aplicación sucesiva de criterios constituye jurisprudencia y, como tal, debe ser aplicable a los casos de pensiones.

En su Informe Defensorial N° 135, señala:

“Se debe tener en cuenta que cuando se habla de criterios jurisprudenciales en materia pensionaria no aplicados por la ONP se alude a aquellos casos en los que existe una línea de jurisprudencia marcada y uniforme en un mismo sentido. Si bien, en teoría, la referida línea solo vincula a la parte que obtuvo dicho pronunciamiento favorable y no constituye un precedente vinculante, ello no obsta que deje de ser considerada como fuente de derecho para la administración pública pensionaria y deba ser recogida para sus procedimientos administrativos, máxime si se tiene en cuenta que, cuando se trata de una jurisprudencia pensionaria negativa, ésta si es recogida por la ONP, lo que resulta una contradicción.”¹²³

Dicho Informe es producto de un trabajo realizado en la Oficina de Normalización Previsional, ONP, a raíz de los numerosos reclamos planteados por asegurados y pensionistas.

En el párrafo glosado se puede observar la diferencia sustentada entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional, dejando en claro la aplicación de éste último concepto como fuente del Derecho.

La jurisprudencia constitucional en tanto que fuente de derecho, quedaría, entonces, configurada como la sucesión de sentencias en el mismo sentido, sobre un derecho fundamental y estaría dirigido a la judicatura “ordinaria o especializada” o, como señala la Defensoría del Pueblo, a nivel administrativo.

En ambos casos tiene observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, según su grado de intensidad, como concluye el doctor Landa.

¹²² LANDA ARROYO, César ... p. 62

¹²³ Informe Defensorial N° 135, p. 141, 142.

5. ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

5.1 SISTEMAS DE PENSIONES DE OTROS PAÍSES

Según Carmelo Mesa Lago, los sistemas de seguridad social en América Latina se integran en tres grandes grupos:

- Pioneros o Altos, en el que se encuentran Chile, Uruguay, Brasil, Argentina y Cuba. Introdujeron sus programas de pensiones entre los años 20 y 30.
- Intermedios, en el que están México, Bolivia, Colombia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay y Venezuela. La mayoría establecieron sus sistemas en los años 40.
- Tardíos o bajos, que incluye a países como Haití, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Guatemala y República Dominicana que se establecieron en los años 50, 60 y 70.¹²⁴

Agrega que los sistemas comenzaron a tener problemas económico-financieros a partir de la década de los ochenta y debido a la carga de la deuda externa, la caída de los precios de los productos primarios, pero sobre todo, por “agotamiento del modelo de desarrollo” por el que se había optado desde hace varios años en la región.

Durante la década de los 80 se produce en nuestra región una denominada “crisis del Estado” a partir de los problemas en las economías nacionales, específicamente, del agotamiento de las fuentes de financiamiento. El Estado había crecido significativamente, desde el punto de vista administrativo. El contexto político cambió. En este marco, a partir de los 90 comienza una oleada de reformas basadas en nuevos modelos económicos y coincidiendo con fenómenos como la globalización y el avance de nuevas tecnologías.

Todo ello impulsó también una reforma en la Seguridad Social y hacia 1994 seis países ya lo habían hecho. El modelo de la reforma de pensiones ocurrido en Chile se propagó rápidamente a otros países. Actualmente, los Sistemas Privados funcionan en 10 países de América Latina, basados en la capitalización individual y con algunas variantes en su funcionamiento.

5.1.1 ARGENTINA

¹²⁴ MESA LAGO, Carmelo ... “La reforma de la Seguridad Social en América Latina” en III Seminario Internacional “Sistema Privado de Pensiones: hacia una política previsional”; Lima, 16 de diciembre de 1994; Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones; s/n.

En **Argentina**, la Constitución Política vigente (1994) señala:

“Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

Se trata de una disposición en la que el Estado asume un determinante rol social ligada íntimamente a la Seguridad Social y bajo los principios de integralidad y de irrenunciabilidad de derechos.

Las normas del programa de reforma se promulgaron en la década del noventa y en campos como el de la salud, el desempleo, los riesgos laborales. En el caso de pensiones ocurrió, específicamente, en 1993 y entró en práctica al año siguiente. Se trató de un programa llamado mixto, en el que los asegurados podían optar entre el anterior programa público reformado o un programa mixto compuesto, a su vez, por dos partes: el programa público reformado y el programa privado de pensiones complementarias.

Y, paralelamente, se dieron cambios como: la elevación de la edad para jubilarse, la elevación de los años, como requisito para obtener ese derecho, la modificación de aspectos específicos para el financiamiento, entre otros.

Para el reconocimiento de los años de aportación anteriores, en caso que optara por el programa privado, no se dispuso el otorgamiento de bonos de reconocimiento sino de una prestación compensatoria. Recuérdese que este es uno de los aspectos sustanciales del período de transición, tanto por el derecho que corresponde a los asegurados como por el costo que debe asumir el Estado en el pago de los bonos (caso peruano) o compensación (caso argentino).

El programa privado fue muy parecido al sistema chileno y estuvo a cargo de las Administradoras de Fondos de Jubilación Privados (AFJP), sociedades anónimas, las cuales, al cabo de pocos meses, tenían unos 3 millones de afiliados y años más tarde llegaría a más de 10 millones. Las AFJP estaban supervisadas por una Superintendencia de AFJPS.

Tenían derecho a obtener los beneficios del Régimen Previsional Público (Prestación Universal –PBU– Prestación Compensatoria (PC) y Prestación Adicional de Permanencia (PAP), los afiliados:

- Hombres de 65 años y mujeres de 60 años. Las mujeres podían optar por permanecer en actividad hasta cumplir los 65 años de edad;
- Que acrediten 30 años de servicios con aportes computables a alguno de los sistemas previsionales con convenios de reciprocidad con el sistema nacional.

Lamentablemente, la crisis económica que padeció el país a comienzos del 2000 afectó notoriamente los fondos del Sistema Privado de Pensiones argentino y sus afiliados vieron reducir de manera sustancial sus cuentas, consecuentemente, sus pensiones de jubilación.

El modelo público argentino se caracterizaba por tener cotizaciones y prestaciones definidas mientras que el privado contaba con cotizaciones y prestaciones no definidas. Las AFJP utilizaban el sistema de capitalización individual, como en la mayoría de las reformas ocurridas, es decir, un derecho de acuerdo al monto que se hubiere ahorrado.

En el año 2008 se produjo una denominada re-reforma en ese país. La Ley N° 26.425 indica:

“ARTICULO 1° — Dispónese la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denominará Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En consecuencia, elimínase el actual régimen de capitalización, que será absorbido y sustituido por el régimen de reparto, en las condiciones de la presente ley.”

Se dejaba así, sin efecto, la participación del sector privado en los sistemas de pensiones. Indudablemente uno de los problemas que han llevado a esta decisión del gobierno de ese país ha sido la crisis producida en el año 2001, que incidió en las inversiones, además de otros problemas como el alto costo de la administración, la constante evasión de aportes, entre otros.

El Sistema creado en 1994 llegó a tener 25 Administradoras, de las cuales quedaban solamente 10. Ellas administraban más de 28 millones de dólares para unos 9 millones y medio de afiliados.

Además de estos aspectos técnicos, se dio el evidente debate entre lo público y lo privado, entre el Estado Social y el Estado Liberal y en cuánto puede participar el Estado en aspectos económicos como son las inversiones de las administradoras. Los opositores a este cambio argumentaban que con ello se estaba generando un clima de mayor desconfianza para las inversiones en el país. Los defensores de la re-reforma señalaban que las administradoras habían demostrado ineficiencia y grandes pérdidas en los fondos de los afiliados. El debate técnico de la Seguridad Social se trasladó también al aspecto político en ese país.

Con los años se podrá observar si la solución fue la mejor, teniendo en cuenta el equilibrio entre el número de beneficiarios (que seguramente irá creciendo) y los fondos provenientes de los aportes o la suficiencia del Estado para contribuir a esos pagos.

5.1.2 CHILE

Este país inició su sistema de Seguridad Social en 1924. Posteriormente, llegaron a tener vigencia numerosas entidades de protección, bastante dispersas.

En **Chile**, país pionero en esta reforma, el cambio se produjo por Decreto Ley 3500 del 4 de noviembre de 1980 y puesto en vigencia a partir de 1981. Su artículo 1º señalaba:

“Artículo 1º.- Créase un Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia derivado de la capitalización individual que se regirá por las normas de la presente ley.

La capitalización se efectuará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones.

El Estado garantiza pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia a todos los afiliados al Sistema que cumplan los requisitos establecidos en este cuerpo legal.”

El nuevo sistema incluye prestaciones por vejez, invalidez, sobrevivencia y una llamada cuota mortuoria. La estructura de las aportaciones es similar al caso peruano: un aporte para jubilación, una prima para invalidez, sobrevivencia y cuota mortuoria y las retribuciones o comisiones a la AFP. Paralelamente se creó un Instituto de Normalización Previsional (INP) a fin de administrar los sistemas públicos reformados.

El principal ideólogo del nuevo Sistema fue el entonces Ministro de Trabajo, José Piñera Echenique.

Actualmente, funcionan cuatro sistemas:

- Sistema No Contributivo de pensiones asistenciales, con cerca de 370 beneficiarios.
- Sistema Civil Público antiguo (similar a nuestro Decreto Ley N° 20530), administrado por el Instituto de Normalización Previsional, con 160 mil activos y 890 mil pasivos, aproximadamente. Es un sistema cerrado.
- Sistema Público Militar con cerca de 150 beneficiarios.
- Sistema Privado de Pensiones, AFP, con cerca de 3 millones 600 mil cotizantes, 420 mil pensionistas, en general, y 40 mil 500 pensionistas con pensión mínima de garantía estatal.¹²⁵

En el Sistema Privado la pensión de jubilación se obtiene a los 65 años para los hombres y 60 para las mujeres, pero no existe la obligación de dejar de trabajar para acogerse a ese derecho. El trabajador puede continuar laborando.

El jubilado obtiene como pensión casi el 80% de sus ingresos anuales promedio de los últimos 10 años.

Evidentemente no se trata de un sistema intergeneracional en el que los activos financian las prestaciones de los pasivos, como ocurre en los sistemas públicos.

Como en la mayoría de los Sistema Privados, la pensión está en función de varios factores como la rentabilidad de los fondos, el ingreso al mercado laboral, el salario constante, el porcentaje de las comisiones, la edad de retiro, la densidad de las cotizaciones.

Existe un factor determinante para las pensiones futuras en Chile: la esperanza de vida. Se calcula que en los siguientes 45 años, la esperanza de vida de las mujeres que se jubilen a los 60 años aumentará en cerca de cuatro años mientras que para los hombres que se jubilen a los 65 años este aumento será de 2.6 años. Por tanto, según Arenas de Mesa "... los beneficios previsionales disminuirán en promedio para las generaciones

¹²⁵ ARENAS DE MESA, Alberto ... El Sistema de Pensiones en Chile; en El Sistema de Pensiones en Chile en el contexto mundial y de América Latina: evaluación y desafíos, Ponencias del Seminario Internacional, Santiago, 22 y 23 de abril de 2004, Oficina Internacional del Trabajo; 174 pp; p. 90.

futuras todos los otros factores constantes. Para corregir o evitar que las pensiones en promedio cayeran, se tendrían que aumentar las tasas de cotización y/o las de retiro. También se podrían aumentar los fondos acumulados a través de mayores rentabilidades obtenidas por los fondos de pensiones o por mayor ahorro individual voluntario.”¹²⁶ Como se puede apreciar –y el mismo autor lo señala- en caso de aumentar el porcentaje de aporte o la edad de jubilación, se trata de medidas similares a las que se adoptaron en los sistemas públicos. En ambos casos, sea sistema público o privado, el factor demográfico tiene un rol importante en su funcionamiento.

Actualmente, están en pleno funcionamiento 15 AFP y el Sistema ha logrado el incremento de la productividad del capital en el país, se han creado nuevos instrumentos financieros, entre otros logros económicos.

En una comunicación remitida a la AISS para su nota informativa “Reforma de los Sistema de Pensiones en América Latina” N° 1/1997, el Sub Secretario de Previsión Social del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Chile señala que “en Chile no se ha establecido un sistema privado de pensiones. El Estado en su calidad de ente normativo, ha creado un sistema de pensiones basado en un régimen de capitalización individual, entregando la administración de este sistema a entidades privadas con fines de lucro, lo que no afecta el rol de garante de la Seguridad Social que la sociedad le otorga al Estado.”

Es evidente que el rol del Estado, al igual que en la mayoría de los países en que se ha implantado este nuevo sistema, ya no es el participativo o directo respecto de la Seguridad Social, sino de contralor, de supervisor; pero tampoco se puede negar que si la responsabilidad directa es la de las AFP es porque se trata de un sistema privado, es decir, el rol anterior se ha trasladado a las entidades privadas.

A comienzos de 2008, Chile ha efectuado una nueva reforma en su sistema de pensiones, incluyendo un pilar solidario mediante el cual el Estado otorgará pensiones a personas de bajos recursos que no estuvieran en algún sistema de Seguridad Social o que no alcanzaran los requisitos para obtener una pensión de jubilación.

En efecto, la Ley N° 20.255 ha entrado en vigencia el 1 de julio de 2008 y crea un Sistema de Pensiones Solidarias el mismo que, a su vez, tiene dos grandes beneficios:

- La Pensión Básica Solidaria, para las personas que no tienen derecho a ningún tipo de pensión y que puede ser de vejez o de invalidez; y,
- El Aporte Previsional Solidario, para quienes tienen pensiones de montos bajos. Este es un monto complementario en dinero que ofrece el Estado a las pensiones bajas.

¹²⁶ Ibidem; p. 103

Con ello, se pone en práctica el sistema de tres pilares: pilar obligatorio, pilar voluntario y pilar solidario. El objetivo es beneficiar al 60% de la población de menores ingresos. Los requisitos para acceder a la pensión solidaria son:

- Tener 65 años de edad.
- Pertenecer al 60% de la población de menores ingresos.
- Tener un período mínimo de 20 años de permanencia en el país, y de 4 de los últimos 5 años previos a la solicitud del beneficio.

La Ley es producto de un trabajo efectuado por el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional el mismo que analizó la situación de la Seguridad Social en ese país y el futuro de las generaciones venideras. El Consejo estuvo integrado por representantes de organizaciones de trabajadores (dependientes e independientes), agrupaciones de mujeres, de jubilados, organizaciones empresariales, organismos internacionales, profesionales, instituciones privadas, entre otras.

A partir de 2004 está vigente un Convenio entre Chile y Perú entre los sistemas privados a fin de que los fondos puedan transferirse de una país a otro entre las AFPs, si es que el afiliado cambia su residencia.

Basados en la ponencia “Experiencias en los sistemas reformados de seguridad social en América Latina” presentada por el doctor Francisco Javier Romero Montes al Segundo Seminario de Alto Nivel sobre Técnicas Estadísticas y actuariales para países del Cono Sur,¹²⁷ presentamos a continuación las características de algunos otros países, las cuales continúan, en su gran mayoría.

5.1.3 COLOMBIA

En **Colombia** los primeros sistemas de Seguridad Social se inician en 1945 y 1946 cuando se promulgan las normas creando las Cajas Nacional de Previsión y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

La Constitución de 1991, establece el marco dentro del cual se van producir reformas sustancialmente a los sistemas de entonces. El artículo se encuentra dentro de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Reproduzco a continuación algunos párrafos de dicho artículo que fuera modificado por Decreto 100 del 20 de enero de 2005 y 2545 y 2576 del mes de julio de 2005:

¹²⁷ ROMERO MONTES, Francisco Javier ... La Reforma de las Pensiones en América Latina; aspectos comparativos a 1998; En Asociación Internacional de Seguridad Social, Reforma de los Sistemas de Pensiones en América Latina N° 5-1999; Oficina Regional ara las Américas p. 5 y ss.

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos o deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.”

La reforma específica se produce con la promulgación de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 creando un Sistema de Seguridad Social Integral y que fue modificado en parte por la Ley 797 del 29 de enero de 2003. Se trata de un sistema similar al peruano en que continúa funcionando el Instituto de Seguridad Social con algunas modificaciones. Cubre casi el 35 % de la fuerza laboral.

El nuevo Sistema comprende dos regímenes:

- a. Régimen solidario de Prima Media con Prestación definida; y,
- b. Régimen de ahorro individual con solidaridad.

La afiliación es voluntaria pero no están incluidos los integrantes de las Fuerzas Armadas, del Congreso de la República, los profesores públicos ni los trabajadores petroleros. A 1998 tenía unos 3 millones de afiliados.

La nueva reforma del año 2003 incluyó un texto mediante el cual un afiliado puede escoger un régimen pero el traslado hacia otro sólo podrá efectuarse una sola vez en cinco años, desde la elección inicial. Además, le agrega el hecho de que con posterioridad a un año de vigencia de la ley, un afiliado no podrá trasladarse de régimen “cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

Este nuevo texto se incluyó teniendo en cuenta que la vigencia de ambos regímenes generaba un constante traslado de los afiliados.

La jubilación en el sistema anterior se obtiene al cumplimiento de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres (esta edad se elevará paulatinamente) y 20 años mínimos de trabajo. En el sistema privado no se exige edad, basta que el fondo del afiliado permita obtener una pensión equivalente al 110 % del salario mínimo.

La pensión –al igual que en Perú y Chile- se paga a través de algunas de las modalidades de Retiro programado, renta vitalicia (personal y familiar) y renta temporal con renta vitalicia diferida.

En 1998 funcionaban 9 Administradoras privadas, las cuales, sin embargo, soportaban más del 50 % de evasión de cotizaciones y su supervisión está a cargo de la Superintendencia de Bancos.

5.1.4 COSTA RICA

En **Costa Rica** la primera ley se promulga en 1941 pero entra en vigencia en 1947. La reforma llegó en el mes de julio de 1995 a través de la ley 7523. No obstante se trata de un sistema que tiene el carácter de voluntario y en el que subsiste la Caja Costarricense de Seguro Social. El régimen privado tiene el carácter de complementario a través de Operadoras de Planes de Pensiones y Capitalización Laboral.

Sin embargo, revisemos brevemente lo que indica la Constitución de este país en materia de Seguridad Social. El artículo 73 incluye el tema en los *Derechos y Garantías Sociales*, pues aparte existe un capítulo sobre *Derechos y Garantías Individuales*:

Artículo 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.”

El texto precedente proviene de 1961 (modificatorio de la Constitución de 1949) y se refiere a los Seguros Sociales y no a la Seguridad Social. En el artículo se observa la presencia de varios de los principios de la Seguridad Social: la solidaridad, la integridad, la unidad, además de referirse a una institución pública administradora de la Seguridad Social que tiene el carácter de autónoma. Más adelante, el artículo 129 de la misma Constitución, señala que “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.”

La jubilación se obtiene también con 65 años de edad y 20 años de trabajo. La edad puede reducirse hasta 61 años y 11 meses (hombres) o 59 años y 11 meses (mujeres) según acumule mayor cantidad de años de aportaciones.

La pensión se paga a través de modalidades como Retiro programado, retiro total o parcial y renta vitalicia. El sistema complementario no comprende pensiones invalidez.

Los fondos están administrados por las Operadoras de Planes de Pensiones u Operadoras de Pensiones Complementarias (OPC) que son sociedades anónimas y tienen el exclusivo objeto de administrar dichos planes. Actualmente funcionan 8 Operadoras de Pensiones Complementarias. El Estado supervisa mediante la Superintendencia de Pensiones.

A partir del año 2001 en que se promulgó la Ley de Protección al Trabajador se ha diseñado el funcionamiento de un sistema multipilar. En el primer pilar figura el régimen de la CCSS, junto con otros del sector público (Poder Judicial, el Magisterio y Hacienda), todos ellos de beneficio definido y buscan brindar un nivel básico de protección y cuya capitalización y beneficios son colectivos.

Un segundo pilar está conformado por los regímenes complementarios obligatorios, que son de contribución definida y bajo una gestión privada. Es un sistema de capitalización individual. El tercer pilar son los regímenes complementarios voluntarios. Además continúa el Régimen No contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social para proteger a las personas de tercera edad, en condiciones de pobreza que no tienen acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

La Ley indica que “El Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias” será un régimen de capitalización individual y tendrá como objetivo complementar los beneficios establecidos en el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS o sus sustitutos, para todos los trabajadores dependientes o asalariados (Artículo 9. Creación).”

En resumen, existen cuatro niveles de protección simultáneamente, en el sistema multipilar:

NIVEL	CARACTERÍSTICAS
SOLIDARIO Y UNIVERSAL	Es no contributivo. Protege a los adultos mayores en estado de pobreza. Más de 65 años de edad. 40 dólares.
CAPITALIZACIÓN COLECTIVA	Pensión con beneficio definido. Hay pensión mínima y topes. Aporte tripartito.
CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL	Contribución definida y administrado por empresas privadas. El Estado no aporta.
VOLUNTARIO	Cuenta individual.

Según informe de la Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones, a diciembre de 2007, el número de afiliados al Sistema de Capitalización Individual o Privado era de 1 millón 646,405

Recientemente se está solicitando mayores reformas al sistema privado complementario como la definición sobre la tributación de los fondos, la inclusión de pensiones de invalidez y el ofrecimiento de nuevos planes de ahorro voluntarios a los afiliados.

