

JAVIER NEVES MUJICA

PENSIONES

REFORMA Y JURISPRUDENCIA

El D.L. 20530 y la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional



PENSIONES
REFORMA Y JURISPRUDENCIA
El D.L. 20530 y la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional

JAVIER NEVES MUJICA

PENSIONES REFORMA Y JURISPRUDENCIA

El D.L. 20530 y la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Este documento ha sido producido con la asistencia financiera de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad única de la red LAEHR y no puede, bajo ninguna circunstancia, ser considerado como un reflejo de la posición de la Unión Europea.



Pensiones. Reforma y jurisprudencia
El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Javier Neves Mujica

© Javier Neves Mujica, 2009

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2016
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009
Primera reimpresión: agosto de 2016
Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-09408
ISBN: 978-9972-42-894-4
Registro del Proyecto Editorial: 31501361600778

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1	
EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO	11
1.1 Los antecedentes	11
1.2 Las constituciones de 1979 y de 1993	15
1.2.1 La Constitución de 1979	15
1.2.2 La Constitución de 1993	17
1.3 Las modificaciones legislativas hasta el año 2003	18
CAPÍTULO 2	
LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONARIA	25
2.1 La regla de la irretroactividad de las normas	25
2.2 Los mandatos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617	29
2.3 Los derechos adquiridos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	31
2.4 La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	37
CAPÍTULO 3	
LOS CAMBIOS PREVIOS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL	43
3.1 Los cambios previos a la reforma constitucional	43
3.1.1 El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso	43
3.1.2 La viabilidad de los cambios efectuados por el Congreso en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	46

3.2 La reforma constitucional	49
3.2.1 La necesidad de la reforma	49
3.2.2 El contenido de la reforma	58
CAPÍTULO 4	
LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS LEYES PREVIAS Y LAS DE REFORMA	63
4.1 Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las Leyes 28046 y 28047	63
4.1.1 La Ley 28046	64
4.1.2 La Ley 28047	68
4.2 Los organismos jurisdiccionales ante las Leyes 28389 y 28449	72
4.2.1 El Tribunal Constitucional	73
4.2.1.1 La Ley 28389	73
4.2.1.2 La Ley 28449	86
4.2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos	96
CONCLUSIONES	101
FUENTES	105
ANEXOS	111

Introducción

En este estudio no se va a efectuar un análisis detallado de las características y problemas de los sistemas pensionarios a cargo del Estado, ni del régimen general regulado por el Decreto Ley 19990 ni del especial normado por el Decreto Ley 20530. Este análisis ya ha sido hecho en el «Informe sobre los regímenes previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado», elaborado por la Comisión Especial integrada por varios organismos públicos y presentado en julio de 2001, así como por los Informes Defensoriales N° 85¹ y 99², de setiembre de 2004 y noviembre de 2005, respectivamente. Tampoco vamos a realizar un recorrido por la sinuosa historia del régimen del Decreto Ley

¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 85: La situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*, Lima, setiembre de 2004. El autor del documento base fue el mismo que el de este estudio, como consta en la nota a pie de página N° 1 de dicho Informe (página 9). Dicho documento base fue publicado con el título «Los derechos adquiridos en materia pensionaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: *Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, octubre de 2004, páginas 165 a 185.

² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *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. Los autores del documento base fueron el economista Pedro Franke y el abogado César Gonzales, como consta en la nota a pie de página N° 1 de dicho Informe (página 2).

20530, que está bien expuesta en la sentencia expedida el 18 de junio de 2003 por el Tribunal Constitucional en el caso Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional (Fundamentos 1 a 10 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC), y también en los diversos artículos elaborados por reconocidos especialistas que conformaron el especial dedicado al tema por la revista «Diálogo con la Jurisprudencia», del mes de julio de 2003³. Todo ello ha sido objeto, además, de abundante información que acompañó al debate nacional sobre la reforma constitucional.

Nuestra atención se va a centrar en examinar la reforma constitucional en materia pensionaria realizada en noviembre de 2004, mediante la Ley 28389, consistente en el cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20530, la adopción de la teoría de los hechos cumplidos para la sucesión normativa, la aplicación inmediata de nuevas reglas a los trabajadores y pensionistas sujetos a dicho régimen, la eliminación de la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y la centralización de la administración de este régimen en una sola entidad pública. Para estos efectos, vamos a indagar por la garantía de los derechos adquiridos proclamada por la versión original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 en materia pensionaria, así como por la interpretación otorgada a ella por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, analizaremos si las medidas adoptadas por la reforma hubieran podido plasmarse en el plano legislativo o se requería una modificación constitucional. Por último, serán objeto de nuestro interés los límites fijados por los organismos jurisdiccionales internos e internacionales a los cambios efectuados.

En todo este proceso no hemos sido solo testigos, sino actores, como habrá ocasión de precisar más adelante. Confiamos en que esta condición no sesgue nuestro juicio.

³ Ver los trabajos de ABANTO REVILLA, GARCÍA GRANARA, GONZALES HUNT y MORALES CORRALES citados en las Fuentes.

CAPÍTULO 1

El marco constitucional y legislativo

1.1 LOS ANTECEDENTES

La previsión social se introdujo en nuestro país a mediados del siglo XIX a favor de dos importantes grupos de presión: los militares y los empleados públicos. En el caso de estos últimos, la Ley de Goces, Jubilación, Cesantía y Montepío, que es la antepasada más remota —en el Perú republicano— del régimen que es objeto de este estudio, se expidió el 22 de enero de 1850. Desde inicios del siglo XX se fue extendiendo la cobertura de la previsión social, tanto respecto de sus beneficiarios como de las contingencias, para abarcar primero a los obreros frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (1911 y 1935, respectivamente) y comprender luego a los obreros (1936) y los empleados (1946) ante la enfermedad y la maternidad, de un lado, y la vejez, la invalidez y la sobrevivencia, del otro. La Constitución de 1920 fue la primera en abordar esta cuestión en dicho nivel, seguida por la de 1933, en los términos que veremos en el apartado siguiente.

Desde su introducción en el Perú hasta inicios de la década de los noventa del siglo pasado, el Estado ha tenido a su cargo la gestión de la previsión social. Esta ha estado siempre estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. En cada uno de ellos existían sendas Cajas formadas por categoría y contingencias: había así dos Cajas

de enfermedad y maternidad y dos de vejez, invalidez y sobrevivencia, unas en favor de los obreros y otras de los empleados. Los beneficios que otorgaban eran distintos. Luego, en los años setenta del siglo pasado se produjo un proceso de unificación y uniformización: de un lado, estas Cajas se fusionaron en dos regímenes generales, denominados Régimen de Prestaciones de Salud (Decreto Ley 22482 del 27/3/79), edificado sobre la base de las Cajas de enfermedad y maternidad de obreros y empleados, y Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), en sustitución de las Cajas de vejez, invalidez y sobrevivencia de ambas categorías; y, del otro, pasaron a proporcionar un trato igual a todos los trabajadores, independientemente de sus categorías. Los regímenes generales eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada primero Seguro Social del Perú (hasta 1980) y después Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de estos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

La lógica de dichos sistemas es distinta. El primero se dirige a trabajadores en actividad —aunque también protege a los pensionistas—, que sufren contingencias temporales, como la enfermedad y la maternidad, que provocan en ellos un mayor gasto o, eventualmente, una incapacidad para el trabajo. A través de prestaciones asistenciales se cubre la necesidad de consultas médicas, productos farmacéuticos, pruebas de laboratorio, toma de radiografías, etc.; y mediante prestaciones económicas, conocidas como subsidios, se sustituye la remuneración dejada de percibir.

El segundo beneficia a quienes han cesado de modo definitivo en el empleo, por contingencias permanentes, como la vejez y la invalidez; o a los familiares sobrevivientes del titular fallecido. Su preocupación es únicamente la de reemplazar la remuneración y por ello otorga solo prestaciones económicas, llamadas pensiones.

En los dos ámbitos existen, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de estos, para efectos del presente estudio, se mantiene en el campo de las pensiones y es el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74). Este sistema fue concebido como cerrado, en favor de los trabajadores públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962; los que lo hicieron después de esa fecha, fueron incorporados al régimen general, en ese entonces constituido por la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, por mandato de su Estatuto aprobado por decreto supremo¹. No obstante, fue varias veces abierto por leyes e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales. Se permitió así la incorporación, entre otros, de: 1) los diplomáticos (Ley 24029 del 12/12/78); 2) los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley 20530, contaran con 7 ó más años de servicios (Ley 24366 del 21/11/85) ó 3) se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados (Ley 25066 del 23/7/89); 4) los trabajadores del Banco de la Nación (Ley 25146 del 19/12/89); 5) los profesores del Estado (Ley 25212 del 20/5/90); 6) los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a PETROPERÚ (Ley 25219 del 24/5/90); 7) los de las empresas estatales (Ley 25273 del 4/6/90); y, finalmente, 8) los jueces (Decreto Legislativo 767 del 29/11/91)². Se estima que mientras en 1962 había treinta mil inscritos en este régimen, antes de la reforma constitucional esa cifra se había casi multiplicado por diez³. De otro lado, las ventajas originales de este régimen, como la obtención de la cesantía considerando solo el tiempo de servicios —de 15 años para los hombres y 12,5 para las mujeres— y no la edad y la compatibilidad entre la percepción de pensión y remuneración, que en el régimen del Decreto Ley 19990 estuvo prohibida, se fueron

¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 85*, páginas 13 y 14.

² Ver, por todos, el *Anexo N° 4 del Informe Defensorial N° 85*, página 90.

³ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Los Sistemas de Pensiones en Perú*, Lima, mayo de 2004, página 5.

ampliando paulatinamente mediante el reconocimiento de nuevos y relevantes beneficios: 1) se redujo la tasa de aportación a cargo del trabajador de una escala entre 8 y 15% a solo 6% (Decreto Ley 22595 del 30/6/79); 2) la renovación pensionaria a los treinta años de servicios se transformó en nivelación a los veinte (Constitución de 1979), primero progresiva y luego automática (Ley 23495 del 9/11/82); 3) se permitió el cómputo de los años de formación profesional dentro del tiempo de servicios, fueran simultáneos o no, en este último caso, incluso previos (Ley 24156 del 6/6/85); 4) se elevaron las pensiones de sobrevivencia al 100% de las de cesantía (Ley 25008 del 20/1/89); etc. Había, pues, así cada vez más beneficiarios con cada vez más beneficios⁴.

La historia del régimen pensionario del Decreto Ley 20530 es bastante escabrosa. Desde el Estado, de un lado, el Congreso de la República hizo clientelismo político a través de la incorporación de nuevos grupos y la ampliación de los beneficios en dicho régimen, secundado por generosas interpretaciones del antiguo Tribunal de Servicio Civil, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Frecuentemente, los propios congresistas y magistrados se favorecieron con el régimen que ayudaron a mantener y expandir, sin importarles el colapso que se avecinaba. Del otro, el Poder Ejecutivo —especialmente durante el gobierno del Presidente Fujimori y, más aún, en el período en que condujo el país *de facto*— que pretendió poner freno al festín, a veces desconociendo las más elementales reglas de un Estado constitucional de derecho, como veremos después.

Desde la sociedad, ciertos líderes, influenciando interesadamente a una gran masa de pensionistas de los regímenes públicos que, a través de la motivación de su aspiración de mejora —muchas veces— exorbitante y de su reclamo —muchas veces— injustificado ante instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales, han cimentado su continuidad. Se trata, sin embargo, de un colectivo altamente vulnerable, que ha sido y es objeto de maltratos y engaños por el Estado.

⁴ *Ibidem*.

La actividad privada había tenido presencia marginal en el sector previsional, reservada al campo de la salud, en el que actuaba en forma adicional al Régimen de Prestaciones de Salud, en favor del reducido grupo poblacional que podía pagar las primas de un seguro privado.

1.2 LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y DE 1993

La previsión social fue abordada constitucionalmente en los primeros textos de orientación social. La Constitución de 1920 disponía —en su artículo 56—: «El Estado fomentará las instituciones de previsión y solidaridad social, los establecimientos de ahorro y seguros y las cooperativas». Después, la Constitución de 1933 —en su artículo 48— ordenó: «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 ahorros y seguros y las cooperativas». Ambas Constituciones trataban la previsión social, por una parte, mediante normas programáticas que generaban más mandatos a los poderes públicos que derechos a las personas, y, por la otra, de manera indiferenciada respecto de los demás mecanismos de protección, asistenciales o previsionales.

1.2.1 La Constitución de 1979

La Constitución de 1979, a tono con la evolución que se registró en el mundo desde la vigencia de sus predecesoras, se pronunció sobre la previsión social de modo avanzado. En primer lugar, reguló la previsión social como un derecho fundamental, en un capítulo específico y diferente al referido al trabajo y los derechos laborales, ratificando la reconocida independencia entre ambas. En segundo lugar, estableció —con caracteres diversos— dos modelos de previsión: uno universal, asimilable a la Seguridad Social y de eficacia aplazada, y otro laboral, asimilable al Seguro Social y de eficacia inmediata.

Había tres elementos esenciales en la consagración constitucional del sistema universal:

a) Se trataba prioritariamente de un sistema de Seguridad Social, esto es, del más avanzado mecanismo de previsión, cuya protección alcanza a todas las personas (universalidad) y cubre todas las contingencias (integralidad) (artículos 12 y 13).

b) Al interior de este campo universal, se diferenciaba entre quienes tuvieran la condición de trabajadores o familiares suyos, de un lado, y el resto de la población, del otro. Respecto de este último sector, se disponía que podrían actuar como entidades aseguradoras otras distintas de la que tenía a su cargo la protección del primer sector (en ese momento el Seguro Social del Perú) (artículo 14).

c) La implantación del sistema sería progresiva, pudiéndose entender la gradualidad en el acceso tanto respecto de la población protegida (horizontal), como de las contingencias cubiertas (vertical) (artículo 12).

Los elementos esenciales del sistema laboral eran los siguientes:

a) Se constituía un típico sistema de Seguro Social, fase históricamente previa a la del surgimiento de la Seguridad Social, caracterizada por la protección exclusiva a los trabajadores (y a los familiares dependientes de estos), en sus necesidades más vinculadas a eventualidades en su actividad laboral (artículo 14).

b) Actuaba como institución aseguradora una entidad (en ese momento el Seguro Social del Perú), de la que se proclamaba su personería de derecho público, su carácter autónomo y descentralizado, así como su gobierno tripartito (Estado, empleadores y asegurados) y la obligación del Estado, asegurantes y asegurados de aportar a su financiamiento. Sus fondos no podían ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad (artículo 14).

c) Esta entidad debía brindar protección, de un lado, a todos los trabajadores, y del otro, solo a estos (y sus familiares). Esto suponía que los regímenes independientes que aún subsistían debían integrarse a

dicha entidad (unidad) y que esta no podía comprender a sectores no laborales de la población (exclusividad) (artículo 14).

d) Podrían actuar como entidades aseguradoras de este sector laboral, concurrentemente con dicha entidad, otras públicas o privadas, que ofrecieran prestaciones mejores o adicionales y siempre que se contara con el consentimiento de los asegurados (artículo 14).

e) Las pensiones debían reajustarse periódicamente teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional (artículo 20).

f) Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y los jubilados de la Administración Pública, no sometidas al Seguro Social del Perú, se nivelaban progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios (Octava Disposición General y Transitoria).

1.2.2 La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 vino a consagrar las transformaciones que el Poder Ejecutivo, básicamente por vía de decretos legislativos y decretos leyes, había efectuado desde la asunción del gobierno por Fujimori.

La previsión social estaba regulada —en la versión original— en tres preceptos centrales, así como en las tres primeras Disposiciones Finales y Transitorias. Las ideas principales contenidas en ellos, por contraste con la Constitución de 1979, son las siguientes:

a) Se proclama un modelo universal, aunque de eficacia diferida. La Seguridad Social es derecho de toda persona, pero se obtiene progresivamente (artículo 10).

b) La Constitución no determina la relación de contingencias cubiertas, ni siquiera en fórmula abierta, sino remite esta tarea a la ley (artículo 10).

c) El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, las supervisa (artículo 11).

d) Los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles (artículo 12).

e) Los nuevos regímenes pensionarios de los trabajadores públicos no podrán afectar los derechos legalmente obtenidos (Primera Disposición Final y Transitoria).

f) El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional (Segunda Disposición Final y Transitoria).

g) En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario (Tercera Disposición Final y Transitoria).

1.3 LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS HASTA EL AÑO 2003

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta del siglo pasado. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor relevante en el desencadenamiento de dicha crisis. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y solo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

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

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92) y la primera en el campo de la salud, con la llamada modernización de la Seguridad Social en 1997 (Ley 26790 del 15/5/97).

La Constitución de 1979, formalmente vigente cuando se creó el Sistema Privado de Pensiones, no permitía el vínculo alternativo con el Sistema Nacional de Pensiones sino solo el complementario. La de 1993 sí posibilita ambos tipos de relación cuando —en su artículo 11— garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Para el cabal cumplimiento de este mandato es indispensable, sin embargo, de un lado, la existencia de entidades públicas —mientras la de las privadas es solo contingente, ya que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento—; y, del otro, una competencia equitativa entre ellas. Lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa del siglo pasado en adelante, parece encaminado a la aniquilación de los Sistemas Públicos, especialmente en materia pensionaria. Las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención. Así, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones en mucho más fácil

de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones; se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron de este último al primero; se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; se aumentó la edad de jubilación de este último, para equipararla a la del primero; etc. Si se plasmara la extinción de los Sistemas Públicos, la infracción al citado precepto constitucional sería flagrante, ya que la oferta se limitaría solo a la opción privada. Sin perjuicio de ello, el Estado abdicaría, además, de una de las funciones centrales que cumple en una sociedad moderna y que justifican su existencia, cual es la de brindar Seguridad Social a su población.

Los principales cambios que afectaron al régimen general pensionario (Decreto Ley 19990) y al especial (Decreto Ley 20530) los resumimos a continuación. En el Sistema Nacional de Pensiones se elevó el número de años de aportación necesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12 remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y se fijó la pensión máxima en S/. 600, que actualmente asciende a S/. 857,36 (por Decreto Ley 25967 del 19/12/92). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, se declaró la nulidad de pleno derecho de las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento (Decreto Legislativo 763 del 15/11/91); lo que luego se derogó y después se reestableció (Decreto Legislativo 817 del 23/4/96 y Ley 26835 del 4/6/97), en idas y venidas frecuentes

en este campo. Enseguida se fijó un tope para estas pensiones por las Leyes de Presupuesto General de la República desde 1991 a 1994, el que más tarde se equiparó al sueldo de un congresista (Decreto Legislativo 817 y Ley 26835) y en tiempo inmediato anterior y posterior a la reforma constitucional, respectivamente, tuvo como máximo un número de unidades impositivas tributarias: inicialmente una (Ley 28047 del 30/7/03) y finalmente dos (Ley 28449 del 23/12/04). También se modificaron algunas reglas referidas a pensiones de jubilación y de sobrevivientes, en dirección restrictiva: requisitos, porcentajes, etc. (Ley 27617 del 28/12/01). Después se precisó que la nivelación de las pensiones, que se había establecido por la Constitución de 1979, debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público (Decreto Legislativo 817 y Ley 28047). Asimismo, se estableció que el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios fuera realizado en forma centralizada (Decreto Legislativo 817 y Ley 26835), lo que —tras un fallo del Tribunal Constitucional— tuvo que rectificarse mediante la Ley 27719 (11/5/02); para reestablecerse después por la ley de reforma constitucional (Ley 28389 del 16/11/04) y su ley de desarrollo (Ley 28449). Más adelante, se estableció una contribución solidaria por el monto que excediera de catorce unidades impositivas tributarias anuales, con la tasa del impuesto a la renta (Ley 28046 del 30/7/03). También se elevaron los aportes por tramos, y se pasó además de un sistema escalonado por monto de la remuneración (Decreto Ley 20530) —con el intervalo de un sistema fijo (Decreto Ley 22595)— a otro que se incrementa por fechas: de 6 a 13% de la remuneración (desde agosto del 2003), a 20% (desde agosto del 2006) y a 27% (desde agosto del 2009) (Ley 28047), es decir, plano y, por tanto, injusto. Por último, se produjo la propia reforma constitucional (Ley 28389), desarrollada por la Ley 28449.

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social

de Salud (ESSALUD) (creada por la Ley 27056 del 29/1/99) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del —entonces llamado— Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado, hasta que esa situación fue declarada inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional. Tras ello —y hasta la reforma constitucional—, la Oficina de Normalización Previsional atendía las pensiones del régimen del Decreto Ley 19990, mientras las del régimen del Decreto Ley 20530 correspondían a la entidad en que se generaron.

Ante el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, se tramitó un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley General de Presupuesto de 1991, por el establecimiento de topes a las pensiones. Este organismo jurisdiccional la declaró infundada el 28 de diciembre de 1991 (expediente 002-003-91-I/TGC).

Contra el Decreto Ley 25967 y el Decreto Legislativo 817 se iniciaron sendos procesos de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional las declaró fundadas en parte, en sentencias expedidas el 23 de abril de 1997 (expedientes 007-96-I/TC y 008-96-I/TC, respectivamente). El fundamento central de ambos fallos estuvo en que al conllevar las reformas una disminución de beneficios y pretender aplicarse inmediatamente a las relaciones existentes, lesionaban los derechos adquiridos en materia pensionaria, consagrados por la versión original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

También fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional las Leyes 26835 y 27617. En sus pronunciamientos emitidos el 15 de junio de 2001 (expediente 001-98-AI/TC) y 10 de marzo del 2003 (expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC), esta última complementada por sentencia expedida el 27 de junio del mismo año (expediente 002-2003-AI/TC), dicho organismo estimó —en todo

y en parte, respectivamente— las demandas. El criterio fue el mismo que se tuvo al resolver los casos anteriores.

Finalmente, las leyes inmediatamente previas a la reforma (Leyes 28046 y 28047) fueron objeto de cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional, quien se pronunció el 27 de setiembre de 2004 y declaró infundadas las demandas (expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC) y el 2 de diciembre de 2005, declaró fundada la demanda (expediente 030-2004-AI/TC), respectivamente; así como las Leyes 28389 y 28449 de reforma constitucional y de desarrollo de esta, respectivamente, en que emitió sentencia el 3 de junio de 2005, y declaró infundadas y fundadas en parte las demandas, según los casos (expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Cabe anotar que en todos los procesos entablados ante el Tribunal Constitucional —salvo los interpuestos contra las Leyes 27617, 28389 y 28449, en que intervinieron también algunos Colegios de Abogados— los demandantes fueron agrupaciones de trabajadores y pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530, que reunieron las cinco mil firmas exigidas por la Constitución, lo que hace evidente su eficaz desenvolvimiento como activo grupo de acción.

CAPÍTULO 2

Los derechos adquiridos en materia pensionaria

Dado que el sustento principal de las resoluciones del Tribunal Constitucional para objetar la constitucionalidad de ciertos aspectos de las reformas legislativas implementadas desde inicios de los años noventa del siglo pasado, reside en el respeto por los derechos adquiridos, resulta indispensable pasar revista a la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo.

2.1 LA REGLA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

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

Las Constituciones de 1979 y 1993 coinciden en proclamar la regla y aceptar excepciones, pero difieren en la extensión de estas: materia penal, laboral y tributaria, en la primera norma; y solo penal en la segunda.

Sin embargo, en doctrina no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y de retroactividad, más allá de entender que la primera situación es la ordinaria y la segunda la extraordinaria. Las interpretaciones de esos términos son básicamente dos y vienen formuladas por las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos¹.

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

Por tanto, si —en una sucesión de mejora— la antigua norma otorgaba una pensión de S/. 800 y la nueva eleva el monto a S/. 1.000, el pensionista se quedaría con S/. 800; pero si ocurriera lo contrario —en una sucesión de disminución: rebaja de S/. 1.000 a S/. 800— el monto que debería percibir el pensionista no sería de S/. 800 sino de S/. 1.000. La manera de evitar la afectación del pensionista en el primer supuesto sería que la nueva norma se declarara retroactiva, para que se incrementara inmediatamente su pensión de S/. 800 a S/. 1.000, pero ello no cabría en nuestro esquema constitucional en esta materia.

La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de irretroactividad cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquella entre en vigencia. La situación es de

¹ Manejamos estos conceptos siguiendo a: RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

Manteniendo el ejemplo anterior, tendríamos que si —en una sucesión de mejora— se aumentara las pensiones de S/. 800 a S/. 1.000, el pensionista percibiría el nuevo monto mayor; y si se rebajara el monto —en una sucesión de disminución: de S/. 1.000 a S/. 800— también la pensión decrecería de inmediato, y se fijaría en S/. 800 y ya no en S/. 1.000. Solo en el primer caso la nueva norma podría declararse retroactiva, ya que sería benigna, aunque ello no podría ocurrir en nuestro ordenamiento.

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

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

La clave, pues, para cada teoría está en cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Respecto del momento en que se

adquiere un derecho, hay tres posiciones doctrinarias²: para la primera, basta que la relación jurídica se haya constituido cuando estaba vigente la norma antigua; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho previsto por esa norma; y para la tercera, se requiere incluso que se haya comenzado a disfrutar del beneficio, antes de su supresión. La más razonable nos parece la intermedia. Sobre la oportunidad de cumplimiento del hecho, habría que distinguir los hechos que se cumplen una única vez, como la edad de acceso a la jubilación, de los que lo hacen periódicamente, como la percepción de una pensión. En este último caso, el cumplimiento ocurre el día en que debe efectuarse el pago.

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

Con la Constitución actual en su versión original parecía ocurrir lo mismo. Sin embargo, dado que —en su Primera Disposición Final y Transitoria— adoptaba literalmente la teoría de los derechos adquiridos para el ámbito pensionario, podría sostenerse por argumento a contrario que acogía para el resto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Pero —de un lado— garantizar los derechos adquiridos no es lo mismo que asumir exclusivamente dicha teoría. Pensamos que, en rigor, la mencionada disposición recogía una figura mixta, que combinaba ambas teorías, porque nos queda claro que si se produjera una sucesión de mejora, la nueva norma debía regir de inmediato; pero

² OJEDA AVILÉS, ANTONIO. «El principio de condición más beneficiosa». En: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, N° 121, 1979, página 36.

si la sucesión fuera de disminución, debía seguir la antigua. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudicara a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja, lo que resultaría evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto. De otro lado, no encontramos una razón convincente que sustentara la validez de sujetar todos los derechos fundamentales a una regla y exceptuar de ella solo los pensionarios, como hacía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución en su versión original.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución circunscribía la protección de los derechos adquiridos a los regímenes obligatorios y a los trabajadores del sector público. De modo que no estaban comprendidos en ella, por una parte, los sistemas pensionarios voluntarios, establecidos como suplemento o complemento a los legales; y, por la otra, los trabajadores de la actividad privada. Esta última exclusión configuraba una manifiesta desigualdad ante la ley, puesto que dichos regímenes obligatorios abarcan tanto a trabajadores de la actividad privada como del sector público.

2.2 LOS MANDATOS DEL DECRETO LEY 25967 Y LA LEY 27617

A modo de ejemplo de las reformas producidas, vamos a poner los casos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617. El primero, como dijimos antes, modificó algunos de los principales requisitos para percibir una pensión de jubilación previstos por el Decreto Ley 19990, especialmente el número de años de aportación necesarios, que fueron elevados a 20, indistintamente para hombres y mujeres, de 15 y 13, para unos y otras, respectivamente; y el número de remuneraciones considerado para el cálculo de la remuneración de referencia, que pasó de las últimas 12 a las últimas 36, 48 ó 60. Esta disposición fue complementada con la de aumento de la edad de jubilación (por la Ley 26504), a 65 años, de los originales 60 y 55, exigidos a hombres y mujeres, respectivamente.