Algunos economistas tienen preocupación por el Sistema de Invalidez, Vejez y Muerte administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social en cuanto están aumentando los pensionistas de invalidez y puede generar un déficit en todo el sistema público. Para evitarlo, se solicita que se adopten medidas como aumentar las cotizaciones, revisar el régimen actual de beneficios y controlar el número de pensionados por invalidez, poner coto a la evasión y la morosidad, así como extender la cobertura del régimen.

5.1.5 URUGUAY

La reforma del sistema en **Uruguay** se produjo en abril de 1996. Tiene la calidad de mixto, es decir, continúa el sistema de reparto a cargo del Banco de Previsión Social y algunos regímenes especiales (como la Caja de Jubilaciones Bancarias, Caja de Jubilaciones y Pensiones Profesionales Universitarios) con el de Capitalización Individual a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

El sistema privado es obligatorio para los menores de 40 años de edad al 1 de abril de 1996 y optativo para los mayores de esa edad.

El aporte total es de 27 % para ambos sistemas, a razón de 15 % a cargo del trabajador (en dos niveles) y 12 % a cargo del empleador. La administración del primer nivel está a cargo del Banco de Previsión Social y la del segundo nivel a cargo de las AFP. También hay aportes voluntarios sin límite.

La base de la reforma es la creación de un sistema mixto de otorgamiento de las prestaciones. Se mantiene el actual sistema de reparto asentado en la solidaridad intergeneracional y se crea un sistema de capitalización basado en el ahorro individual.

El nuevo sistema es de aplicación para el futuro y, por lo tanto, no afecta a los actuales jubilados o pensionistas ni a aquellos con expectativas jubilatorias inmediatas ya que se irá implementando en forma gradual.

Se establece tres niveles de cobertura según la cuantía de los ingresos individuales computables: Un primer nivel. (Régimen de solidaridad intergeneracional) como sistema de reparto. Comprende obligatoriamente a todos los afiliados activos por las asignaciones computables o tramos de las mismas hasta los \$ 5.000 pesos mensuales, los que generarían el derecho a la prestación básica del nuevo sistema.

Un segundo nivel es (Régimen de ahorro individual obligatorio) como el de capitalización. Comprende obligatoriamente a los afiliados activos menores de 40 años a la fecha de entrada en vigencia de la ley con salarios superiores a \$ 5.000 y hasta \$15.000 mensuales y en el que quedan comprendidos todos los que ingresen a la actividad con posterioridad a esa fecha, cualquiera sea su edad y los afiliados activos mayores de 40 años que optaren por el nuevo régimen, dentro de determinados plazos. Y un tercer nivel. (Ahorro voluntario) que incluye a los afiliados con salarios superiores a \$ 15.000 los que podrían aportar, o no, a sistemas de ahorro individual por dicho exceso. En caso de aportar se generan prestaciones en condiciones similares al segundo nivel.

Otras modificaciones de importancia realizadas en la nueva ley son las referentes a la edad de jubilación la misma que quedó fijada en 60 años para ambos sexos; también los años de servicios que aumentaron de 30 a 35 años; se aumenta el período considerado para el cálculo de la pensión de jubilación y se exige que para acceder a la pensión sólo se consideren los períodos por los que se haya realmente cotizado o que se encuentren efectivamente registrados en la cuenta individual.

El monto se basa en un promedio de los últimos 10 años, sobre el cual se aplican unos porcentajes en función de los años aportados.

La administración privada de los fondos está a cargo de Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP), las mismas que actualmente son cinco: Total, Afinidad, Integración, República y Unión Capital. A 2003, el total de afiliados al sistema de capitalización individual era de más de 635 mil y a diciembre de 2007, 773 mil 133 personas. La Supervisión está a cargo del Banco Central del Uruguay.

En Uruguay existe el Seguro de Desempleo cuyo principal requisito para acceder es que en los 12 meses previos a configurarse la causal de Desempleo el trabajador debe haber permanecido en planillas 180 días continuos o no, en una o más empresas.

A mediados de 2007, se realizó en Montevideo un Diálogo sobre Seguridad Social en el que se trataron temas con la participación de entidades representativas e, incluso, de la propia ciudadanía. Después unos meses de trabajo, la Comisión Ejecutiva de Diálogo Nacional sobre Seguridad Social en Uruguay (DNSS), dio a conocer el pasado 10 de abril de 2008, las conclusiones finales.

Se han presentado propuestas de reformas de corto, mediano y largo plazo respecto de asuntos de modernización de la seguridad social tendientes a mejorar la efectividad y

ampliar su cobertura. Entre los temas más importantes están: la revisión de los parámetros de acceso a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, incluyendo la habilitación del acceso a una jubilación con treinta años de servicio, y la revisión en su totalidad del diseño del programa de seguro por desempleo.

El Diálogo convocó a cerca de 80 instituciones y organizaciones. Por ejemplo, organizaciones de trabajadores, empresariales, pensionistas, instituciones gubernamentales y de seguridad social, Administradoras de Fondos de Pensiones, Universidades, entre otras.

La organización comprendió 5 comisiones: demografía, inclusión, cobertura, protección social y financiamiento.

En cuanto al Sistema Privado, en América Latina, las últimas estadísticas nos brindan el siguiente número de afiliados:

LATINOAMÉRICA	Mar. 2005	Dic. 2004	Sep. 2004
ARGENTINA	10.156.215	10.008.255	9.854.219
BOLIVIA	896.490	893.848	869.678
COLOMBIA	5.897.741	5.747.396	5.603.941
COSTA RICA	1.230.453	1.230.453	n.d.
CHILE	7.126.696	7.080.646	7.038.691
EL SALVADOR	1.194.807	1.166.602	1.144.224
MÉXICO	33.575.745	33.316.492	32.677.176
PERU	3.452.020	3.397.047	3.342.914
REPUBLICA DOMINICANA	1.124.041	1.033.349	965.762
URUGUAY	665.340	659.770	652.991

Fuente : Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones, FIAP
www.fiap.cl

Y a diciembre de 2007, el número de afiliados era el siguiente:

LATINOAMERICA / LatinAmerica	Dic. 2007
ARGENTINA	10,816,790
BOLIVIA	1,134,359
COLOMBIA	7,814,535

COSTA RICA	1,646,405
CHILE	8,043,808
EL SALVADOR	1,579,410
MÉXICO	38,531,579
PANAMÁ	342,513
PERU	4,101,060
REP.DOMINICANA/ <i>Dominican Rep.</i>	1,648,295
URUGUAY	773,133

Fuente : Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones, FIAP
www.fiap.cl

De ellos, el número de cotizantes es:

LATINOAMERICA	2007
ARGENTINA	4,391,847
BOLIVIA	624,681
COLOMBIA	3,596,565
CHILE	4,329,412
EL SALVADOR	566,693
MÉXICO	14,503,855
PERÚ	1,651,191
REPÚBLICA DOMINICANA	853,526
URUGUAY	452,601

Fuente : Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones, FIAP
www.fiap.cl

Igualmente, en el siguiente cuadro, elaborado por Carmelo Mesa Lago, se aprecian las características fundamentales en cuanto a los modelos vigentes, el tipo de cotizaciones y prestaciones, y la forma de administración.

MODELOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS REFORMAS DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA

Modelo, país y fecha de inicio	Sistema	Cotización	Prestación	Régimen Financiero	Admón
--------------------------------	---------	------------	------------	--------------------	-------

REFORMAS ESTRUCTURALES

Modelo sustitutivo Chile: Mayo 1981	Privado	Definida	No	CPI	Privada
Bolivia: Mayo 1997			Definida		
México: Set. 1997					
El Salvador: May 1998					
R. Dominicana: Junio 2003					
Nicaragua: postp.					

Modelo paralelo Perú:Junio 1993 Colombia:Abril 94	Público o Privado	No definida Definida	Definida No definida	Reparto CPI	Pública Privada
Modelo mixto Argentina:Julio 94 Uruguay: Abril 96 Costa Rica:Mayo 2001 Ecuador: posp.	Público y Privado	No definida Definida	Definida No definida	Reparto CPI	Pública Múltiple

REFORMAS PARAMÉTRICAS O SIN REFORMA

Brasil Cuba Guatemala Haití Honduras Panamá Paraguay Venezuela	Pública	No definida	Definida	Reparto o CPC	Pública
---	---------	-------------	----------	------------------	---------

Fuente: Legislación de los 12 países

Nota: CPC, Capitalización parcial colectiva.

CPI, Capitalización plena e individual.¹²⁸

Después de algunos años de reforma establecida en América Latina, Carmelo Mesa Lago y Gustavo Márquez han efectuado un análisis indicando que fue un componente central de las reformas del Estado durante la década de 1990 y que se realizaron impulsadas por la “necesidad de contener los crecientes déficit corrientes de los sistemas de pensiones”.¹²⁹

Consideran que los sistemas públicos y privados se diferencian en cuatro características: cotización, prestaciones, régimen financiero y administración. Agregan que después de lo realizado los sistemas públicos y privados tienen algunos desafíos pendientes:

- La reversión de la caída en la cobertura, debida al crecimiento del sector informal y la flexibilidad laboral, para lo cual es necesario programas que los incorporen.
- El ajuste proporcional de la edad de retiro con el incremento de la esperanza de vida y la homologación de la edad entre los sexos.
- El desarrollo de estadísticas que permitan comparar el monto de las pensiones en ambos sistemas.
- La eliminación de la discriminación de género en el mercado de trabajo, lo que reduce el monto de las pensiones de las mujeres.
- El control de la evasión y la morosidad en las cotizaciones.
- La diversificación adecuada del portafolio de inversiones, promoviendo la creación de nuevos instrumentos y permitiendo la inversión en instrumentos extranjeros (como en Chile, Perú y Colombia).
- El estudio de posibles combinaciones de beneficio definido y no definido.
- La elaboración de proyecciones sólidas a largo plazo sobre los costos fiscales de la transición en los sistemas privados y sobre el equilibrio financiero y actuarial en los sistemas públicos.

¹²⁸ MESA-LAGO, Carmelo... “Lecciones y desafíos de 23 años de reformas estructurales de pensiones en América Latina; en El Sistema de Pensiones en Chile en el contexto mundial y de América Latina: Evaluación y desafíos”; Ponencias del Seminario Internacional, Santiago 22 y 23 de abril de 2004; Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2004; 174 pp.; p. 48

¹²⁹ MESA LAGO, Carmelo Y MÁRQUEZ, Gustavo, “Las reformas de los sistemas de pensiones y asistencia social”, en “El estado de las reformas del Estado en América Latina”, p. 399.

- La unificación en varios países de sistemas de pensiones diversos al general a fin de permitir la movilidad al empleado.
- La homologación de las condiciones de acceso y normas de cálculo de las pensiones, para promover la igualdad de trato.¹³⁰

5.1.6 EN EUROPA

En Europa, la mayoría de los países tienen sistemas de pensiones que parten de fundamentos similares a los de América Latina, en cuanto a la obligatoriedad de inscripción y aporte, cobertura, tipos de prestaciones, etc. No obstante, no se observa los altos niveles de evasión, ni la baja cobertura, tampoco la alta informalidad o la escasa transparencia. Los problemas en Europa están más ligados a las situaciones macro económica y financieras.

En **España**, el Sistema Público de Pensiones, con las características tradicionales, se mantiene con algunas reformas. La primera de éstas se produce en 1985 pero luego en 1990, se promulga una Ley de Pensiones No contributivas, enseguida el Pacto de Toledo en 1995 que incluye una flexibilización de la jubilación y en abril de 2001, en que se acuerda mejorar y desarrollar el sistema de protección social llevado a cabo entre los sindicatos, los empresarios y el Estado. Aún cuando se están generando debates en torno a la posible intervención del sector privado en éste ámbito, aún no se produce modificación en este sentido. Hay una pugna entre la “racionalización” del actual sistema y la privatización del sistema de pensiones.

La Constitución Política Española establece en su artículo 41:

“Artículo 41.

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

Como se puede apreciar, se mantiene, como aspecto principal, el régimen público de Seguridad Social, aún cuando en su última parte se indica que las complementarias serán libres.

Pese a ello, la participación privada se encuentra pendiente dado que el sistema público tiene notorios altibajos en el aspecto económico financiero, como en otros países de Europa.

¹³⁰ Mesa Lago, Carmelo y Márquez, Gustavo, Ob. Cit. pp. 397 y ss.

La intervención sindical, en este aspecto, está definida y dirigida a sacrificar la moderación salarial como práctica permanente a cambio del mantenimiento y perfeccionamiento del sistema de protección social y, en segundo lugar, a la defensa hasta donde sea posible del actual sistema de pensiones de reparto a cambio de reforzar su contributividad y con la finalidad de no permitir los sistemas privados complementarios de pensiones.

El sector privado, por su parte, continúa sosteniendo la posible participación en la eventual reforma entendiendo que el actual sistema se hará cada más difícil de sostener debido a los factores económicos y demográficos. En todo caso, propugnan la participación de tres pilares en los sistemas de pensiones, con participación pública y privada.

Actualmente, en España, las pensiones son prestaciones económicas, de duración indefinida, salvo algunas excepciones, aunque no siempre, cuya concesión está generalmente supeditada a una previa relación jurídica con la Seguridad Social (acreditar un período mínimo de cotización en determinados casos), siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos.

La Constitución en este aspecto indica:

“Artículo 50.

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”

El principio de suficiencia de los montos pensionarios debe estar garantizado por el Estado.

La ley específica que la cuantía original de dichas pensiones se determina en función de las aportaciones efectuadas por el trabajador y el empresario, si se trata de trabajadores por cuenta ajena, durante el período considerado a efectos de la base reguladora de la pensión de que se trate.

Existen varias formas de jubilación:

- a) Voluntaria.
- b) Forzosa. Cuando se produce la extinción del contrato de trabajo por causas no imputables al trabajador pero acredita determinado número de años de aportaciones.

- c) Por realizar actividades peligrosas o que laboran en trabajos de naturaleza excepcionalmente “penosas, tóxicas, peligrosas e insalubres.”.
- d) Jubilación de los trabajadores minusválidos.
- e) Jubilación especial a los 64 años.
- f) Jubilación de trabajadores de empresas sujetas a reconversión.
- g) Jubilación de trabajadores de empresas en crisis no sujetas a planes de reconversión.

En las dos primeras opciones la pensión está afectada con un descuento de 6% u 8% de la pensión por cada año que se adelanta respecto de la edad jubilatoria, es decir, de los 65 años de edad, respectivamente. Pero, también se otorgan bonificaciones para quienes “retrasan” su jubilación hasta los 70 años.

Además es necesario tener en cuenta que, en general, el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los *cinco años*, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

No obstante, no prescriben las pensiones de:

- a. Jubilación.
- b. Viudedad.
- c. Orfandad.
- d. Favor de familiares.

Esta norma es similar a la que existía en nuestro país, incluida en la Ley N° 13724 del ex Seguro Social del Empleado donde la petición prescribía a los 5 años de haberse producido la contingencia.

Pero, además, es interesante observar el texto de la Constitución Española en cuanto al respeto a las libertades y a los derechos fundamentales

“Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),”

La Constitución que proviene de 1978 (reformada en agosto de 1992) se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales, concepto que nuestro Tribunal Constitucional recoge en algunas sentencias posteriores a la reforma de la Constitución Peruana de 1993 y dirigida al Decreto Ley N° 20530, régimen de pensiones a cargo del Estado.

En **Italia**, el sistema de Seguridad Social se ha reformado a partir de la década del 90. A partir de entonces, la previsión social italiana ha sido diseñada sobre una estructuración mixta donde las características del sistema público de reparto, y las del complementario sistema privado de capitalización, se han completado y equilibrado. No obstante, después se han presentado propuestas para modificar estructuralmente este equilibrio, a fin de que sea más sostenible y adecuado a los cambios demográficos actuales.

Al igual que en otros países, se han proyectado (su total implementación será en unos años mas) tres pilares: el de reparto o básico (público), el de capitalización individual o de ahorro individual (privado) y el facultativo e individual (también privado). Todos los trabajadores se encuentran en el primer pilar y sólo un grupo está en el segundo. En el tercero están los ahorros eventuales y voluntarios.

Ya desde 1992 se había elevado la edad de jubilación de 60 a 65 (hombres) y de 55 a 60 (mujeres), aunque existe una “edad flexible” para jubilarse entre los 57 y 65 años.

Recientes propuestas gubernamentales están dirigidas a insistir en la reestructuración de los sistemas de pensiones y acortar los plazos de su pleno funcionamiento. Dentro de las medidas está la de permitir que los jubilados continúen trabajando, que “aseguren” su futura jubilación con determinadas normas, que se rebajen las cotizaciones de los empleadores, etc.

A diferencia de otros países, Italia considera que la prolongación de la vida laboral y el consecuente retraso de la jubilación efectiva, puede ser una solución natural al factor demográfico y a la bajada de los montos de *sustitución* garantizados por el sistema público de pensiones. El aumento de la esperanza de vida en el futuro implica una reducción de las pensiones distribuidas según lo previsto por el sistema contributivo de cálculo, y necesita también una reducción del periodo de disfrute de la pensión para poder mantener tratamientos unitarios.

Todas estas reformas tendientes a implementar cuanto antes el sistema de capitalización individual han sido rechazadas por los sindicatos. Ellos consideran que el Gobierno dramatiza desproporcionadamente el problema de la Seguridad Social nacional. Los sindicatos niegan la existencia de una “emergencia de las pensiones” afirmando la sostenibilidad y el equilibrio del sistema de pensiones italiano consolidado a lo largo de los años 90.

Finalmente, se considera necesario hacer referencia a un trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre los casos de reforma en países como Hungría, Polonia, República Checa y Eslovenia.¹³¹

Estos cuatro países ingresaron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004 y sus reformas en los sistemas de pensiones provienen de algunos años atrás.

En **Hungría**, la reestructuración de las pensiones se produjo a partir de 1998 y dio lugar a la participación privada. Como en la mayoría de los países en que se implantó, se partió de un “desencanto” de los asegurados del sistema público y de la importancia de los aspectos económicos y financieros del país y de los propios sistemas. El Banco Mundial había realizado un estudio en el que se dejaba establecido que, sin una reforma, el régimen público de pensiones alcanzaría en el 2050 un déficit equivalente al 4 % del PBI.

En 1997 el Parlamento aprobó las reformas que entrarían en vigencia al año siguiente y que establecería dos regímenes, uno público y de reparto, denominado Régimen de Pensiones de la Seguridad Social (SSPS) administrado por el Fondo de Seguros de Pensiones (PIF) y, otro privado y financiado individualmente llamado Fondo de Pensiones Privado Obligatorio (MPPF).

Se hicieron algunas correcciones legales al sistema público pero otras se trasladaron hasta dentro de diez años. En cualquier caso, la reforma fue dirigida desde el Ministerio de Finanzas.

Todos los trabajadores tienen la opción de trasladarse al fondo privado (MPPF) manteniendo su derecho en el PIF (Sistema Mixto). Inicialmente postularon 60 fondos pero sólo 30 lograron autorización de funcionamiento y a la fecha el 80% de los “suscriptores” pertenecen a 5 fondos privados.

Los MPPF son organizaciones sin fines de lucro cuyo objetivo es la recaudación de las cotizaciones de los afiliados en sus cuentas individuales e invertirlos para sus futuras jubilaciones. Algunos especialistas consideran que más son fondos mutuales. Los fondos deciden otorgar rentas vitalicias de jubilación o comprarlas a compañías de seguros.

Pero, hay algo más que los asemeja a un fondo mutual: los afiliados ejercen sus derechos a través de una asamblea general y ésta elige una junta de directores y una junta de supervisores. Además, el Estado supervisa su funcionamiento a través de la

¹³¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO ... Reforma de las pensiones en Europa central y oriental. Oficina Sub regional para Europa Central y Oriental; Budapest; Primera edición, 2005; 329 pp.

Autoridad Supervisor Financiera del Estado, cuyo titular es elegido por el Parlamento por un período de 6 meses.

Las cotizaciones tienen tres componentes: un porcentaje cubre los costos de funcionamiento, otro porcentaje es para reservas de contingencia y un último porcentaje para la cuenta personal del afiliado.

El monto de la pensión de jubilación es el ahorro acumulado del afiliado pero debe acreditar un mínimo de 180 meses de afiliación. Si cuenta con menos, el afiliado puede retirar el capital acumulado al momento de su jubilación o cese laboral definitivo. Asimismo, si el capital supera el monto que le garantiza la pensión de jubilación en dos veces, se puede retirar el exceso.

El gobierno ha asumido también –como costo de la transición- el pago de las pensiones del sistema de reparto.

Tiempo después se eliminó la independencia del Fondo de Seguros de Pensiones y pasó a ser administrado directamente por el gobierno a través del Ministerio de Finanzas y la recaudación que realizaba fue asumida por la Agencia de Recaudación del Estado.

También se amplió el plazo, hasta diciembre de 2002, para que las personas pudieran volver al sistema público de pensiones. Se modificó las normas de indexación de las pensiones antiguas. Se rebajó la tasa de aportación total del 31 % al 26 %, con lo cual se benefició a los empleadores que vieron rebajado su aporte (“carga”) del 24 % al 18 %.