Los cambios dispuestos por el Decreto Ley 25967, aunque no así los introducidos por la Ley 26504, debían aplicarse inmediatamente, incluyendo a los trabajadores que habían alcanzado el requisito previsto por la norma antigua, tanto en el supuesto de que continuaran laborando, como en el de que hubieran cesado e iniciado el trámite para obtener la pensión. De este modo, si conforme al ordenamiento anterior un hombre ya podía acogerse a la jubilación con 60 años de edad y 18 de aportación, pero había optado por mantener su vínculo laboral, tras la expedición del Decreto Ley 25967, tendría que esperar hasta llegar a los 20 años de aportación. La figura era más perjudicial, incluso, para aquel que hubiera cesado en su empleo y solicitado el otorgamiento de una pensión, ya que se quedaría sin trabajo y sin pensión. Este debe ser el caso de muchas personas, dado que la administración de la Seguridad Social tenía paralizada por varios meses la concesión de pensiones, en anticipación de la dación del Decreto Ley 25967.

No hay duda de que el ánimo de evitar la repetición de atropellos de tal magnitud fue uno de los factores que llevó al constituyente a incorporar el texto original de la Primera Disposición Final y Transitoria en la Constitución de 1993, que garantizaba los derechos adquiridos.

La Ley 27617 se dirigió fundamentalmente a revisar las condiciones para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivencia reguladas por el Decreto Ley 20530. El contexto en que se expidió dicha ley estaba conformado por enormes irregularidades que se producían en materia de pensiones de sobrevivencia, tales como la existencia de viudas o hijas solteras que convivían sin casarse para no perder su pensión, pensionistas que adoptaban hijos —a veces sus propios nietos— para transmitirles su pensión, etc. En casi todos los casos, los cambios tendían a la rebaja de beneficios —en cuanto a requisitos y porcentajes— y pretendían también regir inmediatamente para los familiares a cargo de los titulares que no hubieran fallecido a la fecha de entrada en vigencia de la nueva norma. Aquí la controversia se centra, entonces, dado que ya estaba vigente la Constitución actual, en determinar si los cambios pueden

afectar a sobrevivientes potenciales o no. En otras palabras, saber si las pensiones de viudez, de orfandad o de ascendientes que se produjeran después de la dación de dicha ley, deben regirse por la norma antigua o la nueva. Volveremos sobre este asunto más adelante.

2.3 LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los procesos de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 25967, Decreto Legislativo 817, Ley 26835 y Ley 27617, el Tribunal Constitucional había consolidado algunos criterios que nos interesa resaltar a continuación.

En primer lugar, sostuvo el Tribunal Constitucional que la Constitución en su versión original adoptaba la teoría de los hechos cumplidos como regla para el conjunto del sistema y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario. Así, de un lado, señaló que «la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma [...] nuestro sistema jurídico [...] se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo», lo que parece derivar de «la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial [...]», por su artículo 109, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia del expediente 007-96-I/TC sobre el Decreto Ley 25967 y Fundamento 17 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817). Del otro, afirmó que hay derechos adquiridos en materia pensionaria: «Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente» (Fundamento 10 de la sentencia del expediente 007-96-I/TC sobre el Decreto Ley 25967).

Asimismo, al aludir a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, aseveró: «Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530 [...]»; lo que cabe solo porque aquella «permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente [...]» (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817). Las materias no pensionarias no disfrutaban de esta protección: así, dado que «la bonificación [del FONAHPU] no forma parte de la pensión [...] no constituye un derecho adquirido [...]» (Fundamentos 5, 6.1 y 6.2 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617).

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

Constituían derechos adquiridos en el régimen del Decreto Ley 20530 —para el Tribunal Constitucional— conforme a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución en su versión original: «1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el

hombre y doce y medio la mujer [...] y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el [...] Decreto Ley [20530] [...]» (Fundamento 18 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional estableció dos precisiones importantes: qué es un derecho adquirido y cuándo se produce la adquisición de un derecho. Respecto de lo primero, sostiene que tales derechos son «los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas [...]» (Fundamento 10 de la sentencia del expediente 007-96-I/TC sobre el Decreto Ley 25967), o «aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos [...]» (Fundamento 15 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817)³.

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

El derecho a un obtener una pensión originaria se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma. De este modo, la antigua norma «se aplicará solo 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 [...]» (Fundamento 11 de la sentencia del expediente 007-96-I/TC sobre el Decreto Ley 25967). O, más específicamente todavía, cuando dijo que «es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable» y concluyó que sucede «desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos [los de la norma antigua], aun cuando el administrado

³ Toma sin citar la expresión recogida por: ARECO, Juan Segundo. *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Citado por RUBIO CORREA, Marcial. «Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad». En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. I, Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, página 26.

continúe laborando efectivamente [...]» (Fundamento 19 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817).

Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional consideró compatibles con la Constitución todas las modificaciones legislativas que operen hacia el futuro, afectando derechos no adquiridos; e incompatibles las que tienen aplicación inmediata sobre derechos ya adquiridos. Así, por ejemplo: «El nuevo sistema de cálculo se aplicará solo 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. N° 25967 [...]» (Fundamento 12 de la sentencia del expediente 007-96-I/TC sobre el Decreto Ley 25967). O, en el mismo sentido: «el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia [...]» (Fundamento 13 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817).

En igual dirección, cuando se autorizó la modificación por decreto supremo de los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación, sostuvo el Tribunal Constitucional que «es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido [...]» (Fundamento 2.2 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617).

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

El único caso que conocemos, en el que se cambió la oportunidad en que se adquiere el derecho, es el de un diplomático (Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores), resuelto en proceso de amparo, el 26 octubre del 2001. Aquí, el diplomático ingresó al servicio en enero de 1971, cuando ya estaba vigente desde abril de 1929 una ley (modificada en agosto de 1970), conforme a la cual el pase a retiro por límite de edad se producía a los 60 años. Esa ley fue modificada en diciembre de 1996 por otra (a su vez sustituida en junio de 1997), que rebajó dicha edad a 55 años. Antes de alcanzar esta última edad, el diplomático interpuso la demanda de amparo por amenaza de violación de sus derechos adquiridos. El Tribunal Constitucional afirmó: «Los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y, específicamente, aquellos que establecen plazos, no pueden ser —a posteriori— desnaturalizados de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos [...] como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas [...]» (Fundamento 3 de la sentencia del expediente 644-2000-AA/TC).

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

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

Regresando a la cuestión del momento de adquisición de un derecho, centrémonos en el caso de las pensiones derivadas. En este supuesto sostuvo el Tribunal Constitucional que no existe en rigor derecho adquirido ni expectatio, ya que no hay requisito alguno para el disfrute de la pensión de sobrevivencia. El fallecimiento del titular es solo una condición (Fundamento 16 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617). De este modo, el familiar tendrá derecho a conservar la situación prevista por la norma vigente cuando el titular adquirió su derecho, aunque este no haya fallecido aún. Así, se dijo «que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular [...]» (Fundamento 10 de la sentencia complementaria del expediente 002-2003-AI/TC sobre la Ley 27617). De allí se concluyó que las modificaciones de disminución de derechos «solo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían concretado su derecho previsional [...]» (Fundamentos 17, 18 y 20 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617).

Si bien en el plano conceptual la posición del Tribunal Constitucional acerca de la adquisición del derecho a las pensiones derivadas, luce sostenible, en el plano aplicado conduce a situaciones absurdas. Así, cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía, genera automáticamente beneficios de sobrevivencia en una

persona con la que podría no haber contraído todavía matrimonio o que podría no haber sido siquiera concebida. Nos parece, por ello, que el criterio para determinar el momento de adquisición del derecho a una pensión derivada debería ser el de la producción de la contingencia, esto es, el fallecimiento del titular.

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

2.4 LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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

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

Los pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros y cesaron después de haber prestado más de veinte años de servicios

a la administración pública. Conforme a la ley orgánica de dicha entidad, debieron elegir entre continuar sujetos al régimen laboral y pensionario del sector público o acogerse al de la actividad privada. Decidieron lo último y se les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable. Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica hasta abril de 1992, en que a cuatro de los reclamantes se les redujo el monto de su pensión y al quinto se le suspendió. Luego, en octubre de ese año y por mandato del Decreto Ley 25792, se dispuso la homologación de las pensiones con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus trabajadores. Los reclamantes iniciaron sendos procesos de amparo y obtuvieron fallos favorables de la Corte Suprema, expedidos en 1994. La entidad denunciada incumplió las sentencias, por lo que hubo nuevos reclamos, que generaron unas resoluciones expedidas en 1995 por aquella ordenando ejecutar el mandato judicial, lo que también se incumplió. Las acciones de cumplimiento planteadas por los reclamantes también fueron declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional. En enero del 2002, el Congreso derogó por la Ley 27650 el precepto del Decreto Ley 25792 que mandaba efectuar la homologación mencionada. Finalmente, la entidad resolvió dar cumplimiento a sus resoluciones.

La petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue interpuesta en febrero de 1998 y en diciembre del 2001 esta decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se le pedía determinar si el Estado peruano había violado los artículos 21 (propiedad privada), 25 (protección judicial) y 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho a la Seguridad Social consagrado en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue invocado por los reclamantes ni considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque entre los derechos pertenecientes a dicha categoría solo se pueden judicializar los de sindicación y a la educación, conforme precisa el numeral 6 del artículo 19 del mencionado

Protocolo Adicional: «En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». Hay que tener en cuenta, además, que a la fecha de la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no estaba aún en vigor por carecer del número mínimo de ratificaciones, el que obtuvo recién el 16 de noviembre de 1999.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó el reclamo respecto de los derechos de propiedad privada y protección judicial y lo desestimó en cuanto al desarrollo progresivo. Nos interesa resaltar el fallo en lo relativo al derecho de propiedad, porque esta materia fue relacionada directamente con los derechos adquiridos.

Para resolver la controversia se debe determinar «si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto» y «qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a este» (Punto 95). «En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano» (Punto 96). Añadió la Corte Interamericana de Derechos Humanos que «el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley 20530, en el sentido que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas» (Punto 102).

Asimismo, que «desde el momento en que [...] [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas» (Punto 103).

Sobre la cuestión de los parámetros para cuantificar el derecho a la pensión y los límites que se puede imponer a esta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos «observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada (1981) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado» (Punto 115). Al reconocérseles primero y negárseles después, el derecho a la nivelación de su pensión con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les «afectó patrimonialmente, violando el artículo 21 de la Convención» (Punto 115).

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

De la síntesis ofrecida sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fluye que el derecho a la pensión es un derecho adquirido, porque así lo concebía la Constitución y el Tribunal Constitucional peruano y, en tanto se incorporaba al patrimonio de los pensionistas, estaba cubierto por el derecho de propiedad consa-

grado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No queda claro el momento desde el que dicho organismo jurisdiccional entiende que se adquirió el derecho a la pensión: el de la inscripción en el régimen del Decreto Ley 20530 o el del cese en el trabajo; pero sí que tal adquisición no abarca solo la obtención de la pensión, sino los términos en que ella se otorgaba conforme a la norma antigua. No obstante, se admite que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales, se pueda limitar el monto de las pensiones, dándose a entender que las restricciones pueden comprender a las pensiones existentes y no solo a las futuras.

Respecto del derecho a la protección judicial la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró «que el Estado violó [...] la Convención Americana [...] al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas estas» (punto 141).

Finalmente, sobre el desarrollo progresivo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo [...] se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente» (punto 147). Agregó: «Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso [...]» (punto 148).

CAPÍTULO 3

Los cambios previos y la reforma constitucional

3.1 LOS CAMBIOS PREVIOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

3.1.1 El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso

En el marco de un amplio y profundo debate sobre los Sistemas de Pensiones en el Perú, desarrollado en escenarios políticos y periodísticos en los últimos años, se propuso al Congreso que corrigiera las principales distorsiones legislativas que afectan a los Sistemas Públicos y al Privado. Las demandas, sin embargo, han sido escuchadas solo en lo que respecta a los sistemas públicos. En este sector, se ha ejercido también fuertes presiones sobre el Tribunal Constitucional para que enmendara algunas de sus posiciones referidas en especial al régimen del Decreto Ley 20530.

Como resultado de este proceso, el Tribunal Constitucional se rectificó en algunas líneas centrales de sus planteamientos y el Congreso dictó las Leyes 28046 y 28047. Lo primero ocurrió con ocasión de la expedición de una sentencia recaída en un proceso de amparo (Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional), dictada el 18 de junio del 2003 (expediente 189-2002-AA/TC), aunque en otra, expedida el 27 del mismo mes y año, en el proceso de inconstitucionalidad contra la

Ley 27617 (expediente 002-2003-AI/TC), volvió a enfatizar los derechos adquiridos.

En la primera sentencia mencionada (expediente 189-2002-AA/TC), dijo el Tribunal Constitucional que el «Decreto Ley 20530 [...] es un régimen de pensiones de carácter cerrado» (Fundamento 3), desde «el 12 de julio de 1962» (Fundamento 7), pese a lo cual «en diversas ocasiones fue abierto por ley» (Fundamento 3). A partir de esta concepción, «ha resuelto apartarse del criterio adoptado» en un pronunciamiento publicado apenas quince días antes¹, en el que se concedió erróneamente el derecho de incorporarse a dicho régimen (Fundamento 11 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC). Asimismo, se retractó en el cómputo de los cuatro años de formación profesional, que en fallos anteriores había admitido que se hiciera con anterioridad a alcanzar los 15 años de servicios para los hombres y los 12,5 para las mujeres y ahora sostuvo que el abono de ese período «se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente aportados al Estado» (Fundamento 10 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC); y con respecto a la nivelación, cuestión en la que fijó su posición en el sentido que «debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese» y, más explícitamente aún, que «la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada [...] no procede» (Fundamentos 15 y 16 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC). Terminó la resolución con un inusual planteamiento: «considera este Colegiado que [...] debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio

¹ Rosa Medina Pantoja contra la Oficina de Normalización Previsional (expediente 156-2001-AA/TC).

de disponer el pago de los tributos que la ley imponga» (Fundamento 20 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional efectuó una larga reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria, que parece ser la razón por la que se expidió ese fallo complementario sobre la inconstitucionalidad de la Ley 27617, tres meses y medio después de haber resuelto el proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esta sentencia precisó que «el “reajuste” de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes ya tienen el derecho adquirido, sino de “incrementarlas”», por interpretación de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución concordante con la Undécima, referida a «la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales —como la Segunda— que requieren nuevos o “mayores gastos”». Agregó que la progresividad «no puede nunca interpretarse como sinónimo de “regresividad”, y ni siquiera como mantenimiento del statu quo» (Fundamento 14 de la sentencia complementaria del expediente 002-2003-AI/TC sobre la Ley 27617).

Finalmente, le recordó al Congreso «que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios», los que parecen requerir una reforma de la Constitución, que es atribución de aquel efectuar: «siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido» (Fundamento 14 de la sentencia complementaria del expediente 002-2003-AI/TC sobre la Ley 27617).

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

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

Nos interesa en este punto analizar a qué trabajadores o pensionistas podría aplicárseles las modificaciones efectuadas en el ordenamiento pensionario en los meses previos a la reforma constitucional, en el entendido de que el ordenamiento constitucional no se hubiera modificado y el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantuvieran su criterio de que el derecho se adquiere en los términos y condiciones existentes cuando se produjo el supuesto de hecho, como lo sostienen ambos organismos jurisdiccionales en el Fundamento 17 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617 y el Punto 103 de la sentencia del «Caso cinco pensionistas *versus* Perú», respectivamente.

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

Los topes a las pensiones estuvieron previstos en el esquema original del Decreto Ley 20530, cuyo artículo 57 remitía para su fijación a las leyes de presupuesto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, consideró que la Octava Disposición General de la Constitución de 1979, que introdujo la nivelación, derogó el citado precepto del decreto ley (Fundamento 18 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817). No obstante, los topes han existido, dispuestos por sucesivas normas con rango legal. Cuando la Ley General de Presupuesto de 1991 impuso topes, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales desestimó la demanda de inconstitucionalidad contra ella, sobre la base de que «no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la

institución o empresa» (sentencia del expediente 002-003-91-I/TGC). Aquí podríamos identificar tres tramos: primero, el de la Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994; segundo, el del Decreto Legislativo 817, de abril de 1996, equivalente al sueldo de un congresista; y tercero, el de las Leyes 28047 y 28449, de julio del 2003 y diciembre de 2004, respectivamente, ascendente primero a una unidad impositiva tributaria y después a dos. Esto significa que según el período en que se adquirió el derecho, no en el que se hizo efectivo, habrá topes distintos para las pensiones. El actual monto máximo, por tanto, solo vale para los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener una pensión a partir de la vigencia de la última ley mencionada.

Los aportes se elevaron en los últimos años. En este caso, tendríamos que diferenciar cinco tramos: uno, desde el Decreto Ley 20530 hasta el Decreto Ley 22595, en que era escalonado: de 8, 12 y 15% según el monto de la remuneración y de cargo del trabajador; dos, desde el Decreto Ley 22595 hasta la Ley 28047, en que era del 12% de la remuneración, pero distribuido en mitades entre el empleador y el trabajador; tres, desde agosto del 2003, en que asciende a 13%; cuatro, a partir de agosto del 2006, en que se incrementaría a 20%; y cinco, de agosto del 2009 en adelante, en que se fijaría en 27% (en estos tres últimos casos de cargo del trabajador y por mandato de la Ley 28047). Pues bien, al igual que lo planteado para los topes, aquí el trabajador congelaría el monto del aporte vigente en la fecha en que adquiere el derecho a la pensión. De este modo, si la jubilación se materializara en el tramo siguiente, en el que el aporte ya es mayor, seguiría abonando en ese lapso el monto anterior.

Finalmente, la Ley 28046, de la misma fecha que la anterior, creó una contribución solidaria para quienes perciben pensiones más altas. Esta contribución grava el exceso de catorce unidades impositivas tributarias anuales y tiene como tasa la vigente para el impuesto a la renta. Aunque la ley no indica la categoría a la que se adscribe esta figura, asumimos que es la quinta, en cuyo caso dicha tasa sería de 15% hasta

27 unidades impositivas tributarias, 21% por el exceso hasta 54 y 30% por el exceso de 54. En la misma línea de lo sostenido antes, debemos distinguir dos tramos: primero, hasta la entrada en vigencia de la Ley 28046; y segundo, desde dicha vigencia en adelante. Esto significaría que la contribución solo podría gravar a las personas cuyos derechos pensionarios se adquieran a partir de la aplicación de la Ley 28046. Sin embargo, si fuera así la contribución no tendría a quién aplicarse, al menos durante la vigencia de la Ley 28047 que fijó el nuevo tope en una unidad impositiva tributaria por mes, ya que ninguna pensión podría llegar y menos superar las catorce unidades impositivas tributarias por año. Esta situación cambió cuando se reajustó a dos unidades impositivas tributarias por la Ley 28449. Es claro que la intención del legislador es, por tanto, la de gravar a las pensiones existentes; pero, en tal supuesto, también lo es que dicha afectación sería inconstitucional, conforme a la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. Tengamos en cuenta que las pensiones han estado excluidas de toda carga tributaria (primero exoneradas del pago y, luego, desde el 1/1/01, inafectas, en lo que corresponde al impuesto a la renta), por lo que ahora no podría imponérselas una, al menos a las existentes.

De lo expuesto, puede observarse que todas las sucesiones normativas recientes han sido de disminución: los topes bajaron del sueldo de un congresista a una unidad impositiva tributaria, los aportes se elevaron gradualmente de 6 a 13%, primero y luego hubieran subido a 20 —de no ser por la sentencia del Tribunal Constitucional que comentaremos en el Capítulo 4— y se creó la contribución solidaria allí donde no existía tal carga. Por ello, la lectura efectuada por el Tribunal Constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución en su versión original, en el sentido de que consagra la tesis de los derechos adquiridos, no tendría inconveniente para operar. No obstante, como acabamos de ver, hubo una solitaria excepción: el incremento del tope de una a dos unidades impositivas tributarias. En este caso, conforme a la teoría de los derechos adquiridos, quienes hubieran adquirido el derecho entre julio

de 2003 y diciembre de 2004 —oportunidades en que se dictaron las respectivas leyes— deberían mantener como tope una unidad impositiva tributaria, aunque después se haya aumentado a dos, lo que resulta absurdo. Ello hace indispensable, pues, reconocer la adopción de la figura mixta, que combina ambas teorías, planteada en el capítulo anterior.

3.2 LA REFORMA CONSTITUCIONAL

3.2.1 La necesidad de la reforma

Restaurado el ordenamiento constitucional, tras la renuncia del Presidente Fujimori y la elección de un gobierno provisional por el Congreso, se formó una Comisión Especial² encargada de elaborar un «Informe sobre los regímenes previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado». Asimismo, fue designada otra Comisión Multisectorial³ encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que tuvo entre sus preocupaciones principales la cuestión previsional. Ambos informes se presentaron el 15 de julio de 2001.

La Comisión Especial sostuvo desde el inicio de su Informe: «Actualmente en el mundo se discute la viabilidad de los sistemas de reparto» (página 9), que es la modalidad de los Sistemas Públicos en el Perú. Luego concluyó: «Los sistemas de reparto [...] fueron concebidos y respondían a la realidad de ese momento. Sin embargo, la falta de adecuación y ajustes requeridos como consecuencia, entre otros, de los cambios demográficos, originó que dichos sistemas devinieran en

² Integrada por los Ministros de Trabajo y Promoción Social, Economía y Finanzas y Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente de la Corte Suprema, un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Jefe de la Oficina de Normalización Previsional, y sendos representantes de los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530.

³ Integrada por los Ministros de Trabajo y Promoción Social, Economía y Finanzas, Justicia, Educación y Pesquería, y sendos funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el FONAFE.

deficitarios y colapsaran» (página 12). Pese a los dramáticos cambios introducidos en el régimen del Decreto Ley 19990 durante la gestión de Fujimori, esta Comisión Especial pensaba que: «Los ajustes efectuados [...] no han sido suficientes para cubrir los efectos de los cambios demográficos y la alta morosidad en el pago de la aportación» (páginas 13 y 14). La situación del régimen del Decreto Ley 20530 parecía peor. Por ello se planteó: «La reestructuración [...] [que conlleve, entre otras medidas] suprimir la incorporación de nuevos afiliados al sistema [...] el cual debe ser cerrado definitivamente para no crear mayores distorsiones, afectar al Impuesto a la Renta de Quinta Categoría a las pensiones [más altas y] establecer en la Ley de Presupuesto de cada año el límite máximo de moneda nacional de la pensión que puedan gozar los pensionistas [...]» (páginas 17 y 18). En esta perspectiva, se propuso como «conveniente que el Estado fomente el Sistema de Capitalización Individual y la adecuación constante de los sistemas previsionales a los cambios demográficos» (página 16).

La percepción de la Comisión Multisectorial fue sustancialmente coincidente: «El régimen pensionario del D.L. 20530 puede ser calificado de antitécnico y antieconómico, y no resiste comparación con los regímenes modernos de seguridad social o de seguro privado. En efecto, al ligar el retiro a la antigüedad en el servicio, propicia el que muchas personas puedan pasar a condición pasiva en la plenitud de su vida laboral» (página 44). Asimismo, «al no poderse determinar con antelación la edad en la que el servidor pasará a retiro, es imposible establecer correlación entre lo que el servidor aporta para el Fondo de Pensiones (que es un porcentaje elevado de su sueldo) y lo que dicho Fondo le abonará con carácter vitalicio [...]» (páginas 44 y 45). Este régimen además genera «dificultades o impedimentos [...] para el sinceramiento de las remuneraciones del personal activo, por el efecto “espejo” de la cédula viva, cuanto por el inmenso pasivo que representa para el erario nacional [...]» (página 45). La Comisión Multisectorial concluyó recomendando: «1. Procurar la supresión de la primera disposición

transitoria de la Constitución [...] 2. Cerrar definitivamente el régimen del D.L. 20530, no permitiendo la adscripción de nuevos beneficiarios [...] 3. Propugnar una revisión integral del sistema jubilatorio de modo de eliminar ventajas desmedidas [...]» (página 68).

De otro lado, la Defensoría del Pueblo publicó en setiembre de 2004 el Informe Defensorial N° 85: «La situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral». La visión de este organismo autónomo tenía concordancias y divergencias con la de las Comisiones antes mencionadas. Había acuerdo en que «resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país» (página 29); así como que el nuevo sistema público debería establecer que «la jubilación tendría que alcanzarse en base a dos elementos: la edad del afiliado y sus años de aportación al sistema y no tan solo en función del tiempo de servicios del asegurado [...]» (página 30); asimismo, «que no podría reconocerse un régimen de nivelación automática o cédula viva, ya que estos factores conducen a la inviabilidad financiera de cualquier sistema [...]» (página 31); también en que «la administración de este nuevo régimen previsional debería estar a cargo, en forma centralizada, de una sola entidad, que sea reconocida como un organismo autónomo del Poder Ejecutivo [...]» (página 31); y finalmente en que «dado que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, interpretada por el Tribunal Constitucional, garantiza el respeto por los derechos adquiridos, es necesario modificarla, si se quisiera que las nuevas reglas que rijan para las pensiones en el sistema público unificado puedan aplicarse a las pensiones existentes» (página 56). El desacuerdo más importante se encontraba en que, mientras las citadas Comisiones planteaban un cuestionamiento estructural a los Sistemas Públicos de Pensiones, la Defensoría del Pueblo sugería más bien su reforzamiento: «el Estado tiene el deber de reconstruir el sistema público de pensiones para dar cumplimiento cabal al artículo 11° de la Constitución [...]»

(página 29), porque «resulta claro que la protección de las necesidades de la población, ante la ocurrencia de contingencias biológicas y profesionales, mediante prestaciones idóneas, es una actividad de la que un Estado moderno no puede estar ausente [...]» (página 30).

El documento base de este Informe Defensorial (al que se ha hecho referencia en la nota a pie de página N° 1 de este estudio) había sido entregado en octubre de 2003. El retraso en su difusión muestra que la Defensoría del Pueblo prefirió no tomar la iniciativa en el desarrollo de un proceso —en ese momento— de inciertos resultados. Esperó que el Poder Ejecutivo hubiera presentado el proyecto de ley de reforma constitucional al Congreso (14 de abril de 2004), así como que este hubiera emitido una primera votación favorable (26 de mayo de 2004), para recién publicar el Informe Defensorial. Este, de todos modos, significó un decisivo respaldo a la propuesta, especialmente con miras a la segunda votación (12 de noviembre de 2004).

Recordemos que el propio Tribunal Constitucional —Fundamento 20 de la sentencia del expediente 189-2002-AA/TC y Fundamento 14 de la sentencia complementaria del expediente 002-2003-AI/TC sobre la Ley 27617, ambas de junio de 2003— había sugerido la posibilidad de efectuar una reforma constitucional para corregir las principales distorsiones del régimen del Decreto Ley 20530, como vimos en el capítulo anterior.

El Ministerio de Economía y Finanzas había conformado en el segundo semestre de 2003 una Comisión para la elaboración del proyecto de reforma constitucional y legal en materia de pensiones públicas⁴. El proyecto de ley de reforma constitucional entregado por esta Comisión al Ministro fue el que el Poder Ejecutivo presentó al Congreso⁵.

⁴ Presidida por la economista Marisol Giulfo e integrada, entre otros, por los abogados Pedro Morales, Jorge Toyama y el autor de este estudio.

⁵ Como Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, nombrado en febrero de 2004, nos cupo estar entre los impulsores del proceso de reforma en el Poder Ejecutivo primero y luego en el Congreso.

Las razones principales que el Poder Ejecutivo utilizó para sustentar su proyecto fueron que el régimen del Decreto Ley 20530 conducía a una inequidad social y a una insostenibilidad financiera. Vamos a reproducir en seguida una serie de cuadros en los que se constata la situación pensionaria previa a la reforma⁶.

La inequidad social al interior del régimen del Decreto Ley 20530 entre unos pensionistas de bajos y otros de altos o muy altos ingresos se aprecia nítidamente en el siguiente cuadro:

LA MAGNITUD ACTUAL DEL RÉGIMEN

Estimación de número de pensionistas
por rango de pensiones en 2003

Rango	Número de personas	% por rango de pensión
De 0 a 460	18.337	6%
De 460 a 800	59.577	20%
De 801 a 1500	148.782	50%
De 1501 a 3100	57.490	19%
De 3101 a 6000	7.530	3%
De 6001 a 8000	2.712	1%
De 8001 a 10000	245	0,1%
De 10001 a más	256	0,1%
Total	295.531	100%

215.000 pensionistas perciben más de S/. 800 (el límite en el SNP es S/. 857,36).