En **Polonia** el cambio de los sistemas de pensiones fue a partir de 1999. El sistema de pensiones vigente se financiaba con el aporte íntegramente a cargo del empleador y las jubilaciones se otorgaban con bastante generosidad. Incluso, se indica que como “... la jubilación anticipada no requería de la terminación en el empleo, existía un fuerte incentivo para “jubilarse” tan pronto como fuese posible, y en 1990, una nueva ley permitía incluso la jubilación anticipada de aquellos despedidos de sus empresas.”¹³² Esta situación modificó sustancialmente la relación beneficiarios-asegurados.

Ello se produjo dentro de un fenómeno mediante el cual, en la primera mitad del decenio del 90 disminuyó el número de asegurados debido a la reducción del empleo y se elevó el número de pensionistas de jubilación anticipada precisamente por esa reducción y con la finalidad de disminuir las presiones del mercado laboral. En la segunda mitad, el número de asegurados se estabilizó y el número de pensionistas se redujo.

¹³² CHLON-DOMINCZAK, Agnieszka ... Reforma de las pensiones de 1999 en Polonia; en Reforma de las pensiones en europa central y oriental; ibiden; p. 97.

Pese a elevarse las cotizaciones para tratar de evitar el déficit por el mayor número de pensionistas, el Estado tuvo que asumir parte del costo.

Finalmente, la reforma abarcó, como en muchos casos, cambios en el sistema público (se elevaron las tasas de aportación solo para pensiones y se modificó la fórmula de las jubilaciones) y la aparición de un nuevo modelo. Este nuevo modelo estaba constituido por tres pilares: un primer pilar, denominado de Cotización Definida Teórica (NDC); un segundo pilar de cotización obligatoria, es decir, de cuentas de ahorro individuales de gestión privada; y, un tercer pilar de carácter voluntario para otorgar pensiones elevadas a quienes opten por tener niveles de ahorro altos.

La edad de jubilación en el nuevo sistema se elevó de 59 años (hombres) y 55 (mujeres) a 65 (hombres) y 60 años (mujeres) para casi la totalidad de los trabajadores.

El nuevo sistema cubre a personas nacidas después del 31 de diciembre de 1948 y, en sus inicios, se dio oportunidad para que los trabajadores de 30 a 50 años de edad se trasladaran al fondo privado.

El segundo pilar, el privado, comprende únicamente las pensiones de jubilación y están a cargo de una Sociedad de Fondos de Pensiones ((PTE) que es una empresa de capital social a la que se considerará solicitar un capital inicial de no menos de 4 millones de euros para funcionar. La recaudación debe centralizarse en la Institución del Seguro Social (ZUS) junto con las de reparto y al momento de la jubilación, el afiliado deberá comprar una renta en una compañía de rentas vitalicias especializadas, aún cuando se debate si podría ser también en otras compañías de seguro de vida.

Se concedió licencia de funcionamiento a 21 fondos pero tres cuentan con el 60 % de los afiliados. A partir del 2001, se había vendido un fondo y cuatro se encontraban en proceso de fusión. No obstante, contradiciendo pronósticos menores del gobierno, casi el 60 % de los asegurados se afilió al segundo pilar (privado).

Teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de los afiliados al nuevo sistema, las pensiones se otorgarán después del 2009, lo cual permite al gobierno tener tiempo para definir el financiamiento del costo del cambio, pues, al igual que en Hungría y otros países, el gobierno ha asumido el pago de las pensiones del régimen de pensiones anterior.

Una de las autoras de la investigación refiere que “El breve período que se analiza no permite extrapolaciones seguras acerca de la futura rentabilidad financiera de los fondos. No obstante, los resultados de los comienzos no han sido prometedores... Es significativo que los activos de las pensiones de los trabajadores no sólo dejaran de crecer, sino que descendieran en su valor real en ambos países.”¹³³

¹³³ FULTZ, Elaine ... Reforma de las pensiones en Hungría y Polonia; en Reforma de las pensiones en Europa central y oriental; ibidem; p. 29.

5.2.2 LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN EL TIEMPO Y SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

En ésta parte, citaremos algunas legislaciones referidas, de manera específica, a la vigencia de la norma en el tiempo, según los criterios de cada una de ellas. En especial, está vinculada a la aplicación teoría de los derechos adquiridos, a nivel internacional.

5.2.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969)

Fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Si bien, no se trata de una legislación nacional específica, es importante citarla como elemento de dirección de otras normas de carácter nacional.

En el Protocolo Adicional de San Salvador, suscrito en El Salvador el 17 de noviembre de 1988, se incluyó, en el artículo 9º dentro de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el derecho de toda persona a la Seguridad Social “para llevar una vida digna y decorosa”.

El concepto de “derecho humano” tiene relación con el tratamiento de la persona por parte del Estado. El poder del Estado –uno de sus elementos- debe usarse no para dejar de lado determinados derechos inherentes a la persona humana sino, por el contrario, para reforzarlos o garantizarlos a fin de hacer viable su vida dentro de una sociedad. Toda persona tiene derechos fundamentales –inherentes a ella- que ni siquiera necesitan ser reconocidos por el Estado, son derechos universales y que tienen como base la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como indica el preámbulo de ésta Convención Americana “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional... “.

El artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos indica:

“1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Y en cuanto a la vigencia de la norma en el tiempo y su respeto, establece:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;”

Es una norma genérica y en torno a la garantía de interpretación de las normas nacionales. Se trata del reconocimiento de derechos sin limitar el goce o ejercicio de un derecho. Esto significa, en términos generales, que algunas limitaciones como aplicaciones de dispositivos con el carácter de retroactivos pueden limitar el goce de esos derechos, en materia pensionaria.

Como se sabe, si bien no tienen efectividad directa sí deben tenerse en cuenta para la formulación e interpretación de las normas nacionales.

En nuestra Constitución de 1979 se consideraba la Seguridad Social como un Capítulo del Título de los Derechos Fundamentales mientras que en la Constitución de 1993 pasó a ser un Capítulo aparte de los Derechos Fundamentales. Está incluido dentro de los Derechos Sociales y Económicos, aún cuando los especialistas señalan que ello no impide que sea considerado un derecho fundamental.

Si bien no está considerado textualmente como un derecho fundamental su innegable relación con aspectos como la dignidad humana eleva, desde ya, su categoría, a ello.

El Tribunal Constitucional Peruano ha considerado la Seguridad Social como un derecho fundamental social:

“9. Aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. La *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo.”¹³⁴

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 011-2002-AI/TC del 10 de junio de 2002.

5.2.2 ESPAÑA

Es importante recordar que España es uno de los países con mayor tradición en los regímenes públicos de pensiones. Pese a las constantes modificaciones que se vienen dando en materia de pensiones, en el mundo, el régimen español de Seguridad Social se mantiene en sus características generales: tendiente a la universalidad, sin fines de lucro, administración tripartita, entre otras.

Tal como se ha observado anteriormente, la Constitución Española todavía mantiene la preponderancia de los sistemas públicos y determina el respeto por los derechos fundamentales, específicamente, en lo que se refiere al contenido esencial de tales derechos. Más aún, este respeto al concepto del contenido esencial es incluido también en la Constitución Europea.

Y, respecto de la retroactividad en materia de pensiones, téngase en cuenta la Ley 9/2005, de 6 de junio de 2005, que modifica la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994:

“Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria octava de la presente Ley.”¹³⁵

Se trata de una disposición para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social.

A través de ella, se puede observar el respeto a los derechos que pudieran haberse adquirido en un régimen anterior al reformado por haber cumplido los requisitos anteriormente. Es decir, como dijéramos en un capítulo anterior, se respeta los derechos adquiridos, entendiéndose por éstos el cumplimiento de los requisitos. Le agrega el

¹³⁵ Ley 9/2005, Boletín Oficial del Estado, BOE, www.boe.es/boe.

hecho que no tenga otra pensión en el Sistema de Seguridad Social. Conservan su derecho por haber cumplido los requisitos.

En la exposición de motivos se puede notar con mayor claridad el objetivo eminentemente social de la norma dictada:

“Sin embargo, no es menos cierto que, las pensiones del SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y que, tal como vienen afirmando diversos informes, desde mediados de los años noventa se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres.

Por todo ello, y, en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI. Su carácter residual y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas.”

Se trata de “avanzar” en su sistema de seguridad social y de flexibilizar las incompatibilidades del Seguro Social de Vejez con las pensiones de viudedad en otros regímenes.

Pero, además, es importante observar la aplicación a situaciones anteriores, en tanto favorecen al asegurado:

“Lo previsto en el último párrafo de la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de esta Ley, será también de aplicación a las situaciones de concurrencia entre las pensiones de viudedad y las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, **que se pudiesen haber generado antes de la entrada en vigor de la presente Ley.**”
(El resaltado es nuestro)

Esto significa, de un lado, el reconocimiento y respeto a los derechos que pudiesen haber adquirido en un régimen anterior e, igualmente, la aplicación y respeto a hechos que pudiesen haberse generado antes de esa norma.

5.2.3 COLOMBIA

La Constitución Colombiana de 1991 (reformada en algunos aspectos) consigna:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.”

El texto específico sobre los derechos adquiridos fue una modificación constitucional ocurrida en Colombia en el año 2004 aprobada en segunda vuelta en la Cámara de representantes del proyecto de acto legislativo número 034-127 acumulados del 2004 y por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política:

“Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional y respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos ordenados en la ley, por ningún motivo podrá suprimirse el pago, congelarse ni reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas de conformidad con la ley.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.”

Como se puede apreciar, el texto constitucional se enmarca dentro de la corriente del reconocimiento pleno de la teoría de los derechos adquiridos.

Igualmente, artículo 11 de la Ley 100 que reformó el sistema colombiano señala:

“ARTICULO 11.- Campo de Aplicación.

El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan

cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

Y, finalmente, se ha encontrado una ley de 2004 referida al régimen de pensiones del personal de la Fuerza Pública.

LEY 923 DE 2004 (diciembre 30). REGIMEN DE PENSIONES Y ASIGNACION DE RETIRO DEL PERSONAL LA FUERZA PUBLICA

Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional... de los miembros de la Fuerza Pública, (se) tendrá en cuenta ... los siguientes objetivos y criterios:

“2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.”¹³⁶

Como se puede apreciar, todas las normas glosadas se refieren de manera específica y textual a la conservación y respeto de los derechos adquiridos.

Las normas son claras y no requieren mayores comentarios. El traslado de un sistema a otro conservará y respetará los derechos adquiridos. Están destinadas a reformar sistemas pero respetando los derechos adquiridos de quienes se encuentran en ellos o pasen a nuevos.

Aún cuando se añade que las leyes “que se expidan con posterioridad” deben garantizar el “equilibrio económico financiero” de las leyes, obsérvese el rol social del Estado cuando indica que “garantizará” y “respetará” los derechos adquiridos. En muchos países de la región, el rol del Estado, en materia de Seguridad Social, ha sido mediatizado a raíz de la promulgación de las leyes de reforma en el entendido que

¹³⁶ Publicada en el diario Oficial de Colombia N° 45.777 el 30 diciembre de 2004, www.secretariassenado.gov.co

deben desenvolverse en función al libre mercado, no obstante, en este país, se mantiene la responsabilidad social del Estado para con la Seguridad Social.

Paralelamente, se refiere al aseguramiento de la “sostenibilidad” de los regímenes.

Es decir, trata de compatibilizar el aspecto social y el aspecto económico del ámbito pensionario en ese país.

Es una norma constitucional similar al texto original de la Primera Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución de 1993, que luego fuera modificada.

5.2.4 MÉXICO

Un caso también claro es el de México que también ha reformado su sistema de pensiones.

En las disposiciones transitorias que se incluyeron al final de la norma de reforma se estableció el respeto a los derechos adquiridos, sea en su forma de vigencia de normas ya derogadas o sea en la forma de opción para los trabajadores que estuvieran incluidos en esas situaciones o contingencias.

“TERCERO. Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como sus beneficiarios, al momento de cumplirse, en términos de la Ley que se deroga, los supuestos legales o el siniestro respectivo para el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento.

CUARTO. Para el caso de los trabajadores que hayan cotizado en términos de la Ley del Seguro Social que se deroga, y que llegaren a pensionarse durante la vigencia de la presente Ley, el Instituto Mexicano del Seguro Social, estará obligado, a solicitud de cada trabajador, a calcular estimativamente el importe de su pensión para cada uno de los regímenes, a efecto de que éste pueda decidir lo que a sus intereses convenga.”¹³⁷

Y la Disposición Quinta es mucho más clara respecto de los derechos adquiridos:

¹³⁷ Ley publicada el 21 de diciembre de 1995, última reforma publicada DOF el 11 de agosto de 2006, www.leyco.org/mex/fed. El 31 de marzo de 2007, el diario oficial publicó la nueva ley del Instituto Seguridad Social Trabajadores del Estado, similar a nuestra 20530, y ha generado un debate en torno a varios de sus artículos.

“QUINTO.- Los derechos adquiridos por quienes se encuentran en período de conservación de los mismos, no serán afectados por la entrada en vigor de esta Ley y sus titulares accederán a las pensiones que les correspondan conforme a la Ley que se deroga. Tanto a ellos como a los demás asegurados inscritos, les será aplicable el tiempo de espera de ciento cincuenta semanas cotizadas, para efectos del seguro de invalidez y vida.”

Se puede observar con claridad la normatividad de las contingencias que se producen en pleno cambio o reforma. Se trata de disposiciones específicas sobre derechos y aplicación de la norma en el tiempo, haciendo prevalecer la teoría de los derechos adquiridos y evitando perjudicar a sus titulares.

5.2.5 COSTA RICA

Como se ha indicado anteriormente, la Constitución Política de este país ha incluido el artículo 34:

“ARTÍCULO 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.”

Se refiere, obviamente, a la vigencia de las normas en el tiempo y a su principio general de irretroactividad. Pero, le agrega el hecho de que no deben afectar los derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas.

Es decir, la Constitución se adhiere definitivamente a la teoría de los derechos adquiridos y la irretroactividad irrestricta de la norma, a fin de no causar “perjuicio” a quienes lo hayan obtenido.

Más adelante, en el artículo 129: “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.”

En ambos casos se refieren a la vigencia de la norma en el tiempo y a la adscripción a la teoría de los derechos adquiridos, en lugar de la teoría de los hechos cumplidos.

La reforma de los sistemas de pensiones, en 1995, establece la modificación del requisito del número de cotizaciones para jubilarse, en el régimen público, de 240 a 300 mensuales. También se ha modificado la forma de calcular la pensión, concretamente, en cuanto al salario de referencia que ya no es el promedio de los 48 mejores meses en los últimos 60 sino de los últimos 240 meses.

La reforma inicial se dio en 1995 con la Ley N° 7523 (vigente desde el 18 de agosto de 1995), pero posteriormente se promulgó la llamada Ley de Protección al trabajador, Ley 7983 (vigente desde el 16 de febrero de 2000), que señala en su artículo 1:

“ARTÍCULO 1.- **Objeto de la ley.** La presente ley es de orden público e interés social y tiene por objeto:

- a) Crear y establecer el marco para regular los fondos de capitalización laboral propiedad de los trabajadores.
- b) Universalizar las pensiones para las personas de la tercera edad en condición de pobreza.
- c) Establecer los mecanismos para ampliar la cobertura y fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) como principal sistema de solidaridad en la protección de los trabajadores.
- d) Autorizar, regular y establecer el marco para supervisar el funcionamiento de los regímenes de pensiones complementarias, públicos y privados, que brinden protección para los casos de invalidez, vejez y muerte.
- e) Establecer los mecanismos de supervisión para los entes participantes en la recaudación y administración de los diferentes programas de pensiones que constituyen el Sistema Nacional de Pensiones.
- f) Establecer un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con el fin de que estos (*sic*) reciban la pensión conforme a los derechos adquiridos por ellos.”

En el año 2004 la Asamblea Legislativa de Costa Rica desechó un proyecto de ley presentado para crear el Instituto Nacional de Pensiones y adscribirla a la Caja Costarricense de Seguro Social.¹³⁸ En el Informe o Dictamen en mayoría del 22 de setiembre de 2004 se puede leer una parte de la respuesta de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo de ese país:

“1. **Sobre el tema del derecho a la pensión**, citan la jurisprudencia constitucional en la que se ha establecido que son dos los elementos principales que deben privar y estos son; por una parte el reunir las condiciones de hecho, y por otra, el ingreso efectivo al régimen, esto es lo que se llama “derecho de opción” y no puede ser violentado por una ley posterior, por lo que señalan que existe un evidente roce constitucional por violación al artículo 34 de la Constitución Política **al desconocer los derechos adquiridos**. También, se genera otro roce constitucional al incluir los pagos de montos de pensión de regimenes ya otorgados, debido a que se unifica el perfil de beneficios y los

¹³⁸ Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. www.asamblea.racsa.co.cr

derechos ya adquiridos. Finalmente el proyecto sólo contempla el cierre de la Dirección Nacional de Pensiones y no se aclara que sucederá con las demás organizaciones que administran en este momento los regímenes de pensiones.”¹³⁹

(El resaltado es nuestro)

Al margen de la propuesta en sí, es importante detenerse a observar la cita textual respecto de los derechos adquiridos y, en el caso específico, sobre la opción que podrían tener los futuros afiliados y la posible violación a los derechos adquiridos, según la Dirección de Pensiones.

5.2.6 ARGENTINA

Como se ha indicado anteriormente, en el año 2008 el gobierno dispuso que el sistema de pensiones vuelva a ser de carácter público y creó un Sistema Integrado de Pensiones, mediante la ley N° 26.425 del 4 de diciembre de 2008.

Este sistema eliminó el régimen de capitalización individual y lo sustituyó por el régimen de reparto.

Su artículo 2° puede considerarse de respeto a la teoría de los derechos adquiridos en esta materia:

“ARTICULO 2° — El Estado nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley.”

Evidentemente, uno de los riesgos del cambio que se produce en los sistemas de pensiones en todos los países es lo que pudiera suceder con los derechos anteriormente adquiridos, sea en el mismo régimen o en uno nuevo, como es el caso de Argentina. El texto precedente señala la garantía del Estado en la percepción de “iguales o mejores prestaciones”.

El rol social del Estado establecido en este artículo no podría dejarse de lado más aún cuando se trata de fondos y derechos de trabajadores. El debate entre los sistemas público o privado es permanente, pero no por ello, el Estado tiene que abstraerse de su rol, sea como supervisor o como protagonista como es el que ha sucedido en Argentina.

El Sistema privado (incluido dentro del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, SIJP), en el presente caso, ha dejado de tener vigencia y sus afiliados han sido incorporados al Sistema público. Las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), sociedades anónimas supervisadas por el Estado, y su sistema de

¹³⁹ Asamblea Legislativa, www.asamblea.go.cr/proyecto/15300/15315

capitalización individual han dejado de funcionar. Las características de estos sistemas difieren uno del otro, de tal manera que es necesario dejar establecidas las reglas del cambio, incluyendo las que corresponden a los derechos de un afiliado respecto de sus aportes o de una eventual pensión, en el futuro.

Algo parecido sucedió en nuestro país en que el traslado de un sistema público a otro privado generó la necesidad de crear un bono de reconocimiento que respete los años de aportaciones del asegurado. Ese Bono significaba, precisamente, el reconocimiento de los años aportados al sistema público que luego servirían como un factor de cálculo para una posible pensión en el sistema privado.

6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

6.1 HIPÓTESIS GENERAL

El Decreto Ley N° 25967 –que modificó las normas del Decreto Ley N° 19990- se aplicó retroactivamente. Dicha aplicación afectó sustancialmente los derechos de un determinado sector de asegurados que solicitaron su pensión de jubilación.

6.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó específicamente el derecho a obtener pensión de jubilación, a la forma de cálculo y a los montos máximos a que tenían derecho los potenciales pensionistas.

Esta situación generó reclamos a nivel administrativo y, posteriormente, todo un conjunto de acciones de amparo que culminaron ante el Tribunal Constitucional el cual las declaró fundados en unos casos e infundados, en otros. Con ello, el Tribunal Constitucional consideró que el mencionado Decreto se había aplicado retroactivamente y, en muchos casos, había afectado derechos aún cuando en otros casos, los menos, consideró que no habían tenido esa aplicación.

Las resoluciones administrativas se basaron en la teoría de los hechos cumplidos mientras que las sentencias del Tribunal Constitucional en la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos.

Finalmente, se promulgó la Resolución Suprema N° 392-2001-EF que facultó al Jefe de la Oficina de Normalización Previsional, ONP, a desistirse, allanarse o convenir, en estos casos judiciales y la Ley N° 27561 para dar por finalizado el problema de casos pendientes y determinar la correcta aplicación del Decreto Ley N° 25967.

Para estos casos, se ha tenido en consideración el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que han resuelto, a favor o en contra, los reclamos de los asegurados y pensionistas. La discusión fue centrándose en la aplicación de las normas en materia de Seguridad Social y, como se explicó, en la afectación a quienes obtenían o estaban por obtener el beneficio que reclamaban ante la Oficina de Normalización Previsional, ONP, ente que tiene a su cargo la administración del más importante de los regímenes de pensiones en el país y que unificó los anteriores regímenes del ex Seguro Social Obrero y ex Seguro Social del Empleado.

Como se ha indicado el beneficio comprende normas, principalmente, sobre el derecho y el cálculo del mismo.

7. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

VER ANEXO

8. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA.

8.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

El problema está planteado en la siguiente interrogante:

¿La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones en sus derechos y cálculos de la pensión de jubilación?