10.338 personas superan el tope establecido por la Ley N° 28047 (S/. 3.200), y representa ello un costo aproximado de S/. 672 millones anuales.

Allí puede corroborarse también que conforme a la propuesta del Poder Ejecutivo —que el Congreso recogió con algunas modificaciones: reajustes e incrementos para las pensiones menores con otras cifras y tope de dos unidades impositivas tributarias para las mayores, como veremos

⁶ Tomados de: Ministerio de Economía y Finanzas, *Comisión para la elaboración del proyecto de reforma constitucional y legal en materia de pensiones públicas. Proyecto de Reforma Constitucional en materia de pensiones del Decreto Ley N° 20530 y Ley de Desarrollo*, agosto de 2004, páginas 4, 7 y 26.

en el apartado siguiente— conllevaba beneficios para alrededor del 98% de los pensionistas cuyo monto no llegaba a las dos unidades impositivas tributarias entonces vigentes (S/. 6.400) y restricciones solo para menos del 2% que superaba dicho máximo. Según estimados del Ministerio de Economía y Finanzas, la brecha entre las pensiones mayores y las menores pasaría tras la reforma constitucional, en cinco años, de 26/1 a 7/1.

La inequidad social se producía también entre unas reparticiones públicas y otras, e incluso dentro de estas.

En los cuadros siguientes se mostrará la inequidad social entre los pensionistas del régimen del Decreto Ley 19990 y los del Decreto Ley 20530.

En la misma dirección apuntan los estimados del Ministerio de Economía y Finanzas formulados en otro documento⁷, a similitud de condiciones:

Se trata de una funcionaria pública que ingresa a trabajar a los 22 años de edad como empleada pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, con una remuneración mensual equivalente a USS/. 140 y que no hubo ninguna interrupción de servicios con licencia sin goce de haber. Se asume que la esperanza de vida es de 80 años y que la rentabilidad del fondo es de 4% anual en dólares. Asimismo, para los incrementos salariales se asume una tasa de productividad de 2% anual. Bajo el régimen del Decreto Ley N° 19990, la funcionaria se jubilará el año 2022, a los 65 años de edad y con 43 años de aportación. Se asume que la remuneración al momento del cese ascenderá a un equivalente de USS/. 278. Por ello, la pensión que le correspondería, si las normas se mantienen iguales a las actualmente vigentes, sería el tope permitido: equivalente a USS/. 247.

La situación sería muy distinta en el otro régimen:

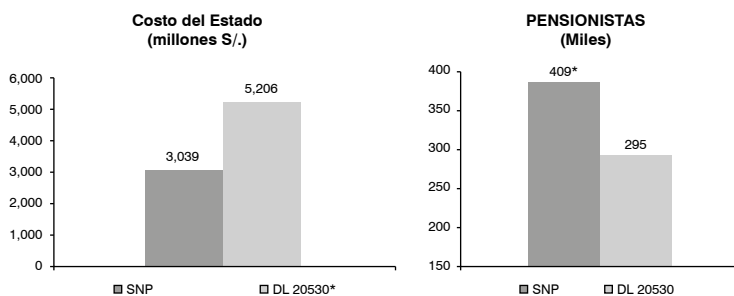
En cambio, bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, la funcionaria se habría jubilado en el año 2000, a los 43 años de edad, luego de

⁷ *Los Sistemas de Pensiones en Perú*, Lima, mayo de 2004, páginas 19 y 20.

21 años de servicios, alcanzando el derecho a una pensión equivalente al total de su última remuneración y con el atributo de nivelable. Ello fue posible debido a que el régimen del Decreto Ley N° 20530 concede derecho a pensión completa a las trabajadoras mujeres que cumplen 25 años de servicios, los que se pueden reducir a 21 en el caso de las que cuentan con título profesional porque se reconoce los cuatro años de estudios superiores. En el momento del cese, su pensión ascendería a un equivalente de USS/. 204, pero, por efecto de la nivelación, se habría incrementado hasta USS/. 226 en el año 2003, alcanzando USS/. 297 en el año 2017.

Finalmente, compara los costos de ambos regímenes: al momento del cese, el monto acumulado de las aportaciones de la funcionaria asciende a USS/. 5.129 en el régimen del Decreto Ley 20530 y a USS/. 34.485 en el del Decreto Ley 19990, lo que financiaría pensiones mensuales solo durante veinte meses en el primer caso —no obstante, las percibirá por 37 años— y doce años y medio en el segundo. Concluye que el costo para el Estado habría sido de USS/. 139.000 en el régimen del Decreto Ley 20530, sin considerar beneficios obtenidos con la nivelación, y de USS/. 8.000 en el del Decreto Ley 19990.

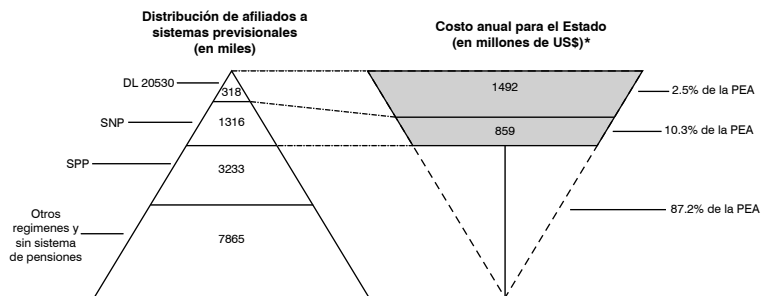
Costo anual del DL 20530 y pensionistas



* Dato calculado por la ONP al 31 de diciembre de 2003

Fuente: CNP y MEF
Elaborador: OGAES MEF

Distribución del costo anual para el Estado en pensiones (2004)



* Incluye contingencias por distorsión de planillas del Estado. Se calcula que el 59% de los pagos del Estado se realizan a través de conceptos fuera de la PUP. En un escenario conservador, se estima una contingencia anual del 50% de los pagos por estos conceptos.

El régimen del Decreto Ley 20530 era, además, financieramente insostenible, según los cálculos formulados por el Ministerio de Economía Finanzas⁸. Dice:

Este pensionista promedio se afilia a los 24 años con una remuneración pensionable de US\$/. 214 y se retira a los 55 años con una remuneración de US\$/. 391. Luego de permanecer como afiliado activo del sistema durante 31 años—considerando una tasa de rentabilidad de 4%— el trabajador habría aportado un total de US\$/. 15 514, a valor presente. Al retirarse, accede a una pensión equivalente al 100% de la remuneración pensionable que tuvo durante su último año de trabajo y que—dado sus años de aporte— es nivelable. Aún cuando no se considerara esta nivelación, los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones previsionales de este pensionista ascenderían a US\$/. 101.814 a valor presente. En tal sentido, el Estado subsidiaría, en promedio, US\$/. 86.300 ó un equivalente de 85% del monto requerido para sus prestaciones. Debe tomarse en cuenta que, si se asumieran posteriores nivelaciones, este subsidio sería aún mayor.

⁸ *Los Sistemas de Pensiones en Perú*, Lima, mayo de 2004, páginas 13 a 15.

Añade luego: «[...] el costo previsional estimado del Régimen del Decreto Ley N° 20530 [...] representa el 40% del PBI y el doble de todo el presupuesto público a 2003».

Por los objetivos que se había trazado la reforma era necesaria una modificación de la Constitución misma y no solo de las leyes. En efecto, cerrar definitivamente el régimen del Decreto Ley 20530, aplicar a los trabajadores y pensionistas sujetos a él las nuevas reglas sobre topes y no nivelación, requería una sustitución de la teoría de los derechos adquiridos por la de los hechos cumplidos a nivel constitucional. Recordemos el reiterado fracaso en los intentos de realizar dichas modificaciones por vía meramente legal, tropezados siempre con nuevas leyes de signo contrario o decisiones jurisdiccionales restitutorias. Basta un solo dato en este sentido: mientras se debatía en el Congreso el proyecto de ley de reforma constitucional había en su Comisión de Seguridad Social numerosos proyectos de leyes que —entre otras ventajas adicionales— disponían nuevas incorporaciones al régimen del Decreto Ley 20530.

Sin duda que la reforma del régimen especial del Decreto Ley 20530 no es la única indispensable en nuestro país. Los regímenes generales, tanto el público como el privado, requieren también profundos y urgentes cambios. Estos deberían incidir sobre las reglas que rigen al Sistema Nacional de Pensiones y al Sistema Privado de Pensiones, por separado y en la relación que guardan entre sí. Nosotros coincidimos con el planteamiento de constituir un sistema de pilares⁹. La propuesta fue formulada, desde diversos frentes, en el debate inmediatamente previo y posterior a la creación del Sistema Privado de Pensiones, pero fue desoída¹⁰. La Defensoría del Pueblo la retomó en su Informe Defensorial N° 99,

⁹ «Los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones: de la relación alternativa a la complementaria». En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. «Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica». En: *Thémis*, Lima, revista de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 25, 1993a, página 10.

ya citado¹¹. Ahora viene respaldada por el Banco Mundial¹² y la Organización Internacional del Trabajo¹³ y recogida por la propia Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, en aparente entendimiento con la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones¹⁴. También la suscriben las centrales sindicales¹⁵. El sistema complementario se funda en la integración del Sistema Público y del Privado, en una estructura de dos pilares básicos¹⁶. El primero sería un Sistema Público, de reparto, con solidaridad, que garantizaría una pensión mínima. El segundo, un Sistema Privado, de capitalización individual, que proporcionaría pensiones adicionales. La afiliación del trabajador sería obligatoria a ambos sistemas y el aporte sería diferenciado a cada uno de ellos, naturalmente mucho mayor al segundo que al primero.

3.2.2 El contenido de la reforma

La reforma constitucional se efectuó por Ley 28389. Sus principales características fueron las siguientes:

El cierre definitivo del régimen pensionario del Decreto Ley 20530 y, por tanto, la prohibición de nuevas incorporaciones o reincorporaciones (Primera Disposición Final y Transitoria).

¹¹ *El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*, Lima, noviembre de 2005, páginas 20 a 23.

¹² *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Washington D.C., 1994, páginas 269 y siguientes.

¹³ GILLION, Colin; TURNER, John; BAILEY, Clive; y LATULIPPE, Denis. *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, página 592.

¹⁴ Así lo informa el artículo «En nombre del jubilado». En: *Suplemento «Día 1» de «El Comercio»*, Lima, 3 de julio de 2006, páginas 16 a 18.

¹⁵ *Propuesta de las centrales sindicales para la reforma de la Seguridad Social en el Perú. Hacia una Seguridad Social universal y solidaria*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, diciembre de 2007, página 60.

¹⁶ Esta propuesta sintetiza las formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial que, en rigor, prevén un esquema de tres pilares: asistencial, contributivo y voluntario.

Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley 20530 se dividen en dos grupos: 1) los que no han cumplido los requisitos para obtener una pensión, deben trasladarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones; y 2) los que los han cumplido permanecen en él pero sujetos a nuevas reglas de aplicación inmediata (Primera Disposición Final y Transitoria).

Estas nuevas reglas consisten en: 1) prohibición de la nivelación de las pensiones con las remuneraciones; 2) prohibición de la reducción del importe de las pensiones inferiores a una unidad impositiva tributaria; 3) aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una unidad impositiva tributaria; y 4) el ahorro presupuestario que provenga de la aplicación de las nuevas reglas será destinado a incrementar las pensiones más bajas (Primera Disposición Final y Transitoria).

Se adopta por primera vez de modo expreso y para el conjunto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos (artículo 103 y Primera Disposición Final y Transitoria).

Se centraliza en una entidad pública la administración de las pensiones a cargo del Estado (artículo 11).

Como puede observarse en el punto b) el criterio seguido por el Congreso para separar en dos grupos a los trabajadores adscritos al régimen del Decreto Ley 20530, ha sido el sentado por el Tribunal Constitucional respecto de la oportunidad de adquisición de los derechos: los que no los habían adquirido salían del sistema y los que ya los habían adquirido permanecían en él. Sin embargo, como a la vez se efectuaba la reforma constitucional, que suponía —entre otras medidas— sustituir la teoría de los derechos adquiridos por la de los hechos cumplidos— se les sometía de inmediato a las nuevas reglas.

Subsiste en el ámbito normativo como una excepción a la teoría de los hechos cumplidos autorizada por la Constitución y cuya justificación es generalizadamente aceptada, la materia penal (artículo 103). Aquí opera una teoría mixta, como la prevista en la original Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución para el campo pensionario.

Otra excepción, con sentido pero discutible, es la regulación de los plazos para la prescripción establecidos por el artículo 2122 del Código Civil. Se admite la ultraactividad de la norma antigua para la vigencia del plazo previsto en ella, pese a su sustitución por una nueva norma¹⁷.

En el ámbito contractual el artículo 62 de la Constitución, que garantiza la intangibilidad de los contratos ya celebrados frente a las innovaciones normativas y, por tanto, se apoya en la teoría de los derechos adquiridos, quiebra la unidad del sistema jurídico y requiere una sustantiva modificación, de la que debería exceptuarse solo —por su propia naturaleza— a los contratos-ley. No puede admitirse que un mismo ordenamiento adopte una teoría para los derechos de origen normativo y otra para los de origen contractual.

La reforma constitucional fue pronto seguida por la Ley 28449, que la complementa. Sus más importantes disposiciones, que no repiten las formuladas por la Ley 28389, establecen:

El monto máximo mensual de las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 es de dos unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha en que corresponda el pago (artículo 3). Dicho tope se aplicará de manera progresiva: 18% anual (Tercera Disposición Transitoria). Este sistema de descenso fue precisado del modo siguiente: la adecuación se efectuará con base al monto resultante de aplicar el 18% sobre la diferencia entre la pensión recibida por el pensionista y el valor de dos unidades impositivas tributarias vigente al 1 de enero de 2005 (artículo 1 de la Ley 28789 del 14/7/06).

El reajuste de las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido 65 años de edad y cuyo valor no exceda el tope, se producirá al inicio de cada año; mientras las pensiones percibidas por beneficiarios menores de dicha edad se ajustarán periódicamente (artículo 4).

¹⁷ Para más detalle ver: NEVES MUJICA, Javier. «La prescripción laboral». En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley, 2008, página 542.

Las pensiones de cesantía e invalidez serán iguales —para los varones a la treintava parte y para las mujeres a una veinticincoava— del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios. La base de cálculo se amplía si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas en ciertos porcentajes y en cierto período previo (artículo 5).

Se impuso restricciones a las pensiones de sobrevivientes, en porcentajes, requisitos, etc., de modo similar a las establecidas antes por la Ley 27617 (artículo 7).

La entidad pública que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley 20530 es el Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 10).

Los recursos que se ahorren con la aplicación de los topes serán transferidos al Fondo para la Asistencia Previsional, con el objeto de financiar incrementos para las pensiones más bajas, de manera escalonada según los montos (Cuarta Disposición Transitoria).

CAPÍTULO 4

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las leyes previas y las de reforma

4.1 LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS LEYES 28046 Y 28047

El Tribunal Constitucional se pronunció en sendos procesos de inconstitucionalidad contra las Leyes 28046, 28047, 28389 y 28449, entre setiembre de 2004 y diciembre de 2005. Primero lo hizo sobre la Ley 28046 que estableció la contribución solidaria, el 27 de setiembre de 2004, y declaró infundadas las demandas (expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC); luego sobre las Leyes 28389 y 28449 de reforma constitucional y de desarrollo de esta, respectivamente, el 3 de junio de 2005, y declaró infundadas y fundadas en parte las demandas, según los casos (expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC); y finalmente sobre la Ley 28047 que fijó los toques e incrementó los aportes, el 2 de diciembre de 2005, y declaró fundada la demanda (expediente 030-2004-AI/TC). No obstante, para efectos de nuestro análisis, vamos a abordar en este apartado los pronunciamientos sobre las leyes previas a la reforma constitucional, para dejar al siguiente el tratamiento de la ley que materializó esta, así como el de su ley de desarrollo.

En este apartado y en el siguiente vamos a recoger los principales argumentos formulados en dichas sentencias, organizándolos en función

de los asuntos tratados y haciendo algunas observaciones en los casos en que tengamos puntos de vista divergentes a los expuestos por el Tribunal Constitucional. Complementariamente, ofrecemos en el anexo de este estudio un índice temático de los criterios sentados por dicho organismo jurisdiccional en sus mencionados pronunciamientos.

4.1.1 La Ley 28046

Las posiciones de las partes

Los demandantes alegaron que la Ley 28046 había vulnerado los derechos adquiridos de los pensionistas, que al crear un tributo se había establecido un tope a las pensiones, que los únicos gravámenes permitidos a las pensiones son los que provengan de mandato legal y que se infringen todos los principios constitucionales tributarios (reseña de las demandas en la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/T). En la contestación se sostuvo que el principio de los derechos adquiridos no impide la realización de modificaciones normativas y que la Ley 28046 no lo afectaba en tanto no desconoce la calidad de pensionistas, ni el derecho de adquirir la pensión una vez cumplidos los requisitos, ni el derecho a una pensión nivelable; asimismo, que el principio de solidaridad es la piedra angular de la Seguridad Social, que los tributos —a diferencia de los topes— no disminuyen el derecho a la nivelación y que no se han vulnerado los principios constitucionales tributarios (reseña de la contestación en la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC).

Dos elementos marco

El Tribunal Constitucional consideró que: «La dilucidación de la presente causa requiere, fundamentalmente, el análisis de 2 elementos marco: de un lado, la protección que la Constitución dispensa al derecho a la seguridad social y, concretamente, al derecho a una pensión [...] y la ineludible relación de ella con la doctrina de los derechos

adquiridos [...] y, de otro, el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado [...]» (Fundamento 2 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC).

El derecho adquirido a una pensión

Sobre lo primero y dado que los «recurrentes alegan la existencia de un derecho adquirido a la “intangibilidad de las pensiones” [...] esto es, la imposibilidad de establecer un límite a la percepción efectiva del monto de la pensión una vez que el derecho ha sido adquirido [...] corresponde evaluar, a la luz de la jurisprudencia expedida por este Tribunal, cuáles son los componentes del derecho adquirido en materia pensionaria [...]» (Fundamento 6 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Concluyó el Tribunal Constitucional que, por la versión original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, «queda proscrita al legislador la posibilidad de: a) desconocer tal derecho y, por ende, la calidad de pensionista so pretexto de que a posteriori varió alguno de los requisitos para obtener la pensión; y b) reducir el monto de esta, bajo el argumento de que, también posteriormente, ha cambiado la regla para su cálculo o se ha establecido un tope pensionario» (Fundamento 8 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). En similar sentido se había pronunciado años atrás (Fundamento 18 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817). Sostuvo, también, que los:

[...] recurrentes [...] se equivocan al considerar que este Tribunal ha consagrado jurisprudencialmente un derecho constitucional «a la intangibilidad de las pensiones», pues [...] dicho monto podría ser reducido, esto es, limitado legítimamente, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones: a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión [...]; b) Que la reducción sea inspirada en razones de utilidad pública o interés social y con el objeto de preservar el bienestar general o bien común dentro de una

sociedad democrática; c) Que sea realizada por vía legal; d) Que, aun cuando la restricción o limitación se presente a nivel subjetivo (personas individualmente consideradas), continúe manteniéndose un nivel de progresividad objetivo en el derecho a la seguridad social, de manera tal que la colectividad verdaderamente representativa de la situación que afronta el Estado en materia de seguridad social no vea afectado su derecho (Fundamento 15 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC).

Finalmente, afirmó que «este Colegiado considera que la Ley impugnada no vulnera los derechos adquiridos en materia pensionaria [...]» (Fundamento 29 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC).

La potestad tributaria del Estado

Respecto de lo segundo, el ejercicio de la potestad tributaria por el Estado, dijo el Tribunal Constitucional que «corresponde evaluar si [...] existe una identidad sustancial entre el tributo regulado por Ley y la aplicación de topes pensionarios [...]» (Fundamento 19 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Concluyó que «no es posible asignar semejanza alguna entre la fijación de un tope pensionario y lo que ello representa [...] con la imposición de un tributo a las pensiones [...] [ya que] el establecimiento de un tributo al patrimonio representado en el monto de la pensión, no impide de manera alguna que dicho monto continúe incrementándose progresivamente [...]» (Fundamento 20 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Luego formuló algunas reflexiones en el sentido de que «el referido régimen es un sistema inherentemente desfinanciado [...]» pues mientras la tasa del aporte se ha mantenido estática «durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003) [...] [ha habido una] nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones [...]» (Fundamentos 30 y 31 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC), por lo que «las pensiones del D.L. 20530 deben ser financiadas a través de

recursos públicos, provenientes de los impuestos [...]» (Fundamento 32 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Asimismo, sostuvo el Tribunal Constitucional que «es necesario evaluar la constitucionalidad del medio utilizado [...] que [...] se manifiesta, concretamente, en forma de tributo [...]» (Fundamento 33 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Recordó que «la norma impugnada no tiene el propósito de quebrantar el derecho a la seguridad social, sino, por el contrario, generar al interior del sistema el compromiso de equidad y solidaridad que debe ser inherente a todo régimen previsional» (Fundamento 36 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). El Tribunal Constitucional desestimó el argumento esgrimido por los demandantes de que se vulneraba el principio de igualdad al afectar las pensiones solo de un grupo de pensionistas (Fundamento 46 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC), afirmando que el «principio de igualdad en materia tributaria tiene estrecha relación con el principio de capacidad contributiva [...]», para arribar a «que existen factores relacionados con el principio de capacidad contributiva que permiten sostener que el derecho a la igualdad en la ley no se ha vulnerado por la ley cuestionada» (Fundamentos 49 y 52 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Finalmente, analizó el Tribunal Constitucional «si el tributo regulado por la ley cuestionada vulnera el principio objetivo de progresividad que informa a todo derecho de contenido social» (Fundamento 54 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). Concluyó «que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan» (Fundamento 55 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). El «concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo

y no subjetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones [...] no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de pensionistas no representativos [...]» (Fundamento 56 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC). La antigua tesis sobre esta materia parece quedar desechada (Fundamento 14 de la sentencia complementaria del expediente 002-2003-AI/TC sobre la Ley 27617).

A diferencia del juicio que hemos emitido antes, en el sentido de que conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un derecho se adquiere dentro del conjunto de condiciones que lo rodean (Fundamento 17 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617 y el Punto 103 de la sentencia del «Caso cinco pensionistas *versus* Perú», respectivamente) y, por tanto, la Ley 28046 no podría aplicarse en el escenario constitucional previo a la reforma sino a los pensionistas que no habían adquirido su derecho a su fecha de entrada en vigencia, el Tribunal Constitucional circunscribió en este caso los elementos susceptibles de adquisición (Fundamentos 8 y 15 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC), retomando una posición sentada en un fallo anterior (Fundamento 18 de la sentencia del expediente 008-96-I/TC sobre el Decreto Legislativo 817), aparentemente abandonado en otro (Fundamento 17 de la sentencia del expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC sobre la Ley 27617).

4.1.2 La Ley 28047

Las posiciones de las partes

En el caso del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28047, los demandantes sostuvieron que el artículo 1 de esta «no respetó el principio de proporcionalidad de aportes [...]» que fluye de la Constitución y del artículo 71 del Convenio Internacional del Trabajo 102 «que prohíbe que los aportes pensionarios superen el 50% del total de recursos

destinados a este fin por parte del pensionista», así como que «se ha violado el derecho a la propiedad» previsto por la Constitución (reseña de la demanda en la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). Sobre el segundo argumento, el Congreso respondió que «ninguno de los tres porcentajes establecidos en el artículo 1º de la Ley N° 28047 superan el 50% establecido como límite por dicho Convenio» y el Tribunal Constitucional desestimó esta pretensión (reseña de la contestación y Fundamento 10 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC).

La proporcionalidad de los aportes y el test de razonabilidad

Respecto del primer argumento referido a la proporcionalidad de los aportes, el Tribunal Constitucional aplicó su test de razonabilidad, integrado por tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Fundamento 2 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). El resultado fue el siguiente. Sobre la idoneidad sostuvo el Tribunal Constitucional que «en el contexto jurídico actual, esta medida no es idónea [...]» (Fundamento 5 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC), «por cuanto la aplicación de un porcentaje único a todas las remuneraciones, estableciéndose, además, un aumento progresivo de los mismos no respeta los valores superiores de justicia e igualdad en tanto que, pasar de una deducción del 6% al 13%, 20% y 27%, genera una afectación económica sustancial a los trabajadores cuyas remuneraciones son más reducidas [...] sin que haya una contraprestación proporcional en la futura pensión que dichos trabajadores vayan a recibir» (Fundamento 5 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). En lo que atañe a la necesidad dijo el Tribunal Constitucional que «en el contexto jurídico vigente, el criterio de porcentajes de aportación [...] no resulta necesario puesto que, con la dación de las leyes de reforma constitucional, se ha previsto una forma de asegurar o mantener la viabilidad del sistema pensionario [...] [por lo que] existe otro medio alternativo [...]» (Fundamento 6 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). Añadió: «cabe argumentar que el nuevo criterio

de porcentajes [...] se encontraba en íntima relación con el monto máximo de pago pensionario y con la temporalidad de la aplicación de este nuevo monto [...] [que] ya no será [...] de una UIT, sino de dos [...]» (Fundamento 8 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). De otro lado, «este monto máximo ya no empezará a regir para las pensiones generadas a partir del 1 de agosto de 2003, sino para toda pensión, inclusive las que están siendo entregadas, cambio que ha sido considerado constitucional [...]» (Fundamento 8 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC) por la sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra las Leyes 28389 y 28449 de reforma constitucional y de desarrollo de esta, respectivamente. Respecto de la proporcionalidad, afirmó el Tribunal Constitucional que «al haberse efectuado una reducción progresiva del monto de la pensión a ser recibida por los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530, y establecer, por otro lado, un aumento progresivo del monto de los aportes, resulta desproporcionado, sobre todo, respecto de aquellos trabajadores cuya remuneración es más reducida» (Fundamento 9 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC).

Ya se advertía en la tercera conclusión del Informe Defensorial N° 85:

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 recaer sobre los pensionistas que tienen sentencias firmes a su favor, ni podría imponer cargas excesivas que desnaturalicen el derecho. De ocurrir alguna infracción a estos criterios, los organismos jurisdiccionales nacionales e internacionales tendrían que restituir el derecho vulnerado¹.

¹ *La situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*, Lima, setiembre de 2004, página 57.

El derecho a la propiedad y el derecho a la pensión

Finalmente, en lo relativo a la presunta violación del derecho a la propiedad, el Tribunal Constitucional efectuó algunas precisiones y distinciones (Fundamentos 11 y 12 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC), en términos muy similares a los realizados en la sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley de reforma constitucional y su ley desarrollo (Fundamentos 96 y 97 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC), que analizaremos en el apartado siguiente. No obstante concluyó que «podría generarse una situación en la que el Estado termine expropiando parte de la remuneración a los trabajadores sin que, posteriormente, obtengan una pensión proporcional a sus aportes [...] [porque] el bien a ser considerado como bien real no es, en este caso, la pensión sino la remuneración [...]» (Fundamento 12 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC).