En el reconocimiento de la pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones existen dos aspectos fundamentales:

- a. El derecho; y,
- b. El cálculo

El derecho referido al cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, es decir, actualmente, la edad (65 años) y el número de años de aportaciones (20 años, como mínimo).

El Decreto Ley N° 25967 del 7 de diciembre de 1992 señaló un mínimo de 20 años completos de aportaciones para jubilarse. No modificó la edad, sólo el mínimo de aportaciones, la edad fue elevada posteriormente, por Ley 26504. De esa manera, hoy, los requisitos para obtener el derecho a una pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones son:

EDAD	: 65 años, sean hombres o mujeres.
APORTACIONES	: 20 años, como mínimo, sean hombres o mujeres.

Para el cálculo se parte de un elemento esencial, como es la remuneración de referencia y, luego, aplicando una tabla en función de los años de aportaciones y a los incrementos familiares.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Ver Capítulo III La jubilación en los sistemas de pensiones, ítem 3.1

En esta parte se citan sentencias y opiniones –algunas de ellas ya comentadas anteriormente- en torno a diferentes aspectos doctrinarios del presente trabajo.

8.2 APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA

“DOCTRINA. Enseñanza para instruir/ sabiduría, ciencia, conocimiento./ Opinión de uno o más autores en una materia o acerca de un punto./ Teoría sustentada por varios tratadistas respecto de importantes cuestiones de Derecho, algunas de las cuales, inserta en las voces siguientes, han adquirido difusión amplísima en Derecho Internacional.”

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Buenos Aires, 1981, p. 301.

8.2.1 DOCTRINAS QUE COINCIDEN CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

8.2.1.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esta institución recoge muchas de las ideas para generar una doctrina, es decir, lo que debería ser, el ideal. Reseñamos algunas sentencias que enriquecen la doctrina en torno a los derechos adquiridos y a la aplicación social de las normas en esta materia. La más importante, a nuestro criterio, es el fallo respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley N° 25967.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional considera que, por encima de las legislaciones específicas, la teoría de los derechos adquiridos deben ser respetados. Se trata de un resumen de lo expuesto por el Tribunal en ésta y en otras sentencias que luego serían modificadas en virtud de la reforma constitucional que estableció la vigencia textual de la teoría de los hechos cumplidos.

Argumenta que la norma ha sido convalidada por el Congreso Constituyente Democrático pero, en lo que respecta a la improcedencia de las acciones de amparo – texto incluido en el referido Decreto Ley:

“7.- Si bien la acción de amparo no procede en contra de leyes, por mandato expreso de la propia norma fundamental, la doctrina reconoce que sí se puede interponer contra actos que en aplicación de una norma legal, vulneren un derecho susceptible de amparo constitucional; en este caso, estamos frente a un caso de control de la aplicación de la norma, extremo que pretende ser prohibido expresamente por el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967...”¹⁴¹

Y en cuanto a los derechos adquiridos establece claramente:

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de abril de 1997, fundamento 7.

“Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, **quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior**, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente...”¹⁴²

Agrega que ello no es desconocer la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, ya que se trata de una situación de ultra actividad.

Y de manera sumamente clara determina lo que sería el ideal para la vigencia de una norma de Seguridad Social:

“12.- El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, porque de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.”¹⁴³

Estas ideas recogen lo que debería ser la vigencia de las normas, sobre todo, en materia de Seguridad Social, es decir, la irretroactividad y el respeto a los derechos adquiridos, en tanto éstos son beneficiosos para los asegurados.

Finalmente, alude a la Primera Disposición Final y Complementaria de la Constitución Política:

“15.- Este Tribunal, considera, de acuerdo a lo expresado en el fundamento 10), que los derechos adquiridos por los pensionistas de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, deben y tienen necesariamente que ser respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, quien así lo ha establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. En este extremo, el derecho adquirido de los pensionistas a una pensión nivelada, también debe ser respetado, por cuanto los regímenes previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, así como sus normas modificatorias y complementarias son

¹⁴² Sentencia citada, fundamento 10

¹⁴³ Sentencia citada, fundamento 12.

protegidas por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Constitución vigente.”¹⁴⁴

Como se recuerda, la Primera Disposición Final y Complementaria de la Constitución Política, señalaba la protección de los derechos pensionarios frente a las reformas que pudieran presentarse en los regímenes vigentes. En sentencias posteriores –antes de la reforma constitucional- le máximo organismo reiterará este criterio.

Asimismo, en cuanto a esta Disposición, el Tribunal dice también en su texto íntegro:

“10.- La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, consagra a nivel constitucional, el respeto de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, de los jubilados y cesantes de los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, entendiéndose por tales derechos, a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.”¹⁴⁵

El aporte del Tribunal Constitucional a la Seguridad Social y, en general, en materia previsional, es abundante. Existen muchas otras sentencias sobre la Seguridad Social como derecho fundamental, sobre el contenido esencial, el rol del Estado, sobre Libre Desafiliación, sobre el Sistema Nacional de Pensiones, sobre jurisprudencia y efecto vinculante en materia previsional, sobre el Seguro de Accidentes de Trabajo (hoy Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo), sobre el Decreto Ley 20530, etc.

¹⁴⁴ Sentencia citada, fundamento 15

¹⁴⁵ Sentencia citada, fundamento 10.

8.2.1.2 MANUEL ALONSO GARCÍA

Manuel Alonso García es un tratadista español especialista en Derecho Laboral. En su libro Curso de Derecho del Trabajo trata de la Jerarquía y límites de aplicación de normas laborales.

García considera que las disposiciones legales, en términos generales, deben aplicarse a situaciones a partir de su vigencia. Aún así, opina que deben existir excepciones al principio de irretroactividad de las normas.

Añade que las normas pueden ser retroactivas cuando, en materia interpretativa y, por razones de seguridad jurídica, se deben respetar las anteriores pese a tener sentido distinto:

Es decir, las normas interpretativas “... que han de considerarse vigentes desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada, aun cuando a veces, y por razones de seguridad jurídica... se dictan sólo para los efectos producidos a partir de las mismas, respetando los anteriores a ellas, que fueron considerados por la práctica como de sentido distinto, con lo que desaparece la mencionada retroactividad.”

Más adelante, agrega que las disposiciones, por aplicación del principio de las normas más favorables pueden también ser retroactivas, esto es, cuando se crean mayores beneficios para el trabajador a situaciones jurídicas pre existentes reguladas por norma posterior

GARCÍA, Manuel Alonso “Curso de Derecho del Trabajo”, Quinta edición, Editorial Ariel, Barcelona, octubre 1995. p. 296.

8.2.2 DOCTRINAS QUE SON CONSIDERADAS PARCIALMENTE DE ACUERDO CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

8.2.2.1 LA REGULACIÓN PENSIONARIA

Javier Neves Mujica también analiza la vigencia de las normas laborales en el tiempo. Indica que es propio que todo Estado de Derecho establezca la irretroactividad de ellas y que, excepcionalmente, se acepte la retroactividad.

Su opinión es que las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 proclaman esta posición y aceptan las excepciones.

Tal como indicáramos anteriormente, analiza ambas teorías –de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos-, pero considera importante establecer como línea precedente cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. E indica que “La pregunta central es si al entrar en vigencia la nueva norma... afectará o no las relaciones y situaciones existentes.”

En cuanto al tema pensionario considera que la teoría imperante puede ser la de los derechos adquiridos, o en todo caso, una teoría mixta: “... En materia pensionaria, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevee, en vigor una aplicación mixta: si la antigua regulación es mejor, la sucesión se regirá por la teoría de los derechos adquiridos; pero si la nueva es mejor se regirá por la de los hechos cumplidos.”¹⁴⁶

No obstante, hace la salvedad que podrían ser modificados de aprobarse alguna norma que dejara sin efecto, las disposiciones específicas de la mencionada Carta Magna, como así sucedió. La modificación constitucional de la Ley N° 28389 se dictó a fines de 2004 y dejó sin efecto la teoría de los derechos adquiridos.

8.2.2.2 CON POSTERIORIDAD A LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional transformó lo establecido anteriormente y el criterio mismo del Tribunal Constitucional.

Paradójicamente nos puede servir como un ejemplo de doctrina, diferente al que está de acuerdo con la ideal vigencia de una norma. Como lo señala Javier Neves Mujica, el cambio constitucional que se produce a partir de 2004, no permite nuevas interpretaciones respecto de la teoría de los derechos adquiridos. Simplemente ya no caben interpretaciones en uno u otro sentido.

En efecto, así lo establece el Tribunal Constitucional:

“... es pertinente recordar que, antes de la modificación constitucional ... este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la obligación de respetar los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990...”¹⁴⁷

¹⁴⁶ NEVES... “Introducción al Derecho Laboral”, ob. cit. pp. 93 y siguientes.

¹⁴⁷ Sentencia del 30 de noviembre de 2004, expediente 1294-2004-AA/TC, fundamento 13.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional alude también al concepto de “contenido esencial” del derecho y que constituye el núcleo mínimo e indispensable sin el cual el derecho no sería reconocible.

Este aspecto del contenido esencial generaría posteriormente un debate en torno a los conceptos denominados complementarios como pensión mínima y máxima, entre otros. Algunos autores consideran que, además, de no reconocer los derechos adquiridos en materia de pensiones, éstas deben tener un contenido mínimo y no necesariamente un amplitud de conceptos, como bonificaciones, aumentos, pensión, mínima, topes, etc.

Considera también en cuanto a los hechos cumplidos que:

“La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.”¹⁴⁸

Y agrega en lo que se refiere al contenido esencial de la pensión:

“La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del *test* de razonabilidad que justifiquen determinadas restricciones del contenido esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una meritución sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado *supra*.”¹⁴⁹

Por ello se generó el nuevo debate en torno al contenido esencial, en cuanto puede significar también un recorte o “restricciones” en las pensiones.

Antes se aplicaba y respetaba la teoría de los derechos adquiridos. Al modificarse la Constitución, ya no cabe esta interpretación.

¹⁴⁸ Sentencia sobre la reforma constitucional, del 3 de junio de 2005, fundamento 121, La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de las leyes en el tiempo.

¹⁴⁹ Sentencia citada, fundamento 121.

8.2.3 OPINIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

8.2.3.1 EL CRITERIO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Algo similar sucede con la Defensoría del Pueblo. Si bien, no es una doctrina en el sentido de algo inamovible, en sí, sino de una opinión que tiende a ello, es importante tenerla en cuenta.

La Defensoría del Pueblo se manifestó en favor de aplicar la teoría de los hechos cumplidos a partir de una modificación constitucional:

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

En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas o desproporcionadas que desnaturalicen el derecho de los pensionistas. De producirse transgresiones de esa naturaleza, los organismos jurisdiccionales tendrían que restituir los derechos vulnerados.”¹⁵⁰

En éste Informe señala que la aplicación de nuevas normas en el Sistema Nacional de Pensiones fue “neutralizada” o “mediatizadas” en el Decreto Ley 20530 por las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional que actuó correctamente en base a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política

Opinando a favor de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política y la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, afirma que:

”De esta manera, los cambios propuestos podrían aplicarse, incluso a las pensiones que han sido reconocidas judicialmente, toda vez que ellas deberían

¹⁵⁰ Informe de la Defensoría del Pueblo N° 85 “La situación de los sistemas públicos de pensiones...” , abril de 2004, Conclusiones 3. P. 28. Sugiere, además, una reforma integral de los sistemas públicos de pensiones.

ajustarse al marco legal vigente; **no pudiendo, en este escenario, invocar la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos.** Lo expresado exige una reflexión profunda acerca de la necesidad de modificar o suprimir la Primera Disposición Complementaria y Final de la Constitución vigente que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, a fin de hacer viable con efectos generales las modificaciones propuestas.”¹⁵¹

La Defensoría considera, incluso, que de producirse una reforma en los sistemas públicos de pensiones (como así se produjo), éstas nuevas normas “... deberán ser aplicadas aplicados en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial.”

Con ello, complementa su opinión favorable a la vigencia de las normas en base a la teoría de los hechos cumplidos.

Como se ha señalado anteriormente, la Defensoría del Pueblo plantea un nuevo sistema complementario de dos pilares con la participación de ambos sistemas, público y privado.¹⁵²

8.2.4 PROPUESTA DE APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA

Si bien, la aplicación de algunas de las teorías (hechos cumplidos o derechos adquiridos), en el campo de las pensiones, puede resultar perjudicial o beneficiosa, es importante adoptar una norma clara al respecto.

En el presente caso, teniendo en cuenta el perjuicio de la aplicación retroactiva de una norma de carácter social, debe establecerse con mayor claridad la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en las normas generales y específicas.

A nuestro criterio, la teoría de los derechos adquiridos debe ser aplicable –como norma general- en la medida en que no perjudique los derechos de los asegurados y pensionistas. Para ello, debe tenerse en cuenta, como lo hemos indicado anteriormente, el aspecto de la protección social.

Este derecho adquirido debe considerarse a partir de la fecha de la contingencia, es decir, el cumplimiento de los requisitos para acceder a un derecho.

¹⁵¹ Informe de la Defensoría del Pueblo N° 83, p. 16.

¹⁵² Informe Defensorial N° 99 El Futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado, Lima, noviembre de 2005.

En algunas oportunidades se consideró que la contingencia debería ser considerada como la fecha en que el trabajador o asegurado cesaba en su labor remunerada o en sus aportes al Sistema Nacional de Pensiones. En otras -muy pocas, es cierto- cuando se presentaba la solicitud. No obstante, considero que la contingencia se produce cuando el trabajador o **asegurado cumple con los** requisitos para obtener el derecho a pensión de jubilación (edad y aportaciones) y cesa en el trabajo o deja de aportar al Sistema Nacional de Pensiones.

La Oficina de Normalización Previsional, ONP, estuvo aplicando un criterio –en nuestra opinión, errado- mediante el cual todos los requisitos debían cumplirse en la fecha del cese laboral, lo cual generaba situaciones injustas de –incluso- pérdidas de derechos. Finalmente, la ONP emitió la Resolución Jefatural N° 123-2001-JEFATURA/ONP mediante la cual se estableció, en efecto, que la “contingencia” o la fecha en que se adquiere el derecho a la pensión se produce cuando el asegurado haya cumplido con los requisitos y cesa en el trabajo remunerado o cuando deje de percibir ingresos asegurables. Únicamente, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la solicitud cuando se trate de asegurados facultativos independientes o de continuación facultativa.

Se aclara, como debió ser siempre, que si cesa antes de cumplir los requisitos, la contingencia se produce cuando los cumple.

Finalmente, y a modo de abundar sobre el tema, se añade la comunicación y posición del jurista Javier Valle Riestra en torno a este debate. En carta del 16 de setiembre de 2004 dirigida a la COORDINADORA NACIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS PENSIONARIOS –CONADEPEN, considera que “... la Constitución no puede ser reforzada para restringir Derechos Humanos. Y son Derechos Humanos los concernientes al anciano en situación de abandono; a la protección de la familia (Art. 4°); a que las personas incapacitadas para velar por si mismas tienen un régimen de atención, readaptación y seguridad (Art. 7°); al derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social (Art. 10°); al acceso a las prestaciones de salud (Art. 11°). etc.”

Más adelante agrega que “...Los derechos adquiridos por los pensionistas están consagrados en la Disposición Final Primera de la Magna Ley de 1993 y en la Octava Cláusula Transitoria de la Constitución de 1979. Ese tipo de disposiciones se considera inmodificable porque han agotado sus efectos. Es decir, que ya ni siquiera están dentro del texto escrito de la Constitución, porque se interpreta que es un mandato ya cumplido, insusceptible de modificación.”

Con ello, confirma su posición en torno a la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, específicamente. Y se refiere, finalmente, al Pacto de San José, afirmando

que "... lo concerniente a los Derechos Humanos está consagrado en el Pacto de San José, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ratificados, reitero, constituyentemente (y no legislativamente) por la Cláusula VIII Transitoria de la Constitución de 1979. La naturaleza de los Derechos Humanos da a sus conquistas un carácter progresivo y de irreversibilidad.... ". Es decir, considera las pensiones dentro de los derechos humanos y fundamentales.

8.2.5 FORMULACIÓN DE PREMISAS DOCTRINARIAS, A PARTIR DEL APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA.

a. Formulación de una norma de carácter social.

Es indudable que, al tratarse de un ámbito referido a la protección social, las disposiciones legales que las rigen deben tener ese carácter. La Seguridad Social es un ámbito que debe estar dirigido, fundamentalmente, a la protección y al bienestar social, sin dejar de lado, como se viene afirmando en páginas anteriores, la importancia del aspecto económico financiero.

No obstante, en los últimos tiempos, la promulgación e –incluso– interpretación de normas en el ámbito de la Seguridad Social o de la Previsión Social tiene como objetivo primordial el carácter económico financiero. Se prioriza el equilibrio económico financiero del sistema cuando debería buscarse el equilibrio entre ambos conceptos.

b. Debe tratarse de normas dirigidas a regular situaciones de carácter excepcional.

El reconocimiento de pensiones debe ser considerado como una situación excepcional. No es la regulación de relaciones interpersonales generales, como lo podría hacer el Código Civil, sino de situaciones excepcionales dirigidas a proteger a un asegurado que ha aportado a un régimen de pensiones y del cual espera una contraprestación.

En los últimos tiempos la Seguridad Social ha sido considerada con autonomía respecto de otras áreas del Derecho –incluso del Derecho del Trabajo–, precisamente por su peculiaridad en cuanto a su ámbito protector. Siendo así, sus normas también deben continuar ese carácter.

c. La teoría de los derechos adquiridos debe ser aplicada a situaciones que no deben ser perjudiciales a los asegurados o trabajadores, sobre todo, por las entidades que tiene a su cargo la administración de regímenes de pensiones.

Como indica el Tribunal Constitucional en sus sentencias anteriores a la reforma constitucional: el derecho adquirido es intocable por leyes posteriores, mientras que la expectativa tiene que someterse y adaptarse a la nueva legislación.

Lamentablemente, con los hechos, ha quedado demostrado que las normas de Seguridad Social deben ser lo suficientemente explícitas como para ser aplicadas por el ente administrador, pues se corre el riesgo de ser aplicada erróneamente y perjudicar a los posibles beneficiarios.

- d. Un aspecto adicional. Debe quedar definida la relación entre el concepto de derechos adquiridos, de contingencia y del cumplimiento de los requisitos.

Esto es particularmente importante a los efectos de determinar la norma aplicable y de respetar los derechos adquiridos. La fecha de la contingencia, es decir, el cumplimiento de los requisitos, determinará si la norma aplicable tiene el carácter de retroactiva, o no. Y, a partir de ello, se determinará también la aplicación, o no, de la teoría de los derechos adquiridos.

Pero también puede tratarse del cumplimiento de los requisitos y de la obtención del derecho a la pensión sin que se haya dejado de laborar, con lo cual se convierte en un derecho expectante. A este derecho también sería aplicable la teoría de los derechos adquiridos, si fuera el caso.

8.3 APORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO

“TEORÍA. Conocimiento meramente especulativo sobre una rama del saber o acerca de una actividad./ Conjunto de leyes o principios que determinan un orden de efectos o fenómenos./Posición doctrinal para explicar un problema jurídico o defender alguna solución del mismo.”

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, Buenos Aires, 1981, p. 38.

La investigación –que inicialmente, se basó sólo en una aplicación retroactiva de la norma- fue inclinándose a la discusión sobre la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos o de la de los derechos adquiridos.

Insistimos en la definición de Guillermo Cabanellas:

“DERECHO ADQUIRIDO. El que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona; tal la propiedad ganada por usucapión, una vez transcurrido el tiempo y concurriendo los demás requisitos sobre intención, título y buena fe. Frente al anterior de índole *real* hay *derechos adquiridos* que pertenecen a los meramente *personales* como la cualidad de cónyuge, la condición de hijo, la nacionalidad (sea por suelo o sangre).”

Más adelante, agrega que “El *derecho adquirido*, el creado al amparo de una legislación, choca con el *nuevo derecho* cuando éste introduce una disposición legal posterior que suprime o modifica la precedente situación jurídica. En principio, y por efecto de la irretroactividad de las leyes, salvo expresa indicación en contra, o en forma absoluta, con exclusión de tal posibilidad, los *derechos adquiridos* son respetados por la nueva ley.”

8.3.1 COINCIDENCIAS CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

8.3.1.1 LA RETROACTIVIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL

En esta parte, debemos volver a citar a Francisco De Ferrari, tratadista especialista en Derecho Laboral, quien se refiere al tema de la aplicación de las normas laborales en el tiempo.

Su interrogante sobre las decisiones del Consejo de Trabajo en Uruguay nos llevan a la interpretación de la norma agregándole el componente social pues –dice- la retroactividad también “... interesa fundamentalmente desde el punto de vista social.”¹⁵³. En tal sentido, las situaciones que rodean la interpretación pueden beneficiar o perjudicar a los trabajadores y es necesario tener presente este factor.

Este razonamiento debe hacer pensar a los legisladores e intérpretes de las normas que su aplicación en el tiempo no debe ser fría sino relacionándolas con el aspecto social. En

¹⁵³ DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, 2da. Edición actualizada, 4 tomos, I tomo, pp. 340

tal sentido, las normas de carácter social deben tender, precisamente, a los beneficios sociales que pueden atribuirse a los trabajadores.

Tal como citáramos anteriormente, De Ferrari señala: “Existe, pues, una razón vinculada a las necesidades económicas del hombre y al orden social que obliga a considerar la situación ...”

Evidentemente, esta interpretación de la aplicación de las normas laborales en el tiempo resulta también aplicable a las normas de Seguridad Social a los efectos de no afectar derechos adquiridos.

8.3.1.2 EL PELIGRO DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

También se ha citado anteriormente la opinión del doctor Enrique Bernal Ballesteros, de la Comisión Andina de Juristas, quien en el artículo “La pretendida constitucionalización de los hechos cumplidos” indica que, en su criterio, incluir en la Constitución Política la teoría de los hechos cumplidos en lugar de los derechos adquiridos, “... añade una rigidez innecesaria...” y que ello resultaría “perniciosa” para determinados aspectos como los derechos fundamentales. Las interpretaciones forzadas –añade- son de inspiración neoliberal y están ligadas a derechos fundamentales.

Su posición es, evidentemente en contra de la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos en materia de pensiones, en tanto “... es peligroso para [la vigencia de] los derechos fundamentales... [y no se debe] trasladar a ella la regulación de la ley civil en el tiempo. Su aplicación indeterminada por razón de intereses ideológicos puede generar serios y graves conflictos sociales ... carece de validez el argumento (de que) los hechos cumplidos solo son pertinentes para aplicarlos a la Reforma del Régimen Pensionario...”

Recuerda, además, que la Constitución Política de 1993 optó por “un prudente criterio de flexibilidad en torno a la aplicación de los derechos adquiridos o hechos cumplidos” y que la vigencia de la teoría de los hechos cumplidos pretendía acabar con esa prudencia si es que se aprobaba la reforma constitucional que entonces se debatía. Finalmente, después de un arduo debate público, la reforma sería aprobada.

8.3.2 TEORÍAS QUE COINCIDEN PARCIALMENTE O LAS DEFINEN

8.3.2.1 LA SITUACIÓN JURÍDICA ABSTRACTA

En el presente caso, el autor –Julián Bonnecase- nos refiere una situación mediante la cual no necesariamente se trata de violar el principio de irretroactividad de la ley. El artículo fue redactado en plena reforma de la Seguridad Social Mexicana.

Precisamente, en torno a la reforma de la seguridad social mexicana, Francisco Javier Aguilar García comentó “¿Qué se requiere para establecer un nuevo sistema de pensiones? Una amplia y fuerte idea de reconstruir un país, que tenga como objetivo el progreso social, con plena soberanía e independencia. Se requiere una alta tasa de crecimiento económico (6 o 7 por ciento), que sea capaz de crear empleos formales en los sectores público y privado, elevar los salarios reales, promover planes concretos para la industria, el comercio y los servicios, disminuir el empleo informal y los flujos migratorios hacia Estados Unidos.”

Esto significó que una modificación de los sistemas de seguridad social requieren también que se encuentre acorde con la situación económica del país, sobre todo, en la medida en que ello esté ligado a una mejor situación laboral.

Y, por su parte, indica Julián “Bonnecase: "situación jurídica abstracta“, (es) aquella (en) que se puede afectar por la ley nueva sin violarse el principio de la no retroactividad, no siendo el caso de la "situación jurídica concreta", que confiere ... las ventajas o las obligaciones inherentes al funcionamiento de una institución jurídica (de) una ley anterior y que no puede ser afectada por la nueva ley.”¹⁵⁴

Es decir, indica que se trata de algo especial o indeciso, en el sentido que podría aplicarse una nueva norma pero sin violarse la irretroactividad de la misma.

8.3.2.2 DEFINICIÓN DE LA TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

Ubicamos en este contexto, al análisis académico del doctor Aníbal Torres Vásquez que –como hemos reseñado- realiza sobre ambas teorías.

¹⁵⁴ En REFORMAS AL SISTEMA ... “Protección de los derechos adquiridos y expectativas de derecho en el régimen pensionario de la nueva ley de Seguro Social, Dr. Javier Moctezuma, 24.06.97.

Describe la retroactividad como la situación mediante la cual “... la nueva ley se aplica no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentra en proceso de desarrollo ...”

Se puede considerar que se trata de una teoría que coincide parcialmente por cuanto, en este texto, analiza en términos generales las teorías de interpretación de la aplicación de las normas en el tiempo. Lo hace de una excelente manera académica y en función al objetivo de una enseñanza universitaria.

8.3.3 TEORÍAS QUE ESTÁN DE ACUERDO CON LOS HECHOS CUMPLIDOS

8.3.3.1 TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS, SEGÚN NICOLÁS COVIELLO

México inició su proceso de reforma pensionaria hace aproximadamente unos 5 años. A raíz de ello se produjo un debate entre los especialistas incluyendo los comentarios sobre los derechos adquiridos y hechos cumplidos.

En la mayoría de los países en que se ha producido una reforma sustancial, uno de los temas ha sido el de los derechos adquiridos en cuanto se trata de pasar de una situación a otra. Se trata de determinar en qué situación quedarán los afiliados del sistema si se modifican las “reglas de juego”.

Para explicar la teoría de los hechos cumplidos, Javier Moctezuma Barragán citó al jurista italiano Nicolás Coviello quien indica que lo importante es determinar previamente si los hechos se produjeron antes o después de la vigencia de una norma. A partir de ello, se debe aplicar –opina- a los hechos cumplidos sin necesidad que exista retroactividad.

Textualmente Moctezuma señala: “Lo que interesa ... no es averiguar si un derecho ha sido adquirido, sino saber si un hecho ha sido realizado durante la vigencia de la ley anterior. Nicolás Coviello sostiene que hay retroactividad cuando una ley nueva suprime o altera los efectos ya producidos de un hecho anterior. La ley se aplica sin que exista

retroactividad a todos los efectos derivados de hechos anteriores a su vigencia, pero que tienen lugar después de que esta ley entró en vigor.”¹⁵⁵

En este sentido, la explicación brindada por el autor nos lleva a determinar su opinión a favor de los hechos cumplidos.

8.3.3.2 A FAVOR DE LA TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

Finalmente, como se han indicado en páginas anteriores, debemos citar a Fernando García Granara y César Gonzáles Hunt, quienes, igualmente, han emitido su opinión al respecto.

Su posición es a favor de la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, sobre todo, en el caso específico de nuestra reforma constitucional, en tanto, las reformas en materia de seguridad social deben presente los probables perjuicios para los sistemas en los años futuros, si es que no se realizara tal reforma. En su artículo consideran que resulta “absolutamente lógico” que si se producen cambios demográficos y ellos alteran el financiamiento del sistema, el Estado debe tomar las medidas de reforma que sean necesarias.

Al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de reforma, opinan que “Las nuevas reglas se aplican a favor de quienes sean nuevos pensionistas y de los actuales, de tal forma que son de aplicación general y sin excepciones...”

Resaltan el hecho que, según la sentencia que analizan, los derechos fundamentales no son absolutos por lo que el legislador puede modificar el contenido de los mismos y, sobre todo, el problema económico que venían generando las obligaciones previsionales y la preocupación del Estado por solucionarlo, “lo que origina un desplazamiento de las prioridades que el Estado debe ejecutar en beneficio de la ciudadanía en general”.¹⁵⁶

Consideran, por último, que la sentencia ha determinado que algunos componentes como los reajustes y nivelaciones así como los topes pensionarios no son parte del contenido esencial del derecho a la pensión.

¹⁵⁵ En REFORMAS ... artículo citado anteriormente, Dr. Javier Moctezuma Barragán, 24.06.97

¹⁵⁶ GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLES HUNT, César, “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión”, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 82, Gaceta Jurídica, julio 2005, año 11, pag. 19 y siguientes.

8.4 APORTE DE LA TESIS

A modo de **conclusiones preliminares**, es necesario precisar algunos conceptos.

1. En el transcurso del trabajo, se ha confirmado que las resoluciones administrativas se basaron en la aplicación retroactiva del Decreto Ley 25967 y en la teoría de los hechos cumplidos (aplicación a las “solicitudes en trámite”), pese a que se trataba de asegurados que habían cumplidos los requisitos (contingencia) antes de su vigencia.

Esta aplicación significó un retraso en el trámite y solución definitiva de las solicitudes presentadas y perjuicio en el reconocimiento y pago de pensiones pues los afectados tenían que acudir a la vía judicial, una vez terminada la vía administrativa. Finalmente, el Tribunal reconoció las pensiones y la entidad administradora tuvo que cumplir con dicho reconocimiento y el pago de devengados.

Originalmente, el procedimiento administrativo para el reconocimiento de una pensión contemplaba tres recursos impugnativos: reconsideración, apelación y revisión. Culminado el segundo de ellos, se agotaba la vía administrativa. No obstante, el recurso de revisión se podía interponer aún cuando la resolución hubiere quedado consentida, es decir, podían interponerse aún cuando hubieren vencido los plazos de 15 días o con posterioridad al recurso de apelación. Posteriormente, fue derogado el artículo 77° del reglamento del Decreto Ley N° 19990 que lo sustentaba.

2. En tal sentido, y tal como se ha comprobado, el Tribunal Constitucional, en su momento y al declarar fundadas las acciones de amparo, corrigió el sustento de dichas resoluciones, aplicando más bien la teoría de los derechos adquiridos.

El Tribunal ha conceptualizado los derechos adquiridos, sobre todo, en materia pensionaria, como “aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”.

La aplicación de la ley en el tiempo genera dos teorías: de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos. En la teoría de los derechos adquiridos,

la irretroactividad es continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad significa que tales derechos se rigen por la nueva norma.

Al respecto y refiriéndonos a la legislación `propiamente dicha, es conveniente recordar –como lo hemos efectuado en el análisis del Decreto Ley N° 25967- la vigencia de las normas y del propio Decreto Ley N° 19990 que, en sus Disposiciones Transitorias Segunda y Cuarta establecían la vigencia de las normas anteriores y recientes.

3. Si bien, la Constitución de 1993 no establecía un respaldo textual a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, salvo la Primera Disposición Final y Transitoria, tampoco lo hacía respecto de los hechos cumplidos. Ello permitía la interpretación del Tribunal Constitucional. La reforma constitucional –17 noviembre 2004- ha variado el criterio del Tribunal y de algunos autores, sobre todo de aquellos quienes describen ambas teorías en la aplicación de los derechos pensionarios.
4. Ha quedado establecido que los actos administrativos, sobre todo, los que resuelven las peticiones en materia de Seguridad Social, deben emitirse con el debido respaldo constitucional o con la adecuada interpretación doctrinaria, pues se arriesga el derecho previsional o social de la persona.

Es preciso anotar, como un aspecto complementario –pero, igualmente importante-, que, lamentablemente, pese a las constantes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en favor de los asegurados y aplicando la teoría de los derechos adquiridos, se continuó emitiendo resoluciones administrativas con el sustento de la teoría de los hechos cumplidos. Recién con la promulgación de la ley que lo corrigió formalmente, se produjo la corrección en el ámbito administrativo.

5. Es conveniente precisar también que la norma materia de la presente investigación fue corregida, formalmente, mediante otra ley, y la teoría de los derechos adquiridos, contenidos en la Constitución de 1993, sustituida por la teoría de los hechos cumplidos, a través de la reforma constitucional de 2004, respecto del artículo 103.
6. La reforma del sistema público de pensiones y la creación del privado, instaurado a partir de los noventa, coincidió con la promulgación,

interpretación y aplicación de determinadas normas, sobre todo, en materia laboral y de seguridad social.

Los sistemas públicos de pensiones fueron criticados y se consideró que los privados contribuirían a acrecentar el ahorro, las inversiones y, con ello, se generaría un crecimiento económico.¹⁵⁷

En tal sentido, es evidente que principios como la solidaridad social hayan disminuido; no obstante, los riesgos y la previsión continúan incólumes. Los objetivos de una verdadera protección de carácter social como política de Estado, se mantienen.¹⁵⁸

La reforma del sistema público de pensiones y la creación del sistema privado, instaurado a partir de los noventa, trajo consigo la promulgación, interpretación y aplicación de nuevas normas, sobre todo, en materia laboral y de seguridad social.

Los sistemas públicos de pensiones fueron criticados y se consideró que los privados contribuirían a acrecentar el ahorro, las inversiones y, con ello, se generaría un crecimiento económico.¹⁵⁹

7. Formulación de una norma de carácter social.

Es indudable que, al tratarse de un ámbito referido a la protección social, las disposiciones legales que las rigen deben tener ese carácter. La Seguridad Social es un ámbito que debe estar dirigido, fundamentalmente, a la protección y al bienestar social, sin dejar de lado, obviamente, el aspecto económico financiero, esto es, la forma de llevarlo a cabo, su financiamiento, en cuanto es sumamente importante para su permanencia en el tiempo.

8. Debe tratarse de normas dirigidas a regular situaciones de carácter excepcional.

¹⁵⁷ Sobre el Informe del Banco Mundial Envejecimiento sin crisis, Políticas de protección de los ancianos y la promoción del crecimiento, ver artículo de respuesta de Beattie, Roger y McGillivray, Warren Una estrategia riesgosa: reflexiones acerca del Informe del Banco Mundial titulado Envejecimiento sin crisis, en Revista Internacional de Seguridad Social, Asociación Internacional de Seguridad Social, AISS, volumen 48 3-4/95.

¹⁵⁸ Al respecto, ver artículo de LAZAR Harvey y STOYKO, Peter, El futuro del Estado de Bienestar, en Revista Internacional de Seguridad Social, Vol. 51, Asociación Internacional de Seguridad Social, AISS, 3/98.

¹⁵⁹ Sobre el Informe del Banco Mundial Envejecimiento sin crisis, Políticas de protección de los ancianos y la promoción del crecimiento, ver artículo de respuesta de Beattie, Roger y McGillivray, Warren Una estrategia riesgosa: reflexiones acerca del Informe del Banco Mundial titulado Envejecimiento sin crisis, en Revista Internacional de Seguridad Social, Asociación Internacional de Seguridad Social, AISS, volumen 48 3-4/95.

El reconocimiento de pensiones debe ser considerado como una situación excepcional. No es la regulación de relaciones interpersonales generales, como lo podría hacer el Código Civil, sino de situaciones excepcionales dirigidas a proteger a un asegurado que ha aportado a un régimen de pensiones y del cual espera una contraprestación de carácter social.

9. La teoría de los derechos adquiridos debe ser aplicada a situaciones que no deben ser perjudiciales a los asegurados o trabajadores, sobre todo, por las entidades que tiene a su cargo la administración de regímenes de pensiones.

Es necesario precisar que la intangibilidad de los derechos adquiridos se basa en la formalidad de dicho derecho, en la diferencia entre lo que es mera expectativa y lo que es un derecho adquirido. Es prácticamente un derecho formalmente constituido mientras que la expectativa es la situación en la que es necesario esperar el cumplimiento algunas condiciones y formalidades.

8.5 IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE SOBRE EL PROBLEMA

A continuación pasamos revista cronológicamente a las disposiciones legales que tienen vinculación con la investigación realizada.

- a. Decreto Ley N° 19990.

Creó el Sistema Nacional de Pensiones.

- b. Decreto Ley N° 25967.

Promulgada el 7 de diciembre de 1992 y publicada el 19 de diciembre del mismo año. Este Decreto Ley modificó determinadas disposiciones específicas del Decreto Ley N° 19990:

- i. Los años de aportaciones para jubilarse. Ya no serían en función a los regímenes especial o general. El mínimo de años para jubilarse es de 20 años, sean hombres o mujeres.
- ii. Estableció un nuevo tope para los montos de las pensiones. El nuevo fue fijado en 600 nuevos soles.
- iii. Modificó la forma de cálculo de las pensiones de jubilación. La remuneración de referencia ahora es en base a 36, 48 o 60 meses de aportaciones, según los años de aportaciones que acredite el asegurado.

Su Primera Disposición Transitoria dispuso que era aplicable a las solicitudes en trámite.

c. Ley 27561.

Promulgada el 24 de noviembre de 2001, por el Congreso de la República.

Modificó el Decreto Ley N° 25967 en el sentido de establecer –reiterando en sus tres artículos- que se a las contingencias ocurridas hasta el 18 de diciembre de 1992, corresponde aplicar las disposiciones legales contenidas en el Decreto Ley 19990 y no el recién dictado –en ese momento- Decreto Ley N° 25967.

“Artículo 1.- Plazo para expedición de pensión de jubilación

La Oficina de Normalización Previsional, de oficio, resuelve las solicitudes de pensión de jubilación presentadas hasta el 19 de diciembre de 1992, en el plazo no mayor de 60 (sesenta) días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, a las que aplica lo dispuesto en el Decreto Ley N° 19990.

Artículo 2.- Revisión de oficio de pensiones de jubilación

La Oficina de Normalización Previsional revisa de oficio los expedientes de jubilación a los que correspondía la aplicación del Decreto Ley N° 19990 y se les aplicó la fórmula de cálculo establecida en el Decreto Ley N° 25967.

Artículo 3.- Inclusión de trabajadores en el procedimiento del Decreto Ley N° 19990

Los trabajadores que al 18 de diciembre de 1992, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 19990, tienen derecho a

d. Ley 28389.

Modificó la Constitución Política 1993.

Ley de reforma constitucional, promulgada el 16 de noviembre de 2004, luego de arduos debates en el Congreso de la República. La norma estuvo directamente dirigida a modificar la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en los regímenes de pensiones y, específicamente, en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530.

Esta ley dispuso:

- a. La modificación del artículo 11 de la Constitución Política de 1993.
- b. La modificación del artículo 103 de la Constitución Política de 1993.
- c. La modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

Con la primera de las modificaciones se determina que una ley establece la entidad que administra los regímenes públicos de pensiones. Esta decisión está a cargo del Gobierno Central o “Nacional” como le denomina la norma y con la finalidad de diferenciarla de los Gobiernos Regionales o Locales. En la actualidad se refiere, indudablemente, a la ONP.

La modificación del artículo 103 de la Constitución está referida a la vigencia de las normas en el tiempo. Al indicar que la vigencia de dicha normas “se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...”

La norma constitucional original no contiene éste párrafo de tal manera que con ello, nuestra Carta Magna asume la línea de la teoría de los hechos cumplidos por la vigencia de las leyes en el tiempo. Esta disposición generó opiniones a favor y en contra. Como quiera que la reforma estaba dirigida a modificar los derechos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 hubo mayoría a favor de la disposición. No obstante, quienes estaban en contra de la inclusión textual de ésta teoría indicaron –como así fue- que la aplicación no sólo comprendía a los regímenes pensionarios sino a toda la interpretación de la legislación nacional.

8.6 IDENTIFICACIÓN DE ALGUNAS NORMAS JURÍDICAS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA QUE TIENEN RELACIÓN CON EL APORTE A LA TEORÍA Y DOCTRINA JURÍDICAS

Por lo general, cuando se dicta una norma que modifica sustancialmente otra anterior y puede afectar derechos se establece la forma de adecuarla a las nuevas situaciones.

En el propio Decreto Ley N° 19990 se establecieron disposiciones legales específicas para las nuevas y anteriores situaciones. Las Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias así lo señalan:

“SEGUNDA.- Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado así como los pensionistas de invalidez del régimen de la Ley N° 8433 quedarán integrados, a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto Ley.

CUARTA.- Las prestaciones que acuerda el presente Decreto Ley se otorgarán por contingencias ocurridas a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés.

Las prestaciones por contingencias ocurridas con anterioridad al primero de mayo de mil novecientos setentitrés, se otorgarán de conformidad con las disposiciones vigentes al momento en que se produjeron, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 72º en los casos en que a dicha fecha no hubiera resolución consentida o ejecutoriada relativa a las prestaciones correspondientes.”

Además de ello, hemos encontrado algunas de legislaciones extranjeras que también pueden servir de ejemplo al señalamiento de las pautas a seguir y, por supuesto, dentro del respeto a los derechos adquiridos.

8.6.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969)

No se trata de una legislación nacional específica, pero es importante citarla como elemento de dirección de otras normas de carácter nacional.

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;”

Reconoce el derecho sin limitar su goce o ejercicio. Esto significa, en términos generales, que algunas limitaciones como aplicaciones de dispositivos con el carácter de retroactivos pueden limitar el goce de esos derechos, en materia pensionaria.

La aplicación de normas basadas en los hechos cumplidos que puedan afectar derechos estaría dentro de éstas norma de interpretación señalada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8.6.2 ESPAÑA

Citamos nuevamente la Ley 9/2005, de 6 de junio modifica la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994:

“Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez ... conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros... siempre que ... no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad... “

Norma que compatibiliza las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social.

Se trasluce el respeto a los derechos que pudieran haberse adquirido en un régimen anterior al reformado debido al cumplimiento de los requisitos anteriormente solicitados. Es decir, como dijéramos en un capítulo anterior, se equipara los derechos adquiridos con el cumplimiento de los requisitos.

En otra parte de la misma norma se ratifica el criterio:

“Lo previsto en el último párrafo de la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de esta Ley, será también de aplicación a las situaciones de concurrencia entre las pensiones de viudedad y las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, **que se pudiesen haber generado antes de la entrada en vigor de la presente Ley.**”

8.6.3 COLOMBIA

Ley referida al régimen de pensiones del personal de la Fuerza Pública:

LEY 923 DE 2004 (diciembre 30). REGIMEN DE PENSIONES Y ASIGNACION DE RETIRO DEL PERSONAL LA FUERZA PUBLICA

Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional... de los miembros de la Fuerza Pública, (se) tendrá en cuenta ... los siguientes objetivos y criterios:

“2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos

conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.“

Es importante reseñar también la modificación constitucional ocurrida en Colombia en el año 2004, anteriormente citada. Es un texto aprobado en la Cámara de representantes del proyecto de acto legislativo número 034-127 acumulados del 2004 y que significa un agregado al artículo 48 de la Constitución Política:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional y respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos ordenados en la ley, por ningún motivo podrá suprimirse el pago, congelarse ni reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas de conformidad con la ley.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.”