Disposición de una *vacatio sententiae*

De otro lado, el Tribunal Constitucional, «teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N° 28047 dejaría un vacío normativo susceptible de generar efectos nefastos en el funcionamiento del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530», dispuso una *vacatio sententiae*: de ese modo, «la presente sentencia comenzará a surtir efectos una vez que el legislador haya promulgado la norma correspondiente [...] [la que] se propone al Congreso emitir, a la brevedad posible [...]» (Fundamentos 13 y 14 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC), la que sugirió que «reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por un criterio de porcentaje de aportación escalonado» (Fundamento 9 y fallo de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). Este, como recuerda el propio Tribunal Constitucional, estuvo previsto en el artículo 7 del Decreto Ley 20530, en el «que los descuentos por pensiones estaban referidos a

los montos de las remuneraciones pensionables [...] [de manera que] a los que más ganaban, se les exigía un mayor aporte al fondo pensionario [...]» (Fundamento 4 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC). Consistió en la siguiente escala: 8% de aporte para las remuneraciones hasta diez mil soles, 12% para las que excedían de diez mil y hasta veinte mil, y 15% para las que excedían de veinte mil. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, el Congreso no ha cumplido con expedir la ley modificatoria. Su Comisión de Seguridad Social ha emitido el 24 de marzo de 2009 el Dictamen N° 11/2007-2008/CSS-CR, por el cual se propone la aprobación de un proyecto de ley que retome el sistema escalonado de aportes sobre la base de las remuneraciones percibidas por los trabajadores activos. Es urgente resolver esta cuestión porque empiezan a producirse respuestas divergentes en las distintas entidades públicas. En nuestro concepto, hasta que se cumpla con expedir la ley modificatoria, tendría que regir la tasa de 13%, ya que este sería el mal menor. Aplicar la de 20% que debería haber operado desde agosto de 2006 de no haberse declarado inconstitucional la Ley 28047, sería actuar frontalmente contra la sentencia. El Tribunal Constitucional pudo haber evitado esta situación mediante la formulación de una regla transitoria en su sentencia, que rigiera hasta que el Congreso dictara la regla definitiva, que sería una ley modificatoria, en vez de dejar la solución enteramente en manos de este.

4.2 LOS ORGANISMOS JURISDICCIONALES ANTE LAS LEYES 28389 Y 28449

Como dijimos al inicio del apartado anterior, el Tribunal Constitucional se pronunció conjuntamente sobre la Leyes 28389 y 28449, de reforma constitucional y de desarrollo, respectivamente, el 3 de junio de 2005 (expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Las demandas fueron estimadas en parte, como veremos enseguida.

De otro lado, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos acaba de resolver las denuncias interpuestas por diversas entidades contra el Estado peruano por supuestas violaciones de derechos producidas por la reforma constitucional en materia pensionaria. En su momento revisaremos los alcances del Informe N° 38/09. Caso 12.670. Mediante este, la posibilidad de que se planteara una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha quedado descartada.

4.2.1 El Tribunal Constitucional

En su trascendental y voluminosa sentencia sobre la validez de las leyes de reforma constitucional y de desarrollo, el Tribunal Constitucional analizó por separado las Leyes 28389 y 28449. Aquí vamos a seguir ese mismo criterio al reseñar dicha sentencia.

4.2.1.1 La Ley 28389

Sobre la Ley 28389, los demandantes habían alegado —y el Congreso había rechazado— la violación de los derechos a la Seguridad Social, a la pensión y a la propiedad, así como a diversos principios, entre ellos, el carácter progresivo de los derechos fundamentales (reseña de la demanda y de la contestación en la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

¿Puede el Tribunal Constitucional analizar, en un proceso de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional?

El Tribunal Constitucional empezó su pronunciamiento con extensas e importantes reflexiones sobre diversos asuntos propiamente constitucionales, en las que, por el objeto de este estudio, no nos detenemos aquí (Fundamentos 1 a 41 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Sin embargo, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional se interrogó acerca de si «este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una

demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional [...]» (Fundamento 3 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De modo que «este Colegiado podría llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control» (Fundamento 4 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). El Tribunal Constitucional afirmó que la Constitución le atribuye competencia «para ejercer el control constitucional de la ley sin distinción alguna» y, por tanto, también de la ley de reforma constitucional, ya que el correspondiente precepto «debe ser interpretado correctamente de manera extensiva [...]» (Fundamento 20 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Mientras el poder constituyente originario «tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional [...] [el] poder constituyente derivado [tiene solo] la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución [...] [y] el Tribunal Constitucional es el intérprete de la voluntad del poder originario [...]» (Fundamentos 17 y 18 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

¿Qué ordenamiento constitucional debe utilizarse, el antiguo o el reformado? ¿Se encuentra el Tribunal Constitucional vinculado a su jurisprudencia anterior?

De otro lado, dada la controversia entre las partes sobre este punto, el Tribunal Constitucional se preguntó «si las demandas planteadas deben analizarse a la luz de las normas constitucionales ahora vigentes —o sea, ya reformadas— o si, por el contrario, corresponde el examen a partir de las normas en vigor hasta antes de la reforma» (Fundamento 7 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Concluyó que «no se puede incurrir en la contradicción jurídica de utilizar como parámetro de constitucionalidad una

norma inexistente [...] [por lo que] es absolutamente inconstitucional pretender utilizar como marco jurídico, en el presente proceso, el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria reformados» (Fundamento 8 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). No obstante, «tampoco podrían aplicarse las nuevas disposiciones constitucionales, por ser precisamente materia de impugnación constitucional», dado lo que «este Tribunal circunscribirá el examen de la legitimidad de dicha reforma constitucional al parámetro del “contenido fundamental” de la Constitución [...] sobre la base de las normas no sujetas a controversia constitucional, y siempre referidas al derecho a la pensión [...]» (ibídem). Asimismo, se debatió «si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas», frente a lo que el Tribunal Constitucional determinó que «no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedite a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado» (Fundamento 9 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Los límites formales y materiales de la reforma constitucional: el derecho de defensa y el contenido fundamental

En este proceso el Tribunal Constitucional deberá «establecer [...] cuáles son los límites materiales y formales que existen respecto a una reforma constitucional» (Fundamento 5 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Sobre las objeciones de forma, la principal de las cuales sería la violación del derecho de defensa al no haber solicitado la opinión de los sectores involucrados, dijo el Tribunal Constitucional que «dentro del íter legislativo, la existencia del derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada [...] [ya que] no existe controversia jurídica [...] [pese a lo cual]

las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población [...]», lo que al haberse satisfecho en este caso «no conlleva vicio alguno en el procedimiento [...]» (Fundamento 29 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

En cuanto a los cuestionamientos de fondo, sostuvo el Tribunal Constitucional que los «derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente, porque son los que otorgan la calidad de Estado social y democrático de derecho al Estado peruano» (Fundamento 36 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Recordó que los «derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos [...] [por lo que] el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su “contenido fundamental”» (Fundamento 38 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Preciso que:

[...] todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse sobre 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 (Fundamento 37 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Los principios-derechos: dignidad, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestario

También se advirtió que «la decisión que adopte el Tribunal Constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso, y la escrupulosa ponderación de la capacidad económica de la nación» (Fundamento 45 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Se analizaron cinco principios-derechos: dignidad, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestario. De ellos cabe destacar que la igualdad «exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora [...] de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad [...] [por lo que] deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad [...]» (Fundamentos 47, 67 y 68 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Al respecto, concluyó: «Con las modificaciones constitucionales realizadas, las desigualdades [entre los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530] [...] se aminoran» (Fundamento 45 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). La solidaridad «implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar con los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario» (Fundamento 48 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Este «se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados» (Fundamento 59 de la sentencia

del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). También se sostuvo que «cualquier modificación [...] [al] régimen privilegiado de pensiones [de la minoría beneficiada] solo puede ser promovido invocando el principio de solidaridad [...]» (Fundamento 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC) y que «el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del “otro”, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente [...]» (Fundamento 66 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Finalmente, sobre la progresividad ya se había dicho: «En consecuencia, el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar inequidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social» (Fundamento 44 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC); a lo que ahora se agrega «que el principio de progresividad no es absoluto [...] se trata de un principio netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional per se. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estaría afectado» (Fundamentos 49 y 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

El derecho a la Seguridad Social como garantía institucional del derecho a la pensión

El derecho a la Seguridad Social «se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión [...]», por lo que, de un lado, «está blindada contra una reforma legislativa —incluso constitucional— que la anule o la vacíe de contenido» y, del otro, «para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal» (Fundamentos 53 a 55 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Su contenido protegido «se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos [...] las condiciones de pertenencia a un determinado régimen [...] las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación [...] [y] el principio de solidaridad [...]» (Fundamento 55 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De allí concluyó el Tribunal Constitucional que «la reforma constitucional pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 resulta plenamente constitucional, en la medida que procura asegurar un eficiente sistema de seguridad social y un derecho a la pensión justo» (Fundamento 56 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

La equidad

Con referencia a la equidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que:

[...] si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social [...] también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna [...] [lo que] no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único [...] pero exige que no exista

una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad (Fundamento 59 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Quizá la más visible expresión de la inequidad en el régimen del Decreto Ley 20530 la constituía la nivelación, «que no es una condición intrínseca [de este régimen] sino que fue agregada con posterioridad a su creación [...] [porque] es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiéndolo a cada pensionista [...] en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, hartamente ventajosa para él, pero inequitativa para el resto [...]» (Fundamentos 63 y 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Afectar «determinado quantum de las pensiones más altas del régimen [...] [para que se] pueda aumentar las más bajas [...] implica una regresión [...] [que no compromete] el principio de progresividad [...]», como ya se señaló (Fundamento 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Afirmó el Tribunal Constitucional que «cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de “cédula viva” [...] [lo que configuraría un] intento [...] de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión» (Fundamento 65 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Los derechos humanos y los derechos fundamentales

Tras efectuar una distinción entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional sostuvo: «La definición de la pensión como derecho fundamental, y no como derecho humano, nos

permite abordar su naturaleza como derecho incorporado al ordenamiento constitucional» (Fundamento 73 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Sobre los preceptos reformados dijo: «A diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la Primera Disposición Final y Transitoria solo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental [...]» (Fundamento 74 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y los grados de preceptividad

Luego recogió una distinción doctrinaria entre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, que comprende el esencial y el no esencial; y el contenido no constitucionalmente protegido, que es el adicional (Fundamento 75 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Asimismo, señaló que hay tres teorías respecto de la determinación del contenido esencial, para arribar a que: «Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora» (Fundamento 104 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). El «contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por el derecho a no ser privado arbitrariamente de él y por el derecho a una pensión mínima» (Fundamentos 99 y 107 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Añadió: «El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [...] está afecto a las evoluciones y a los

consensos sociales, mientras que el contenido accidental está sujeto a una definición progresiva por el legislador» (Fundamento 87 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Ni la nivelación ni los topes forman parte del contenido esencial, ya que el contenido no esencial «está compuesto por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación)» y el contenido adicional «guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados [...]» (Fundamento 75 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Agregó el Tribunal Constitucional que «el hecho de que la ley de reforma prohíba la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [...]», así como que «mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de estas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no puede ser tachada de inconstitucional» (Fundamentos 99 y 100 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). El Congreso tiene «la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional [...] [mediante una] actividad legislativa [...] [que] está siempre sometida a la limitación del contenido esencial [...]» (Fundamento 77 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). «El sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que aquellos beneficios que forman parte del contenido esencial del derecho, deben seguir siendo gozados o percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso» (Fundamento 85 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Concluyó: «La reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible [...]» (Fundamento 77 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Por otra parte, recogió el Tribunal Constitucional la distinción «entre los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, y los denominados prestaciones, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos [...]» (Fundamento 89 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC) y señaló «que a esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales sociales y económicos [...]» (Fundamento 90 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). No obstante, este «Colegiado [...] estima que existe una serie de medidas de carácter inmediato que deben adoptarse [...] entre ellas efectuar las providencias legislativas indispensables acordes con la fuerza expansiva de los derechos y afianzar el carácter de justiciable del derecho fundamental a la pensión, lo cual permita que pueda ser invocado ante los tribunales» (Fundamento 91 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Semejanzas y diferencias entre el derecho a la propiedad y el derecho a la pensión

Sobre las semejanzas y diferencias entre el derecho a la propiedad y el derecho a la pensión, afirmó el Tribunal Constitucional que el primero «desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...] [por lo que] parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro» (Fundamento 96 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Por el contrario, enfatizó que «el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario» (ibídem). Por último, se preguntó el Tribunal Constitucional «si la pensión consta de los mismos atributos que la propiedad privada y, por lo tanto, si cabe equiparlos»,

lo que lo condujo a constatar «que la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad» (Fundamento 97 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Sustentando este argumento dijo el Tribunal Constitucional que:

[...] la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación [...] por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad [...] [ya que] la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante [...] [y] en cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario [...] (ibídem).

El test de razonabilidad y la reforma del derecho a la pensión

Por último, el Tribunal Constitucional se preguntó si la reforma del derecho a la pensión fue in peius o pro homine, para lo cual consideró que «se debe determinar, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la pensión; para en segundo lugar, proceder a aplicar el test de la razonabilidad» (Fundamento 101 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Lo primero lo hemos abordado antes en este mismo apartado, por lo que nos referiremos aquí a lo segundo. El referido test está integrado por tres principios, que son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Fundamento 109 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Respecto de la idoneidad sostuvo que «lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la

perspectiva constitucional, totalmente legítimos» (Fundamento 111 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Sobre la necesidad dijo que este «Colegiado considera que la realización de la reforma constitucional [...] constituye la alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima» (Fundamento 112 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De la proporcionalidad afirmó «que la intervención, en el caso concreto, del derecho fundamental a la pensión, es legítima constitucionalmente, en la medida en que el grado de realización del objetivo de la injerencia —justicia e igualdad pensionaria— es proporcional al grado de afectación del derecho [...]» (Fundamento 113 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Concluyó que «la Ley N° 28389 [...] no comporta una reformatio in peius» y añadió: «La intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas» (Fundamento 114 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

¿La reforma constitucional afecta la cosa juzgada?

Acerca de la supuesta afectación de la cosa juzgada, sostuvo el Tribunal Constitucional que a «las personas que hayan sido favorecidas por [...] resoluciones judiciales [...]» sustentadas en la teoría de los derechos adquiridos y emitidas antes de la reforma constitucional «les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada [...], ya que dicho organismo la encuentra válida (Fundamento 116 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Precisó que «en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan

en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que a posteriori y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución [...] [aunque] la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos [...]» (ibídem).