Ambas normas están destinadas a reformar sistemas pero respetando los derechos adquiridos de quienes se encuentren en ellos o pasen a nuevos.

Téngase en cuenta el rol preponderante del Estado cuando indica que “garantizará” y “respetará” los derechos adquiridos. Como se ha observado en muchos países en muchos países de la región, el rol del Estado, en materia de Seguridad Social, ha sido mediatizado a raíz de la promulgación de las leyes de creación de los sistemas privados por cuanto deben desenvolverse en función al libre mercado.

8.6.4 MÉXICO

En la Ley de reforma de la Seguridad Social, publicada el 21 de diciembre de 1995, se incluyeron éstas disposiciones transitorias:

“**TERCERO.** Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como sus beneficiarios, al momento de cumplirse, en términos de la Ley que se deroga, los supuestos legales o el siniestro respectivo para el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al

beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento.

CUARTO. Para el caso de los trabajadores que hayan cotizado en términos de la Ley del Seguro Social que se deroga, y que llegaren a pensionarse durante la vigencia de la presente Ley, el Instituto Mexicano del Seguro Social, estará obligado, a solicitud de cada trabajador, a calcular estimativamente el importe de su pensión para cada uno de los regímenes, a efecto de que éste pueda decidir lo que a sus intereses convenga.”

Pero, la Disposición Quinta es mucho más clara respecto de los derechos adquiridos:

“**QUINTO.-** Los derechos adquiridos por quienes se encuentran en período de conservación de los mismos, no serán afectados por la entrada en vigor de esta Ley y sus titulares accederán a las pensiones que les correspondan conforme a la Ley que se deroga. Tanto a ellos como a los demás asegurados inscritos, les será aplicable el tiempo de espera de ciento cincuenta semanas cotizadas, para efectos del seguro de invalidez y vida.”¹⁶⁰

8.7 APORTE A LA JURISPRUDENCIA

Se citan, a continuación, algunas sentencias y fundamentos, relacionados con el tema de la aplicación del Decreto Ley N° 25967 y los aspectos doctrinarios derivados de su aplicación. En su mayoría, han sido comentadas en capítulos anteriores.

8.7.1 EXPEDIENTE N° 007-96-I/TC (ACUMULADO)

LIMA

23 de abril de 1997

“10.- La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, consagra a nivel constitucional, el respeto de los derechos legalmente obtenidos en materia

¹⁶⁰ www.leyco.org/mex/fed

pensionaria, de los jubilados y cesantes de los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, entendiéndose por tales derechos, a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.”

“12.- El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, porque de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.”

8.7.2 SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DEL 3 DE JUNIO DE 2005

“54. La seguridad social como garantía institucional

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad

y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.

En otras palabras, como ha expresado este Tribunal en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC,

“(…) la seguridad social (…) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad”.

Esta ineludible vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio aplicable al contexto constitucional peruano, *mutatis mutandis*, ha señalado en el fundamento 3 de la Sentencia 37/1994, que la seguridad social es una garantía institucional

“(…) cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

En consecuencia, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.”

“107. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, y en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- el derecho a una pensión mínima vital.

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.”

“121. La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de leyes en el tiempo

La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.

La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del *test* de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una meritación sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado *supra*.”

“92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia

Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de

“(…) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (…) Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”.

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el *test* de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el *fundamento 114*.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.”

8.7.3 EXPEDIENTE N° 1294-2004-AA/TC, LAMBAYEQUE

ANDRÉS JUSTINIANO LLAMOGTANTA CHÁVEZ

“13. A la luz de las conclusiones precedentes, es pertinente recordar que, antes de la modificación constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la obligación de respetar los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N.º 19990.

14. De igual forma ha precisado que, para la obtención del derecho a percibir pensión, se debe aplicar la legislación vigente a la fecha en que el asegurado reúna los requisitos para acceder a dicha pensión, independientemente del momento en que se solicite u otorgue, y que las normas conexas y complementarias que regulan instituciones vinculadas, tales como la pensión mínima, pensión máxima, etc., deben aplicarse durante su período de vigencia.”

8.7.4 EXPEDIENTE N° 1417-2005-AA/TC, LIMA

MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

8 de julio de 2005

Derecho fundamental a una pensión.

Precedente vinculante.

“§4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11º) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.

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

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte, el derecho a la pensión

"adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir,

“aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

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

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

d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

“no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado”. (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

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

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son

susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente.”

También es conveniente revisar la parte correspondiente a los conceptos de jurisprudencia y precedente vinculante que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en extenso y que se comenta en la parte I, del Marco Teórico del presente trabajo.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1 CONCLUSIONES GENERALES

9.1.1 SOBRE LA RELACIÓN EMPLEO-SEGURIDAD SOCIAL

Temas relativos al Derecho del Trabajo y al Derecho de la Seguridad Social tiene relación directa con la realidad, y la realidad nos muestra un conjunto de reformas dentro de un determinado marco político y social.

El aspecto político ha ido paralelo al económico. La gran mayoría de los debates –véase los casos del Perú, Argentina y España- han tenido un alto contenido político o ideológico.

Las modificaciones en el ámbito del empleo –positivas o negativas- inciden en la Seguridad Social, sea en la cobertura, sea en el cumplimiento de las condiciones para acceder a determinados beneficios, sea en el monto de esos beneficios. Específicamente, los períodos de empleo formal y remuneraciones.

En el Sistema Nacional de Pensiones porque, como se podido apreciar, el cálculo se basa en la denominada remuneración de referencia, es decir, en el promedio percibido por el trabajador en determinado número de meses anteriores a su cese laboral (actualmente, 36, 48 o 60 meses).

Si en estos periodos la remuneración (para los trabajadores) o ingreso (para los asegurados facultativos) es baja, producto de un sub empleo o empleo a tiempo parcial, la influencia seguirá siendo determinante puesto que el cálculo general de la pensión de jubilación se verá disminuida. Algo similar sucede con el auto empleo complementario (muchos empleados públicos, profesionales complementan su empleo principal con algunas otras actividades como las de taxista, por ejemplo). Este trabajo complementario, por ser independiente y no estar afecto obligatoriamente a la Seguridad Social, tampoco va a significar un aumento en sus ingresos formales y, por tanto, tampoco en su pensión de jubilación.

Mas importante aún, es en el Sistema Privado de Pensiones en el que, obviamente, las remuneraciones mayores favorecen un mayor ahorro y determina un mejor beneficio.

9.1.2 LA JUBILACIÓN

La jubilación es la prestación más importante en los sistemas de pensiones en nuestro país. Su derecho se obtiene al cumplimiento de dos requisitos: edad y aportaciones, en el Sistema Nacional de Pensiones; y, solamente edad, en el caso del Sistema Privado.

Dos aspectos fundamentales son el cumplimiento de tales requisitos y el cálculo para determinar su monto.

Las modificaciones suscitadas en el Sistema Nacional de Pensiones, a partir de los 90, estuvieron dirigidas a tratar de equilibrar su régimen económico financiero y a posibilitar el traslado de sus afiliados al Sistema Privado de Pensiones.

9.1.3 SOBRE LA AMPLIACIÓN DE COBERTURA

No hay duda que el mercado laboral de nuestros países influye en que un mayor número de asegurados puedan pertenecer a los sistemas de seguridad social. Nuestro modelo se basa en la protección limitada al trabajador con relación de dependencia de allí que resulta un contrasentido, para la ampliación de cobertura por ejemplo, que se dicten normas de flexibilidad laboral facilitando el despido, modalidades temporales de trabajo, intermediación laboral o condiciones remunerativas, cuando ello influye negativamente en la estabilidad económico financiera de los sistemas de seguridad social y, por supuesto, en la mayor cobertura.

Los esfuerzos de la ampliación de cobertura tienen sus obstáculos. El segmento del mercado laboral conformado por la informalidad o autoempleo no ha podido ser integrado a los sistemas de pensiones, efectivamente.

Uno de esos esfuerzos es la reciente ley de las MYPES y la regulación de los Contratos de Administración de Servicios (CAS), no sólo para formalizarse, sino también para obtener protección social –incluso- con la participación directa del Estado a través de sus aportes en el financiamiento del sistema.

Es necesario adoptar políticas legales, o de otra modalidad, que permitan la incorporación real de los trabajadores independientes, sea a través de los seguros facultativos (SNP) o de las afiliaciones voluntarias (SPP) incluyendo políticas de información realmente atractivas.

9.1.4 SOBRE LA INCIDENCIA DE LA REFORMA

En términos generales, de la aplicación de las reformas se puede observar:

1. La modificación de los sistemas de pensiones en el país se produjo dentro de un grupo de reformas que se dieron en diferentes países de América Latina.
2. La cobertura de la seguridad social continúa siendo limitada, en cuanto se vincula con la protección al trabajador con relación de dependencia.
3. La afectación de algunos de los principios fundamentales de la seguridad social.
4. Existe un costo de transición hacia el SPP, bajo la responsabilidad del Estado, en tanto debe cumplir con la obligación del pago de los Bonos de Reconocimiento, Bonos Complementarios y de un porcentaje del pago de las pensiones del Sistema Nacional de Pensiones.
5. Altas cuotas de administración, por parte de las entidades que intervienen en la administración de los programas de pensiones.
6. Relación entre economía y empleo así como empleo, desempleo, sub empleo y Seguridad Social.

En este marco, es importante generar en los trabajadores una mayor conciencia en el aporte o ahorro para una pensión, sea en el sistema público o en el privado, a través de políticas más atractivas de afiliación o aporte, e incluso de mejores condiciones de acceso a las prestaciones.

Además, es importante resaltar que el análisis y el conocimiento del derecho positivo y, específicamente, de una norma nos permite conocer y entender también la reforma de los sistemas de pensiones, en su conjunto.

Y, finalmente en éste nuevo marco, debe tenerse en cuenta el aspecto económico en la Seguridad Social y el, cada vez mayor, interés de los economistas en la materia, el mayor rol en su desenvolvimiento y el logro de mejores metas en la economía.

9.1.5 SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE UNA NORMA

La irretroactividad de una norma es garantía de un sistema jurídico en cualquier país. La vigencia de una disposición legal está marcada por un determinado límite que se presenta en su origen y que tiene un límite de terminación temporal. La derogación, salvo casos especiales, determina la culminación de su período de vigencia.

En nuestro caso, existe el principio constitucional de que ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. Su respeto es garantía de una adecuada interpretación y aplicación.

9.1.6 SOBRE LAS TEORÍAS DE DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

De la aplicación de la norma en el tiempo se derivan estas dos teorías. Si bien, la Constitución vigente de 1993 no se adhería a la primera de ellas, se le tenía en cuenta para su aplicación por el Tribunal Constitucional. La reforma de 2004 modificó sustancialmente ésta situación.

Es importante tener en consideración éstas teorías a los efectos de la interpretación de las normas de Seguridad Social pero, más aún, su relación con el aspecto social, tal como opinan diversos especialistas. En materia de Seguridad Social, es necesario tener en cuenta el beneficio o perjuicio para el asegurado, en la expedición y aplicación de una norma.

9.1.7 SOBRE LA APLICACIÓN DEL D.L. N° 25967

El Decreto Ley N° 25967 fue uno de los inicios de reforma más importantes que se produjo en el Sistema Nacional de Pensiones regido por el Decreto Ley N° 19990, a partir de la década del 90. Modificó, fundamentalmente, el requisito de los años de aportaciones para obtener el derecho a pensión de jubilación, la forma de cálculo de la pensión y estableció un monto fijo de pensión máxima. Complementariamente, se refirió a otros aspectos como su aplicación a solicitudes que estuvieren en trámite a la fecha de su vigencia y a la prohibición de interponer acciones de amparo contra sus disposiciones.

Lamentablemente, su aplicación, en muchos casos fue de carácter retroactivo, es decir, para situaciones o contingencias que se produjeron con anterioridad a su vigencia. Muchos asegurados que habían adquirido el derecho, precisamente, por haber cumplido

con los requisitos para jubilarse antes del Decreto Ley N° 25967, obtuvieron su derecho con montos menores, o les fue denegado, debido a dicha aplicación.

Después de agotar la vía administrativa, los afectados recurrieron a la vía judicial y la gran mayoría de los casos llegaron hasta las instancias del Tribunal Constitucional.

9.2 CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Las acciones de amparo, interpuestas contra la aplicación incorrecta del Decreto Ley N° 25967, y llegadas ante el Tribunal Constitucional, fueron declaradas procedentes –en su mayoría- aplicando la teoría de los derechos adquiridos. Las sentencias analizadas para el presente trabajo así lo demostraron. La promulgación de la Ley N° 27561 dispuso la revisión de oficio de los expedientes resueltos de esa manera y la aplicación del Decreto Ley N° 19990 en lugar del Decreto Ley N° 25967, para las contingencias ocurridas con anterioridad a la vigencia de ésta última.
2. De acuerdo a las sentencias analizadas, la aplicación afectó a los asegurados y pensionistas en dos ámbitos:
 - a. En el derecho que les correspondía percibir y que, precisamente, por la retroactividad aplicada, se les denegó su pensión de jubilación en la vía administrativa.
 - b. En cuanto a los montos que verdaderamente les correspondía. Se les reconoció el derecho pero el monto de su pensión fue menor que el que les correspondía.
3. El análisis de la vigencia de las normas en el tiempo es importante en el presente caso. En éste análisis nos hemos encontrado con la aplicación de una de las dos teorías: de los hechos cumplidos o de los derechos adquiridos, sea a nivel administrativo o judicial.

La investigación, iniciada a través de la observación de una norma y sus respaldos documentarios, fue derivando hacia la discusión en torno a la aplicación de una de estas dos teorías, en materia de Seguridad Social y, específicamente, de pensiones.

Los resultados de la investigación empírica ha confirmado la correcta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en lugar de los hechos cumplidos. Más aún, ha planteado la posibilidad de tener en cuenta la aplicación de una norma en el tiempo, basada en su contenido social.

4. Por el lado de los asegurados, objetivo central de los sistemas de pensiones, una incorrecta aplicación de la norma, les generará demora y gasto en las acciones judiciales, que se podrían evitar.
5. Es conveniente establecer con claridad las normas en materia de Seguridad Social a fin de que los entes administrativos no tengan reparos ni dudas en su aplicación, dejando éstas sólo para los casos muy especiales.
6. Importante es recordar que la Constitución Política vigente establece la garantía de acceder a las prestaciones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. En este sentido, el rol del Estado, precisamente, es el de lograr las mejores formas de protección social a través de estas entidades, según lo elija el trabajador.
7. El rol social del Estado, finalmente, es un aspecto que no debe dejarse de lado. El Estado, en este y en otros casos, tiene un rol preponderante en cuanto debe seguir velando por el logro de la protección social, en especial y del bienestar general de la sociedad.
8. Se ha observado que el Estado no ha participado en su oportunidad –sea con la debida interpretación o con la promulgación de leyes- ante una situación de vigencia de normas en el tiempo.

En la medida en que el Estado esté presente, en cumplimiento de su rol, en materia de Seguridad Social, se garantizará el sistema jurídico y la sociedad tendrá más confianza en él.

9.3 RECOMENDACIONES

1. De todo lo revisado fluye una primera recomendación, en el sentido de dictar normas de mayor jerarquía a las administrativas con la suficiente claridad y que no permitan interpretaciones internas, contrarias a la doctrina o interpretación constitucional.

De la legislación específica, la investigación nos ha ido conduciendo a la legislación constitucional en donde nos encontramos también, en mayor detalle, con normas como la reforma constitucional de 2004.

2. En la gestación, interpretación y aplicación de las normas legales debe tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho, de lo contrario puede generar la interposición de acciones judiciales (la “judicialización” de los casos pensionarios), con la consiguiente mala imagen para la administración. Estas acciones, al ser declaradas fundadas generarán derechos y pago de devengados.
3. El Estado debe reasumir su rol más directo y participativo, no sólo en el ámbito de la administración de los regímenes públicos sino, sobre todo, en la creación de leyes de Seguridad Social con la suficiente claridad y sentido social. En este aspecto es necesario encaminar las acciones de Seguridad Social hacia el objetivo primordial que es la protección social y, en términos más generales, contribuir al bienestar general de la población.
4. Se propone, finalmente, la modificación de las normas más importantes en cuanto a los derechos en materia pensionaria, concretamente, en cuanto a los derechos de pensión de jubilación en los regímenes públicos de pensiones.

a. MODIFICACIÓN DE LA LEY 28389

En tal sentido, la modificación debe tener por objetivo brindar la importancia debida a la teoría de los derechos adquiridos al ámbito pensionario, igualmente, en cuanto le favorezca al asegurado.

La propuesta está dirigida a modificar el artículo 3° de la ley 28389 a fin de que el beneficiario no pierda derechos respecto de normas que se dicten y a reconocer los derechos adquiridos, teniendo en cuenta el carácter social de la norma:

PROYECTO

Modifícase el texto del segundo párrafo del artículo 3° de la Ley N° 28389, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

“Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios, en cuanto le favorezcan, y sin que éstas modificaciones afecten los derechos legalmente adquiridos.”

Con ello se podría contemporizar la vigencia de una norma en materia de Seguridad Social teniendo en cuenta las teorías de la aplicación de la norma jurídica en el tiempo y en tanto no afecten sus derechos, pues el sentido social de esa disposición debe primar en la formación y aplicación de la misma. Se ha incluido, en términos generales los regímenes de pensionarios, pues con ello sería aplicable a todos los regímenes públicos o privados.

Se ha optado proponer la modificación de la ley de reforma constitucional en el entendido que la Disposición Final ha sido modificada, precisamente por esta norma.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACION INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ... Estudios de la Seguridad Social.
No. 71 – 1992, Ginebra – Buenos Aires.
- BANCO MUNDIAL ... Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento.
Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo; Banco Mundial, Washington, D.C.; Primera edición, octubre de 1994.
- BERNAL, Noelia; MUÑOZ, Ángel; PEREA, Hugo; TEJADA, Johanna; y TUESTA, David... Una mirada al sistema peruano de pensiones, diagnóstico y propuestas. Grupo editorial Norma. Lima, marzo 2008.
- BERTRANOU, Fabio M. ... Protección Social y Mercado Laboral.
Oficina Internacional del Trabajo; Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Luis ... Tratado de Política Laboral y Social.
Tercera edición; Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina, 1982 3 tomos.
- CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores) ... Estudios al precedente constitucional. Palestra Primera edición, febrero de 2007.
- .CRABTREE, John y THOMAS, Jim ... El Perú de Fujimori: 1990-1998 .
Universidad del Pacífico, Centro de Investigación e Instituto de Estudios Peruanos; Lima 2000.
- CARRANZA, Mario Esteban ... Fuerzas Armadas y Estado de Excepción en América Latina.
Siglo Veintiuno editores, Premio Ensayo Siglo XXI; primera edición 1978, México.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis ... El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial, Editorial Palestra, Primera edición setiembre de 2008.

- DE FERRARI, Francisco ... Derecho del Trabajo.
Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, 2da. Edición actualizada,
reimpresión. 4 tomos.
- DE FERRARI, Francisco ... Los principios de la Seguridad Social.
Segunda edición, actualizada; Ediciones Desalma, Buenos Aires; 1972.
- EDITORIAL JUAN MEJIA BACA ... Historia del Perú.

Varios autores; Tercera edición, noviembre de 1981; Editorial Juan
Mejía Baca; Lima; 12 tomos.
- ENSIGNIA, Jaime y DIAZ Rolando, Coordinadores ... La Seguridad Social en
América Latina: ¿Reforma o liquidación?.
Fundación Friedrich Ebert, Nueva Sociedad; Primera edición: 1997;
Caracas, Venezuela.
- ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE... Compendio de Derecho Individual del
Trabajo.
Jorge Castillo Guzmán y Raquel Díaz Quintanilla. Lima, edición 2004.
- FAJARDO, Martín ... Derecho de la Seguridad Social.
Lima, 1975.

Tendencias de la Seguridad Social Contemporánea.
Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, 1996, U.N.M.S.M.
Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Fco. Javier ... Las prestaciones de la Seguridad Social. Teoría
y práctica.
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004.
- GARCIA, Manuel Alonso ... Curso de Derecho del Trabajo.
Quinta edición; Editorial Ariel, Barcelona, octubre de 1975.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo ... Las Constituciones del Perú.
Con la colaboración de Walter Gutiérrez Camacho. Edición Oficial,
Ministerio de Justicia. Primera edición, julio 1993.

- GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLES HUNT, César... Seguridad Social, derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión. En Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica N° 82, julio 2005, año 11.
- GARCÍA TOMA, Víctor ... Los derechos Fundamentales en el Perú. Jurista editores, Primera edición, abril 2008
- IGUÍÑEZ ECHEVERRIA, Javier ... Economía y Derechos Sociales.
Ensayos; Instituto Bartolomé de las Casas; Centro de Estudios y Publicaciones; Lima, abril 2004.
- INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL ... Legislación de Seguridad Social en el Perú.
Lima s/f.
- INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL ... Sistema Nacional de Pensiones, Regímenes Especiales, Legislación y Jurisprudencia; Gerencia de Pensiones y Otras Prestaciones Económicas; Lima 1980.
- LANDA ARROYO, César ... Los precedentes constitucionales, en Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y doctrina, Año III, N° 5, enero – junio, Lima 2007
- LORA EDUARDO ... El estado de las reformas del Estado en América Latina.
Prólogo de Francis Fukuyama, Banco Interamericano de Desarrollo, publicación conjunta del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Mayol Ediciones, Primera Edición en castellano, 2007.
- MINISTERIO DE JUSTICIA ... Compendio de Legislación Constitucional.
Segunda edición oficial; Editora Perú; 2001. Ministerio de Justicia, Dirección de Asuntos Jurídicos.
- MORON, Eduardo y CARRANZA Eliana ... Diez Años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, retos y reformas. 1993-2003
Universidad del Pacífico, Centro de Investigación. 1ª edición: diciembre de 2003.
- NUGENT, Ricardo ... Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de San Martín de Porres, Fondo Editorial. Edición N° 1,
Lima 2006.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO ... El Sistema de Pensiones en Chile en
el contexto mundial y de América Latina: Evaluación y desafíos.

Ponencias del Seminario Internacional, Santiago, 22 y 23 de abril de
2004; Santiago, 2004.

La seguridad social en la perspectiva del año 2000.

Primera edición 1984, Ginebra.

Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma.

Alejandro Bonilla García, Alfredo H. Conte-Grand, compiladores.

Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Tercera edición 2001.

Seguridad Social: Un nuevo consenso.

Primera edición 2002; Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.

Edición 2002.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO ... Reforma de las pensiones
en europa central y oriental.

Oficina Sub Regional para Europa Central y Oriental Budapest;

Budapest, 2005..

PAREJA PAZ SOLDAN, José ... Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de
1979.

Apreciación y comentarios. Lima, Perú, 1981.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge ... Derecho de la Seguridad Social. Ed. Tarpuy, Lima
1992.

Derecho de la Seguridad Social. Cuarta Edición. Editora Jurídica Grijley.
Lima, 2008

ROGGERO VILLENA, Mario ... Escoja usted.

Primera edición junio de 1992, Lima.

ROMERO MONTES, Francisco Javier... "La jubilación", Lima, Ediciones Tagrat,
1984.

"La reforma de las pensiones en América Latina". Asociación
Internacional de la Seguridad Social, Oficina regional para las Américas
Nº 5-1999.

"Hacia una Seguridad Social Universal"

En Quo Vadis Jus?, Libro Homenaje al doctor Ricardo La Hoz Tirado.
U.N.M.S.M. Lima, 1994.

"La financiación de la Seguridad Social", en Actas del VII Congreso de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 20-22 junio 2007, Lima,
Perú.

RUBIO CORREA, Marcial ... La Interpretación de la Constitución según el Tribunal
Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial,
Lima, Primera Edición, 2005.

Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Pontificia Universidad
Católica del Perú, Fondo Editorial, Primera edición: abril de 2007;
Primera reimpresión: mayo de 2008.

STIGLITZ, Joseph E. ... El malestar en la globalización.

Primera edición: julio de 2002; Sexta reimpresión: septiembre de 2002;
Buenos Aires, Argentina.

TOKMAN Víctor E. Y MARTINEZ, Daniel, editores ... Inseguridad laboral y
competitividad: modalidades de contratación.

Oficina Internacional del Trabajo, Primera edición 1999.

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS ... Quo Vadis Jus?.

Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado; Lima, 1994.

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA ... VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
9 – 13 setiembre de 1996, Lima, Perú.

REVISTAS

REVISTA ASESORIA LABORAL... Estudio Caballero Bustamante; Lima..

REVISTA ANÁLISIS LABORAL ... Grupo AELE; Lima.

REVISTA APORTES ... Revista de la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

PAGINAS WEB:

Organización Internacional del Trabajo

www.oit.org.pe

Asociación Internacional de Seguridad Social

www.issa.int

Organización Iberoamericana de Seguridad Social

www.oiss.org

Seguro Social de Salud

www.essalud.gob.pe

Oficina de Normalización Previsional

www.onp.gob.pe

Superintendencia de EPS

www.seps.gob.pe

Superintendencia de Banca Y seguros

www.sbs.gob.pe

Defensoría del Pueblo

www.ombudsman.gob.pe

Tribunal Constitucional del Perú

www.tc.gob.pe

10. ANEXO

ANEXO: LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO SOCIAL

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO SOCIAL.

I. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1 FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA Y FORMULACIÓN DE LA INTERROGANTE.

1.2 ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA.

1.2.1 IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES: INDEPENDIENTE Y DEPENDIENTE.

1.2.2 DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES.

1.2.3 DEFINICIÓN OPERACIONAL U OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

1.2.3 DEFINICIÓN OPERACIONAL U OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

1.2.3.1 BIBLIOGRAFÍA BÁSICA PARA LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.3.2 DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN.

II. LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA.

2.1 LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERALES Y ESPECÍFICAS. FUNDAMENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS Y DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES.

2.2 LAS HIPÓTESIS OPERACIONALES O DE TRABAJO.

III. LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS.

3.1 LA DEFINICIÓN DEL UNIVERSO DE POBLACIÓN (N) Y LA UNIDAD DE ANÁLISIS (S).

3.2 EL DISEÑO DE LA MUESTRA.

3.2.1 DEFINICIÓN DEL TIPO DE MUESTRA: SIMPLE AL AZAR.

3.2.2 CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA.

3.2.3 SELECCIÓN DE LA MUESTRA.

3.3 RECOLECCIÓN DE DATOS.

- 3.3.1 DESCRIPCIÓN DE LA FUENTE DE DATOS PARA CADA VARIABLE DE LAS HIPÓTESIS.**
- 3.3.2 ELABORACIÓN DEL INSTRUMENTO DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS.**
- 3.3.3 ORGANIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.**
- 3.3.4 FORMA DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA.**
- 3.4 ELABORACIÓN DE LA MATRIZ DE DATOS.**
- 3.5 SELECCIÓN DE LA TÉCNICA ESTADÍSTICA PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS: COEFICIENTE DE CORRELACIÓN ESTADÍSTICA.**
- 3.6 EJECUCIÓN DEL ANÁLISIS ESTADÍSTICO: OBTENCIÓN DE LOS COEFICIENTES DE CORRELACIÓN PARA CADA HIPÓTESIS.**

IV.RESULTADOS.

- 4.1 CONCLUSIONES.**
- 4.2 INTERPRETACIONES.**
- 4.3 EXPLICACIONES.**

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Planteamiento del problema

Como se ha señalado anteriormente, la Seguridad Social peruana y, en especial, los sistemas de pensiones han tenido un rol preponderante en materia de protección social desde 1936 en que se dictó la primera ley de Seguro Social. Sus etapas más importantes están marcadas por sus inicios que datan de esos años 30 y 40, luego el proceso de unificación, en la década del setenta y, finalmente, la reforma de los años noventa.

No obstante, en su trayectoria, han tenido muchas modificaciones, las cuales se incentivaron a partir de la década de los noventa. Estas modificaciones han modificado su estructura para dar paso a otros modelos o a sistemas modernos, realistas y con características diferentes. Ellas se dieron dentro de un nuevo marco político, social y económico.

Con la irrupción del Sistema Privado de Pensiones se consideran –con el Sistema Nacional- los más importantes del país.

El Sistema Nacional de Pensiones ha visto modificarse sus normas originales tanto en su campo de aplicación como en el financiamiento y el otorgamiento de sus beneficios. Específicamente, se han modificado las normas originales que regulan la pensión de jubilación, en lo que se refiere al derecho, al cálculo mismo y a la pensión máxima.

Dos disposiciones importantes modificaron sus requisitos: el Decreto Ley N° 25967 (elevó los años de aportaciones para jubilarse y modificó el cálculo del beneficio) y la Ley N° 26504 (elevó la edad de jubilación).

Como se ha señalado, en el caso específico del Decreto Ley N° 25967 –dictado en 1992- modificó los derechos pero, sobre todo, determinó una aplicación, incluso retroactiva, a muchos asegurados, que generó numerosos reclamos.

Si bien la situación se aclaró, en gran parte, con sendas sentencias del Tribunal Constitucional y, más aún, cuando se expidió la Ley N° 27561, su interpretación y aplicación debe ser materia de un análisis especial.

1. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA Y FORMULACIÓN DE LA INTERROGANTE.

La revisión y el análisis de los capítulos anteriores nos han llevado al debate en torno a la aplicación de las normas en el tiempo. Las normas en general no tienen efecto retroactivo, salvo el caso de las disposiciones legales de carácter penal, según lo dispone la Constitución Política vigente. Ello garantiza el principio de los derechos adquiridos. No obstante, en materia de pensiones existe una norma cuya aplicación produjo modificaciones en las situaciones de los asegurados y pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones.

Dentro de su vigencia se promulgó el Decreto Ley N° 25967, que modificó algunos de los requisitos del original Decreto Ley N° 19990, sobre todo, respecto del requisito para obtención de la pensión de jubilación y para el cálculo de la misma.

Pero, el problema no fue sólo su correcta aplicación, sino, principalmente, su aplicación a personas a quienes no correspondía hacerlo. Es decir, a quienes –en razón de la fecha de su contingencia- ya habían obtenido un derecho. Esta nueva aplicación se produjo en dos ámbitos:

- a. Para quienes ya habían obtenido el derecho y habían dejado de laborar; y,
- b. Para quienes habían obtenido el derecho y continuaron laborando. Al momento de cesar en el trabajo se les aplicaba el Decreto Ley N° 25967.

En tal sentido, muchas de estas personas se vieron obligadas a recurrir a la vía judicial y, específicamente, hasta el Tribunal Constitucional.

PROBLEMA

¿La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones en sus derechos y cálculos de la pensión de jubilación?

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA

2.1 IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES: INDEPENDIENTE Y DEPENDIENTE.

Variable independiente: Aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967.

Como se indica anteriormente, el Decreto Ley N° 25967 tuvo vigencia partir de su publicación, es decir, desde el 19 de diciembre de 1992. Las contingencias ocurridas hasta un día antes deben dar lugar a derechos a los cuales se les deberá aplicar el Decreto Ley N° 19990.

No obstante, en la práctica, se aplicó a asegurados que habiendo cumplido con los requisitos para jubilarse (edad y aportaciones) hasta el 18 de diciembre de 1992 solicitaron su beneficio con posterioridad a esta fecha, sea porque continuaron laborando o porque habiendo cesado presentaron su solicitud con anterioridad o con posterioridad a dicha fecha.

Más aún, de acuerdo con la Única Disposición Transitoria que contenía la norma, se aplicó en algunos casos, pese a haber cumplido los requisitos y haber presentado su solicitud antes de la vigencia del Decreto Ley N° 25967

Variable dependiente: afectación de los derechos a las pensiones de jubilación.

Esta situación generó que los asegurados a quienes se aplicó el mencionado Decreto Ley, según sea el caso:

1. Se les desconociera su derecho a pensión de jubilación por no reunir los nuevos requisitos, pese a haber cumplido los anteriores.
2. Obtuvieran su pensión por un monto menor debido a las nuevas reglas sobre remuneración de referencia y cálculo de la pensión.

Eventualmente, generó que se les aplicara la nueva disposición sobre el tope de los montos máximos de pensión.

2.2 DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES.

Variable independiente: aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967.

Se trata del tema de interpretación/aplicación de una norma. Y, dentro de ello, su retroactividad y ultractividad. En general, el principio de la irretroactividad de las normas legales es aceptado, salvo en casos excepcionales.

Como se indica en páginas anteriores, el jurista Aníbal Torres Vásquez, considera que una nueva ley podría ser aplicable “... no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentren en proceso de desarrollo –no son todavía hechos consumados- al entrar en vigencia la nueva ley, como sucede con las relaciones jurídicas familiares, los derechos reales, los actos jurídicos de duración, etc.”¹⁶¹

El doctor Marcial Rubio señala también que si una norma tiene una vigencia claramente establecida, se inicia y concluye en un momento determinado, no debería existir problemas en su aplicación en el tiempo. No obstante, los hay.

Respecto de la aplicación del Decreto Ley N° 25967, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió información sobre la aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967. Miguel F. Canessa Montejo señala en la Revista Asesoría Laboral que “... la Comisión conoció que mediante el Decreto Ley N° 25967 se desconocieron, también de manera retroactiva, los derechos de miles de pensionistas sujetos al régimen pensionario administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. Al respecto, la Comisión fue informada que aunque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los mencionados Decreto Leyes Nos. 817 y 25967, el Estado promulgó nuevas leyes de similar contenido, y que en los contados casos en que los pensionistas han logrado demandar y ganar en un juicio, el Estado ha cumplido con las sentencias definitivas y firmes dictadas en su contra (Informe de Perú 2000: párrafo 26)”.¹⁶²

Variable dependiente: afectación de los derechos de los asegurados.

¹⁶¹ TORRES, VÁSQUEZ, Aníbal ... Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho; segunda edición, Editorial Themis S.A. 2001, pag. 461.

¹⁶² CANESSA MONTEJO, Miguel F., “Los Derechos Laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (segunda parte)”, Revista Asesoría Laboral, agosto 2003, pág. 9.

Esta nueva situación, al parecer, afectó a los asegurados, sobre todo, a los asegurados próximos a jubilarse. En efecto, los nuevos pensionistas tenían que someterse a las nuevas reglas, esto es, tenían que cumplir con más años de aportaciones que antes, sus pensiones se veían sometidas a cálculos diferentes y más rígidos, y, en algunos casos, el monto máximo de sus pensiones tenían un tope bastante inferior en monto que los anteriores.

Pero, aún más. Las personas que ya habían obtenido su derecho con reglas anteriores tuvieron que someterse a características nuevas. En éste último campo de aplicación estaban dos clases de asegurados:

- a. Quienes habían obtenido el derecho y continuaban trabajando; y,
- b. Quienes habían obtenido el derecho antes de la vigencia de la nueva norma y dejaron de trabajar también con anterioridad a dicha vigencia.

Por ejemplo, una persona que hubiere obtenido su derecho a pensión de jubilación y dejó de laborar antes de la vigencia comentada, tenía el derecho expectante a un monto de pensión cuyo monto máximo podía ser de hasta el 80% de la remuneración máxima asegurable, es decir, de 80% de diez remuneraciones mínimas asegurables. Con la aplicación del nuevo dispositivo, su pensión máxima era de 600 nuevos soles.

2.3. DEFINICIÓN OPERACIONAL U OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

VARIABLE – INDICADOR - SIST.MEDICION– CATEGOR-VALORES-DATOS				
Pensión de jubilación	Sentencia TC.	Ordinal	Fundada	1
			Infundada	2

2.3.1. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA PARA LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA.

Se utilizó la bibliografía que se cita en la parte final de este trabajo.

2.3.2 DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN PARA CADA VARIABLE.

Fuentes de la variable independiente:

- Normas generales del Sistema Nacional de Pensiones: Decreto Ley N° 19990 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 011-74-TR).
- Normas específicas y complementarias del Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Supremo N° 10-76-TR, Decreto Ley N° 21792, Decreto Supremo N° 04-78-TR, Decreto Ley N° 22150, Decreto Ley N° 22847, entre otros), del Decreto Ley 25967, Decreto Ley 26504 y otras disposiciones.

Fuentes de la variable dependiente:

- Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Comentarios doctrinarios sobre las modificaciones legales del Sistema Nacional de Pensiones.
- Comentarios específicos sobre las normas modificatorias.

II. LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA

2.1 LAS HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECÍFICA. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES.

Hipótesis general.

El Decreto Ley N° 25967 –que modificó las normas del Decreto Ley N° 19990- se aplicó retroactivamente. Dicha aplicación afectó sustancialmente los derechos de un determinado sector de asegurados que solicitaron su pensión de jubilación.

Hipótesis específica.

La aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967 afectó específicamente el derecho a obtener pensión de jubilación, a la forma de cálculo y a los montos máximos a que tenían derecho los potenciales pensionistas.

Ello dio lugar a reclamos administrativos y a acciones de amparo que culminaron ante el Tribunal Constitucional el cual las declaró fundados en unos casos e infundados, en otros. Es decir, consideró que sí se habían aplicado retroactivamente y, por tanto, les había afectado; o simplemente consideró que no habían tenido esa aplicación.

Años más tarde, dio lugar a la promulgación de la Resolución Suprema N° 392-2001-EF que facultó al Jefe de la ONP a desistirse, allanarse o convenir, en estos casos judiciales y de la Ley N° 27561 por el Congreso de la República con la finalidad de solucionar el problema de casos pendientes y sobre la correcta aplicación del Decreto Ley N° 25967.

Como se ha señalado anteriormente, las sentencias del Tribunal Constitucional han significado una base fundamental para el desarrollo de la investigación, en tanto, permiten observar la afectación de esos derechos.

III. LA CONTRASTACION EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS.

3.1 LA DEFINICIÓN DEL UNIVERSO DE POBLACIÓN (N) Y LA UNIDAD DE ANÁLISIS (S).

Establecido el problema y las hipótesis con sus correspondientes variables, se definió el universo y la unidad de análisis a estudiar.

Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el problema planteado –aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967- se inician a partir de 1997, según lo revisado en la página web del citado organismo (www.tc.gob.tc). No obstante, consideramos conveniente seleccionar las sentencias a partir de 1999 hacia adelante y, dentro de ellas, las que correspondían a los años 1999 y 2000, teniendo en cuenta que la aplicación de la norma se dio a partir de 1992.

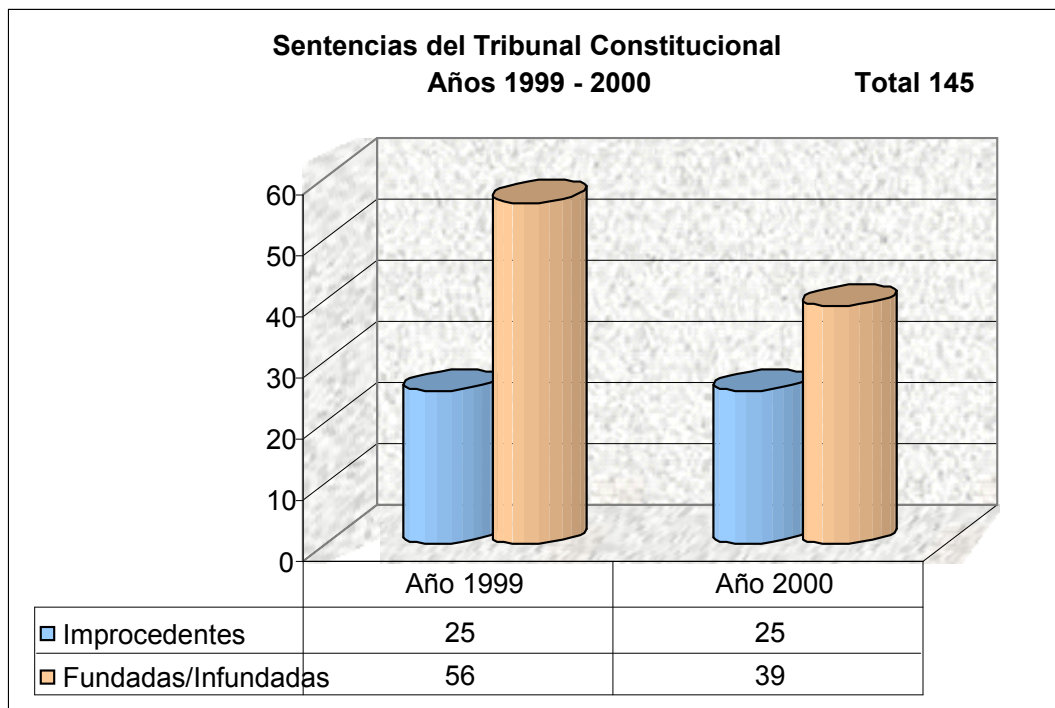
Es decir, se tomó como referencia el tiempo medio de su aplicación. Evidentemente, con posterioridad se han continuado expidiendo sentencias sobre el mismo tema, por el Tribunal Constitucional hasta la promulgación de la ley que ratificó el criterio definitivo.

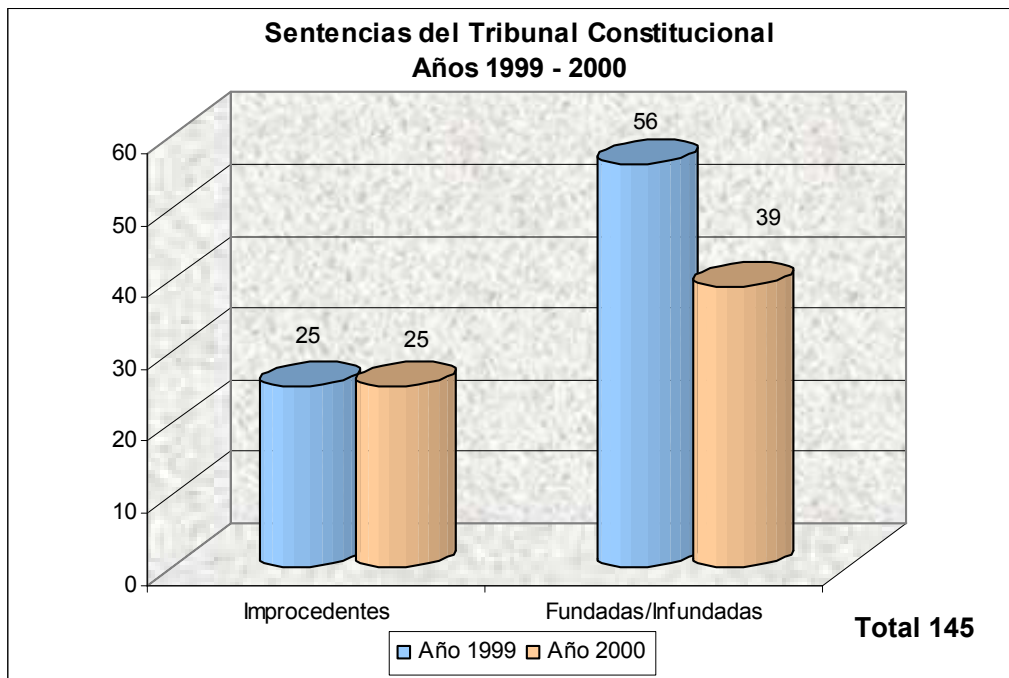
3.2 EL DISEÑO DE LA MUESTRA.

Se seleccionaron un total de 145 sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas directamente con la interpretación/aplicación del Decreto Ley N° 25967 correspondientes a los años 1999 y 2000.

Una primera selección nos arroja los primeros siguientes datos generales:

SENTENCIAS	1999	2000	TOTAL
IMPROCEDENTES	25	25	50
FUNDADAS/INFUNDADAS	56	39	95
TOTAL	81	64	145





Es necesario mencionar que –como se puede apreciar del cuadro anterior- se encontraron 50 sentencias que fueron declaradas IMPROCEDENTES por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente, debido a que se consideró que la acción de garantía no era la vía para efectuar el reclamo o no se había agotado la vía administrativa, esto es, no se ingresó al fondo del asunto que es la aplicación de 31 Decreto Ley N° 25967. Obviamente, estas sentencias no fueron consideradas para el análisis del trabajo de investigación.

Llevada a cabo esta primera selección, el UNIVERSO fue establecido en **95** sentencias del Tribunal Constitucional.

Y, para proseguir con la secuencia de la contrastación empírica se procedió a aplicar la fórmula estadística señalada previamente, conforme se detalla en el numeral 3.2.2 . a fin de encontrar el tamaño de la muestra.

3.2.1 DEFINICIÓN DEL TIPO DE MUESTRA: SIMPLE AL AZAR.

Se ha optado por el tipo de muestra simple al azar teniendo en cuenta que se trata de un universo homogéneo como son las sentencias del Tribunal Constitucional sobre un mismo tema que se ha investigado. Las sentencias están relacionadas directamente con la aplicación del Decreto Ley N° 25967.

3.2.2. CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA.

Para esta etapa del trabajo, se tuvo en cuenta la fórmula siguiente:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5 \times 0.5) 95}{(0.05)^2 (95 - 1) + (1.96)^2 (0.5 \times 0.5)}$$

$$n = \frac{3.8416 (0.25 \times 95)}{0.0025 (94) + 3.8416 (0.25)}$$

$$n = \frac{3.8416 (23.75)}{0.235 + 0.9604}$$

$$n = \frac{91.238}{1.1954}$$

$$n = 76$$

El tamaño de la muestra quedó, entonces, en **76** sentencias del Tribunal Constitucional.

3.2.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA (TABLA DE LOS NÚMEROS ALEATORIOS).

Establecidas el universo (95 sentencias del Tribunal Constitucional) y el número de la muestra (76 sentencias) de acuerdo a la fórmula estadística señalada en el ítem anterior, se les asignó un número correlativo al total de sentencias. Luego se procedió a aplicar la tabla de números aleatorios (Tabla II), al azar, para seleccionar las 76 sentencias materia de análisis. De acuerdo a las instrucciones recibidas, se utilizó la tabla, de izquierda a derecha y luego de arriba hacia abajo.

Al proceder a aplicar la tabla, a cada sentencia numerada originalmente y en forma correlativa, se le asignó el número correspondiente extraído de la tabla. Así, el número 10 de la tabla (primero de los dos dígitos, puesto que el universo contiene dos dígitos) se le asignó al número 10 del correlativo, pasando ahora dicho expediente, para el análisis, a ser el número 01.

Ejemplo:

Nº. Tabla	Sentencia	Nuevo número
10	10	01
37	37	02
08	08	03

Y así sucesivamente hasta completar las 76 sentencias seleccionadas del universo de 95 originalmente extraídas, según cuadro contenido en el ítem 3.4.

3.3. LA RECOLECCIÓN DE LOS DATOS.

3.3.1. DESCRIPCIÓN DE LA FUENTE DE DATOS PARA CADA VARIABLE DE LAS HIPÓTESIS.

La fuente, en este caso, está constituida por las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del Decreto Ley N° 25967.

Establecida la hipótesis en que la interpretación/aplicación del Decreto Ley N° 25967, se han generado dos variables extraídas de las mismas sentencias:

Variable 1: Sentencias que, al aplicarse el Decreto Ley N° 25967, afectó el derecho a jubilación, es decir, que no permitió el otorgamiento de la pensión.

Variable 2: Sentencias que, al aplicarse el Decreto Ley N° 25967, afectó el cálculo de la pensión de jubilación que hubiere obtenido el pensionista.

3.3.2 ELABORACIÓN DEL INSTRUMENTO DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para el presente trabajo se utilizó el análisis de las fuentes, constituidas éstas por las sentencias del Tribunal Constitucional. No se utilizó otros instrumentos como la encuesta, por ejemplo.

3.3.3. ORGANIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.

Establecido el tema y planteado el problema, se procedió al trabajo de campo. En primer lugar, se buscó en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe) las sentencias que hubieren sido materia de procedimientos iniciados por asegurados o pensionistas sobre la aplicación del Decreto Ley N° 25967.

Como se indica, se encontró sentencias sobre la materia a partir de 1997, las mismas que paulatinamente se fueron incrementando y luego decayendo en número en los últimos años.

Se procedió a extraer todas las sentencias y luego a seleccionarlas, de acuerdo al tema de investigación, puesto que habían variedad de ellas. Por ejemplo, se encontraron declaradas infundadas por incumplimiento de normas procesales, que fueron dejadas de lado a los efectos de nuestra investigación.

Posteriormente, se fueron haciendo otras selecciones, por día, mes y año, hasta llegar al universo de 70 sentencias. Luego, se inició la aplicación de la contrastación de datos y el análisis técnico-legal de las sentencias hasta llegar a los resultados que se comentan mas adelante.

3.3.4. FORMAS DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA.

En cada etapa del procedimiento se efectuaba una verificación y revisión exhaustiva de la selección, aplicación de fórmulas, numeración, etc.

3.4. ELABORACIÓN DE LA MATRIZ DE DATOS.

	U N	VI	VD1	VD2
10	1	1	1	2
37	2	1	1	2
08	3	1	2	1
12	4	1	2	1
66	5	1	2	1
31	6	1	2	1
85	7	1	1	2
63	8	2	1	2
73	9	1	2	1
11	10	1	2	1
83	11	1	2	1
88	12	1	2	1
65	13	1	2	1
80	14	1	2	1
74	15	1	2	1
69	16	1	2	1
09	17	1	1	2
91	18	2	1	2
44	19	1	2	1
61	20	1	2	1
15	21	1	2	1

94	22	2	2	1
42	23	1	2	1
23	24	1	2	1
04	25	1	2	1
35	26	1	2	1
59	27	2	1	2
46	28	1	2	1
32	29	1	2	1
19	30	1	2	1
45	31	1	2	1
54	32	2	2	2
01	33	1	2	1
06	34	1	2	1
26	35	1	1	1
57	36	1	1	2
79	37	1	2	1
52	38	1	1	2
68	39	1	2	1
48	40	1	2	1
89	41	2	2	2
49	42	1	2	1
33	43	1	1	2
55	44	1	2	1
60	45	2	2	2
47	46	1	2	1
05	47	1	2	1
17	48	1	2	1
56	49	1	2	1
86	50	1	2	1
20	51	1	2	1
90	52	1	2	1
64	53	1	2	1
50	54	1	2	1

29	55	1	1	2
43	56	1	2	1
62	57	2	2	2
07	58	1	2	1
72	59	1	2	1
51	60	1	2	1
25	61	1	2	1
76	62	1	2	1
21	63	1	1	2
77	64	1	2	1
02	65	1	1	2
93	66	2	2	2
24	67	2	2	2
53	68	1	1	2
14	69	1	2	1
70	70	1	2	1
67	71	1	2	1
34	72	1	2	1
03	73	1	2	1
13	74	1	2	1
36	75	1	2	1
30	76	1	1	2

3.5 SELECCIÓN DE LA TÉCNICA ESTADÍSTICA PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS: COEFICIENTE DE CORRELACIÓN ESTADÍSTICA.

Se escogió la técnica de correlación estadística en contrastación con las hipótesis porque ella nos permitió observar, y luego analizar, los resultados con mayor claridad. Evidentemente, ésta técnica se adapta al tipo de fuentes elegidas: las sentencias del Tribunal Constitucional.

3.6 EJECUCIÓN DEL ANÁLISIS ESTADÍSTICO: OBTENCIÓN DE LOS COEFICIENTES DE CORRELACIÓN PARA CADA HIPÓTESIS.

		VI		
		1	2	
VD	1	13 <i>81%</i>	53 <i>88%</i>	66
	2	03 <i>19%</i>	07 <i>12%</i>	10
		16 (100%)	60 (100%)	76

$$a - b$$

$$81 - 88 = -7$$

$$a + b$$

$$81 + 88 = 169$$

$$r = \frac{7}{169} = 0.04$$

$$R = 0.04$$

		VI		
		1	2	
VD	1	54 98%	12 57%	66
	2	01 2%	09 43%	10
		55 (100%)	21 (100%)	76

$$a - b$$

$$98 - 57 = 41$$

$$a + b$$

$$98 + 57 = 155$$

$$r = \frac{41}{155} = 0.26$$

$$R = 0.26$$

En cada uno de los cuadros, se puede observar, a nivel vertical las variables independientes y, a nivel horizontal, las variables dependientes, con sus correspondientes numeraciones.

Variable Independiente: aplicación del Decreto Ley N° 25967.

Variable dependiente: afectación de los derechos.

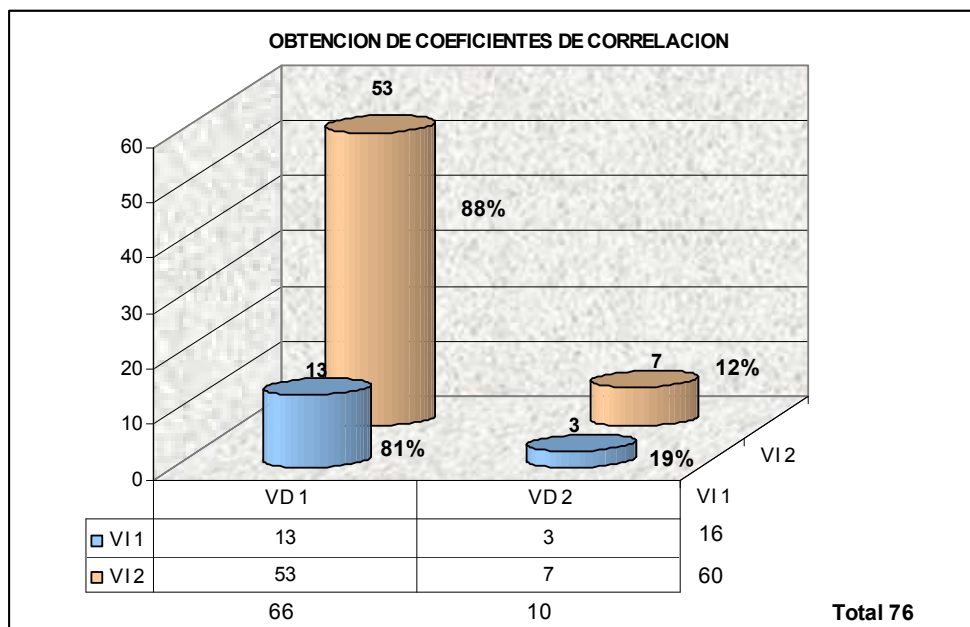
PRIMER CUADRO:

Variable independiente 1 (Fundada)

Variable independiente 2 (Infundada)

Variable dependiente 1 (Afectó el derecho)

Variable dependiente 2 (No afectó el derecho)



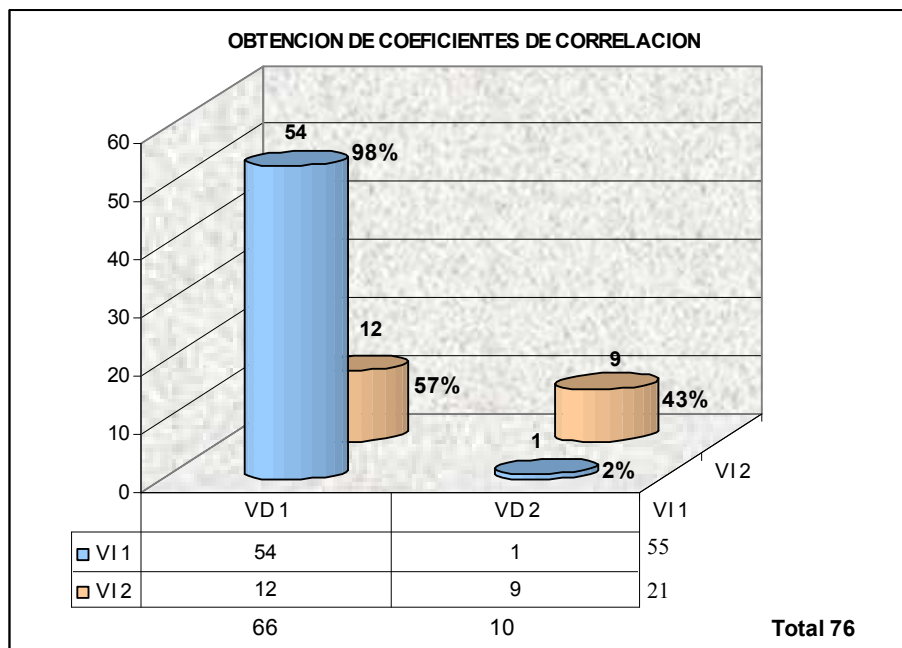
SEGUNDO CUADRO:

Variable independiente 1 (Fundada)

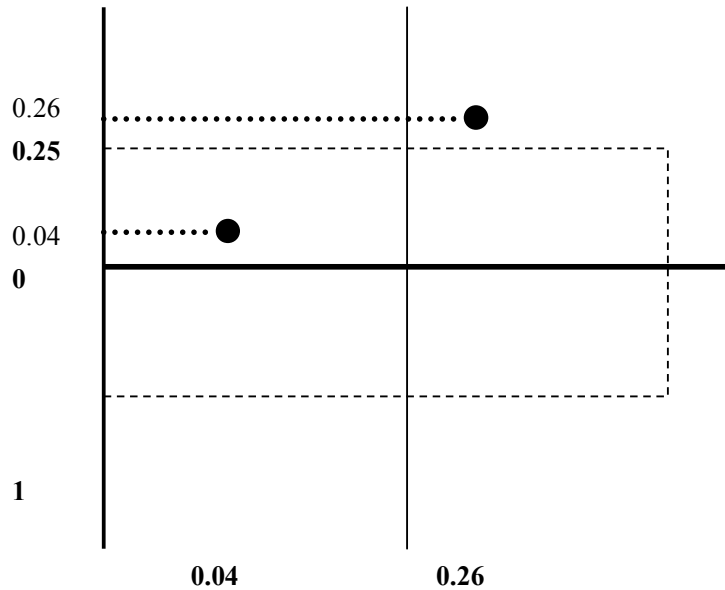
Variable independiente 2 (Infundada)

Variable dependiente 1 (Afectó el cálculo)

Variable dependiente 2 (No afectó el cálculo)



De ello, se ha obtenido el siguiente cuadro interpretativo:



IV. RESULTADOS

4.1 CONCLUSIONES.

De acuerdo a lo observado en la contrastación empírica efectuada, se ha llegado a determinar el cumplimiento de las hipótesis planteadas.

Si las hipótesis estaban dirigidas a considerar si hubo o no, aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 25967, es decir, si fueron declaradas fundadas o infundadas, y que ello afectó a los asegurados y pensionistas, con la contrastación llevada a cabo, se ha probado plenamente ésta situación. Como se señala, la variable independiente 1 sería la aplicación indebida del Decreto Ley N° 25967, sentencias declaradas fundadas; la variable independiente 2 sería la no aplicación o aplicación correcta del Decreto Ley N° 25967, sentencias declaradas infundadas.

Esto significa que dicha aplicación no sólo fue incorrecta sino que afectó a los asegurados y pensionistas en dos ámbitos:

a. En el derecho que les correspondía percibir y que no lo percibieron por no cumplir con los nuevos requisitos que estableció el mencionado Decreto Ley y que, precisamente, por la retroactividad aplicada se les denegó su pensión de jubilación en la vía administrativa: afectó el derecho (0.04).

b. En cuanto a los montos que verdaderamente les correspondía, esto es, que se les otorgó el derecho pero el monto de su pensión fue menor que el que legalmente debieron otorgarle: afectó el cálculo (0.026).

Como quiera que las personas afectadas iniciaron y continuaron el proceso de acciones judiciales, acciones de garantía, estas llegaron hasta el Tribunal Constitucional en donde se expidieron sentencias que, según lo investigado, demostraron la aplicación retroactiva y la afectación correspondiente.

Esta situación fue corregida en cada caso, por las sentencias declaradas fundadas y, posteriormente, por una norma que aclaró la aplicación. No obstante, en algunos casos subsiste el reclamo sobre el cálculo de la pensión cuando sobrepasa el monto máximo establecido.

4.2 INTERPRETACIONES.

Al respecto, se pueden determinar algunas interpretaciones:

a. Debe quedar confirmado que las normas legales no tienen efecto retroactivo, salvo, las permitidas por la Constitución Política vigente. Puede existir una interpretación sobre la promulgación e interpretación de la norma en el sentido que el Sistema Nacional de Pensiones se encontraba en proceso de desequilibrio económico financiero y era necesario establecer nuevas reglas para evitar el desequilibrio total.

Por ello, el dispositivo materia de análisis estableció reglas más rígidas en cuanto a la pensión de jubilación. Modificó, por ejemplo, el primer requisito para obtener el derecho a pensión de jubilación, es decir, el número de años de

aportación para jubilarse. Modificó, igualmente, la forma de cálculo de la pensión y estableció topes máximos para pensiones.

- b. De acuerdo al estudio que se presenta, desde su texto mismo la norma tuvo carácter retroactivo, más aún cuando de su Única Disposición Transitoria se desprende que debe ser aplicable a las solicitudes en trámite, desconociéndose el principio de los derechos adquiridos y sin que medie determinación exacta sobre su aplicación a determinadas contingencias en función a la fecha en que se cumplen.

Según el Decreto Ley N° 19990, la contingencia se produce cuando el asegurado cumple con los requisitos establecidos (edad y aportaciones) y, obviamente, ha cesado en el trabajo remunerado.

En el presente caso, la aplicación de la modificación de los requisitos (Decreto Ley N° 25967) procede para las contingencias que se producen a partir del 19 de diciembre de 1992, fecha de publicación de ésta última norma, no antes, como se ha venido aplicando.

- c. Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se dictaron desde 1997. Uno de los primeros expedientes fue el de inconstitucionalidad presentado por diferentes personas y que fue declarado fundado en parte, pero aclaró la interpretación y aplicación del Decreto Ley N° 25967. Declaró la inconstitucionalidad del artículo 10° de dicha norma.
- d. Al promulgarse la Ley N° 28389, que reformó la Constitución de 1993, sobre todo, en su artículo 11°, se estableció la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos en lugar de los derechos adquiridos. El Tribunal Constitucional viene resolviendo los casos a la luz de esta nueva disposición legal y, para situaciones, por ejemplo, de topes pensionarios en los beneficios del Decreto Ley N° 20530, sobre todo.

4.3 EXPLICACIONES.

El trabajo presentado fue seleccionado debido al conocimiento de algunos casos en materia de pensiones en los cuales se veía la afectación de derechos para beneficiarios del Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, lo más resaltante de los casos conocidos fue la aplicación retroactiva que generó dicha afectación, a nivel administrativo. Al continuar indagando por otros casos, se tuvo conocimiento que muchas de las acciones presentadas iban llegando a las

instancias del Tribunal Constitucional en donde, después de algún tiempo, se les declaraba fundadas.

Precisamente, su revisión por el Tribunal Constitucional y los resultados que de ello se han obtenido nos demuestra la existencia, en su momento, de situaciones interpretativas diferentes a los principios constitucionales vigentes en nuestro país

El tema, en general, debe llevarnos a reflexionar sobre la verdadera interpretación de las normas y su aplicación, tanto a nivel administrativo como judicial.

La investigación ha tratado de continuar las etapas señaladas académicamente y sus resultados hasta el momento nos llevan a concluir que se trata de un tema interesante en cuanto a la aplicación retroactiva de las normas y, de manera específica, de una norma de Seguridad Social.