Conclusión

El Tribunal Constitucional culminó su evaluación sobre la Ley 28389 con una frase categórica: «no existe vulneración alguna de los límites materiales ni formales de la reforma constitucional, por lo que las demandas son infundadas en este extremo» (Fundamento 117 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

4.2.1.2 La Ley 28449

El canon de interpretación constitucional: la Constitución reformada y los derechos fundamentales de configuración legal

En cuanto a la Ley 28449, antes de ingresar al análisis de fondo, el Tribunal Constitucional definió el canon de interpretación constitucional. Dijo:

[Dado que] ha quedado desvirtuada la alegada inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional [...] consecuentemente, el análisis de la constitucionalidad de la Ley N° 28449 [...] será realizado teniendo presente que [...] el parámetro de control constitucional será la Constitución reformada [...] [por lo que] el control constitucional de la Ley N° 28449 no podría ser realizado sobre la premisa de una protección constitucional a la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, tal como ha ocurrido con la jurisprudencia de este Tribunal emitida con anterioridad a la reforma (Fundamento 119 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Luego añadió dos precisiones importantes. La primera referida a los derechos fundamentales de configuración legal. Sostuvo que: «Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares [...] parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador [...]» (Fundamento 120 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Afirmó: «En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, este es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias» (ibídem). Finalmente, delimitó qué «disposiciones de la legislación ordinaria [...] dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión»: «Solo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen)» (ibídem)².

Las teorías sobre vigencia de las normas en el tiempo y los derechos fundamentales

La segunda precisión atañe a las teorías sobre vigencia de las normas en el tiempo y los derechos fundamentales. Sostuvo el Tribunal Constitucional: «La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de

² Esta cuestión fue abordada con más detalle en los Fundamentos 8 y siguientes de la sentencia dictada el 8 de julio de 2005 en el proceso de amparo seguido entre Manuel Anicama Hernández y la Oficina de Normalización Previsional (expediente 1417-2005-AA/TC).

aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la [...] 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 [...]» (Fundamento 121 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Concluyó: «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 [...]» (ibídem).

El primer criterio mencionado —no aplicación inmediata dentro de la teoría de los hechos cumplidos si con aquella se afectara un derecho fundamental— constituye a nuestro juicio una sensata tesis que hubiera sido suficiente para impedir, de no haber estado garantizados los derechos adquiridos en ese entonces, la aplicación inmediata de los radicales cambios en los requisitos de obtención de una pensión de jubilación dispuestos por el Decreto Ley 25967. Debemos tener en cuenta, en todo caso, dada la presunción de constitucionalidad de la ley, que esta se aplicaría en un primer momento y después se inaplicaría o eliminaría según el proceso constitucional que se emplee. El segundo —aplicación inmediata dentro de la teoría de los derechos adquiridos cuando resulta beneficiosa— nos parece incomprensible en nuestro marco constitucional, ya que para la teoría de los derechos adquiridos la aplicación inmediata es retroactiva y esta no está permitida, salvo en materia penal.

¿Cuándo un mandato de desincorporación al régimen pensionario vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho?

Respecto de las cuestiones de fondo, el Tribunal Constitucional se centró primero en la distinción «entre los requisitos para incorporarse a un determinado régimen pensionario y los requisitos para obtener

una pensión dentro de dicho régimen» (Fundamento 125 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Según las Leyes 28389 y 28449 quienes pertenecían al régimen del Decreto Ley 20530 pero no habían cumplido los requisitos para obtener una pensión debían trasladarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones. Esta obligación de «desincorporarse de este régimen y optar por otro», dijo el Tribunal Constitucional, «no vulnera ningún límite al poder de reforma constitucional [...] [ya que] si bien el derecho fundamental a la seguridad social debe encontrarse plenamente garantizado por el Estado, no forma parte de su contenido constitucionalmente protegido, el que dicha garantía deba ser prestada dentro de un específico régimen previsional [...]» (Fundamento 126 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Tampoco «constituye una excepción al principio de irretroactividad de las leyes [...] pues si bien [...] una persona puede haber cumplido con el requisito para la incorporación [...] tal hecho no queda consumado sino hasta que dicho trabajador cumple, adicionalmente, con los requisitos para obtener una pensión [...]» (ibídem). En el caso de que ya hubiera satisfecho estos, «resultaría manifiestamente inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley [...] y la garantía institucional de la seguridad social [...] que [...] una futura ley pretenda imponerle su desincorporación» (ibídem). Sobre la aplicación inmediata de las reglas previstas en la Ley 28449 dijo el Tribunal Constitucional «que una nueva ley, dentro de los límites constitucionales y sobre la base de razones proporcionales, razonables y objetivas [...] [puede] reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas [...]» (Fundamento 129 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

La compatibilidad del nuevo tope pensionario con la Constitución y la seguridad jurídica

Sobre el monto máximo de las pensiones, afirmó el Tribunal Constitucional que «al fijar [la Ley 28449] en dos UITs la pensión máxima mensual dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, se ha situado por encima del mínimo pensionario que en ponderación con las capacidades presupuestarias del Estado peruano, resulta conforme con el derecho a una vida acorde con el principio de dignidad» (Fundamento 131 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De este modo, «el argumento de los recurrentes conforme al cual el tope pensionario previsto en [...] la Ley N° 28449 resultaría inconstitucional por pretender aplicarse inmediatamente [...] carece de sustento, máxime si es la propia Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución [...] la que expresamente [lo] establece [...]» (Fundamento 132 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). «Tampoco resulta inconstitucional [...] la supresión de la nivelación como mecanismo de reajuste pensionario [...]» (Fundamento 133 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Según el Tribunal Constitucional, la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tope no se encuentra relacionada con la aplicación de las leyes en el tiempo, sino «con relación al principio de seguridad jurídica» (Fundamento 134 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De esta manera, «aun cuando [...] las leyes resultan de aplicación inmediata [...] la discordancia entre la ley “nueva” y la ley “vieja” no podría ser de tal grado que desborde todo margen de razonabilidad en las implicancias que ella genera para los ciudadanos [...]» (ibídem). Agregó: «los mismos criterios [de razonabilidad y previsibilidad que se emplean para el reajuste periódico y progresivo de las pensiones] deben tenerse en cuenta a efectos de reducir el monto de

las pensiones en los supuestos en que estas resulten excesivamente altas [...]» (ibídem). El criterio utilizado en la Ley 29449 para dicho efecto «este Tribunal [lo] estima razonable».

El necesario reajuste de la pensión mínima

En el extremo opuesto, que es de la pensión mínima, el Tribunal Constitucional «comparte [la] preocupación [de los demandantes en el sentido de que] las pensiones más humildes quedarán congeladas o propensas al juego político del gobernante de turno [...] [de allí que] este Colegiado considere conveniente que [...] es necesario que también la pensión mínima vital [...] tenga un parámetro objetivo y razonable de referencia [...] [que] debe ser un porcentaje de alguna unidad de medición monetaria [...] [como] la Unidad Impositiva Tributaria [...] o [...] la Unidad Remunerativa del Sector Público [...]» (Fundamentos 135 y 136 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

El criterio de la edad para el reajuste pensionario y el principio de igualdad

Los recurrentes habían alegado también que la diferenciación entre los pensionistas con 65 años de edad o más y los menores de 65 que practica la Ley 28449 para efectos del reajuste de las pensiones: anual respecto de los primeros y solo periódico respecto de los segundos, resultaba violatoria del principio de igualdad. El Tribunal Constitucional sostuvo: «La edad ha sido y es uno de los requisitos tradicionalmente utilizados [...] para dotar de márgenes de objetividad a la identificación del supuesto fáctico que activa al sistema previsional para conceder la prestación [...]» (Fundamento 139 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Agregó que «en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera

que esta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario “anual” y aquellos que tienen derecho a un reajuste “periódico” [...]» (ibídem). Concluyó que «no hubiese sido razonable si [...] en lugar de la edad, se hubiese utilizado como criterio de diferenciación la cantidad de años de aportación del pensionista» (Fundamento 140 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). No obstante, afirmó: «La razonabilidad del criterio de diferenciación [...] no es motivo suficiente para descartar la existencia de un trato discriminatorio» (Fundamento 141 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). A juicio del Tribunal Constitucional la finalidad de beneficiar al grupo de 65 años a más con un reajuste anual tendría para el grupo no beneficiado «consecuencias manifiestamente desproporcionadas, si la ausencia de este beneficio anual cierto, implicase la condena a la existencia del reajuste sine die» (ibídem). Por ello enfatizó que «la sostenibilidad financiera [...] no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste tenga lugar [...] se trata tan solo de un factor que condiciona el quantum del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica [...]» (ibídem). Por último, advirtió: «Este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido [...]» (ibídem).

Respecto de lo que acabamos de reseñar, cabría precisar que dos de las principales críticas formuladas al régimen pensionario del Decreto Ley 20530 son, de un lado, que no considera la edad sino los años de servicios como requisito para la obtención de una pensión de cesantía y, del otro, que no guarda correlación entre la tasa del aporte y el monto de la pensión. De este modo, nos hubiera parecido más afín a las anotadas características de dicho régimen atender el planteamiento de los demandantes: considerar los años de aportación y no la edad para distinguir entre los grupos para efectos del reajuste. Tampoco compartimos la tesis de que, pese a contar con un criterio razonable de

diferenciación, podríamos encontrarnos frente a una discriminación. Lo que permite separar una mera distinción de una discriminación es justamente, como ha sostenido muchas veces el mismo Tribunal Constitucional, la existencia o no de una causa objetiva y razonable.

La regulación de las pensiones de sobrevivientes

Luego entró el Tribunal Constitucional al estudio de la regulación de las pensiones de sobrevivientes por la Ley 28449. Primero sostuvo que mientras el otorgamiento y el monto de la pensión del titular se ciñe a criterios individuales, que su quantum se proyecte a los sobrevivientes es «una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión [...]» (Fundamento 143 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). En el caso de los hijos menores de edad o los que siguen estudios básicos o superiores esta condición se presume, pero en el de los cónyuges hay un doble trato: a la viuda no se le exige acreditar su dependencia económica, pero al viudo sí, por lo que podríamos encontrarnos ante una discriminación (ibídem). El Tribunal Constitucional consideró que la «diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres [...] no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley [...] [sino que] debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa el derecho a la igualdad [...] [como una] “acción positiva” [...]» (Fundamento 144 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Recordó que «existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados [...]» (Fundamento 144 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC), así como que si «bien en años recientes ha existido un importante

grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada [...] no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada» (Fundamento 146 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). «De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista» (ibídem). Lo que sí calificó de inconstitucional fue que se exigiera al viudo simultáneamente, de un lado, su incapacidad para subsistir por medios propios y, del otro, su carencia de ingresos superiores al monto de la pensión y el no amparo por algún sistema de Seguridad Social: «exigir que estas condiciones se presenten copulativamente resulta manifiestamente innecesario [...] [por lo que] es preciso declarar la inconstitucionalidad del conector conjuntivo “y”» (Fundamentos 147 y 148 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De otro lado, sostuvo el Tribunal Constitucional que «el monto previsto como pensión de viudez respeta el derecho al mínimo vital como componente del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [...]» (Fundamento 149 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). En perspectiva contraria, nosotros sostuvimos en un trabajo publicado en 1987³ que el principio de igualdad y el mandato de no discriminación demandaban una uniformación de las regulaciones diferenciadoras por sexo y estado civil que existían en materia de salud y de pensiones. De esa fecha en adelante se avanzó significativamente en el campo de la salud y, en lo que se refiere a pensiones, solo en el régimen del Decreto Ley 19990 —incluyendo

³ «La Seguridad Social en la Constitución». En: FRANCISCO EGUIGUREN (Director). *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987, páginas 188 a 192.

el otorgamiento de validez al concubinato efectuado por el propio Tribunal Constitucional⁴— pero no en el del Decreto Ley 20530.

En cuanto a las pensiones de orfandad, el Tribunal Constitucional armonizó las normas, aclarando —incluso con didácticos ejemplos— la distribución de porcentajes cuando concurren viuda e hijos, no solo en el régimen del Decreto Ley 20530, sino también en el del Decreto Ley 19990 (Fundamentos 150 a 154 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Hay que destacar que se consideró inconstitucional proteger a los hijos que cursan estudios universitarios solo hasta los veintiún años, en tanto «es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto» (Fundamento 153 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). De otro lado, también lo es supeditar la percepción de la pensión a que los estudios sean universitarios, «por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos [...]» (ibídem). En todo caso, la tutela no alcanza a «los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica [...] [ni] a aquellos hijos que no sigan sus estudios de manera satisfactoria, dentro del período regular lectivo» (Fundamento 154 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

El destino del ahorro

Sobre el destino del ahorro, el Tribunal Constitucional consideró «pre-ciso incidir en determinados aspectos que deberán tenerse en cuenta

⁴ Sentencia del 6 de noviembre de 2007 dictada en el proceso de amparo seguido por Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (expediente 06572-2006-PA/TC).

para lograr que los objetivos plasmados en el plano teórico, se puedan concretar en el terreno práctico» (Fundamento 158 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Por ello, «lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos [Fondo para la Asistencia Previsional] se destine a mejorar el sistema de seguridad social [...]» (Fundamento 159 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Asimismo, recordó «que el Fondo para la Asistencia Previsional precitado goza de la garantía de intangibilidad [...]» y que «el derecho al cobro de la pensión es de naturaleza imprescriptible [...]» (Fundamento 160 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

La unificación de los regímenes pensionarios públicos

Finalmente, el Tribunal Constitucional propuso «que, en tanto todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva» (Fundamento 163 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Este planteamiento ya había sido formulado antes por la Defensoría del Pueblo en la segunda conclusión y la primera recomendación del Informe Defensorial N° 85⁵.

4.2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió, hasta diciembre de 2005, seis denuncias contra el Estado peruano presentadas por cinco organizaciones de cesantes y jubilados y un Colegio

⁵ *La situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*, Lima, setiembre de 2004, páginas 56 y 57.

de Abogados⁶. Se alegaba en ellas la violación principalmente de los siguientes derechos: igualdad, propiedad, derechos adquiridos, protección judicial y desarrollo progresivo. Estas denuncias fueron acumuladas en un solo expediente (Petición N° 957-2005).

Recientemente, se ha conocido el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso, emitido el 27 de marzo de 2009 (Informe N° 38/09. Caso 12.670). Dicho organismo, respecto de los derechos consagrados en los artículos 21 (Derecho a la propiedad privada), 25 (Protección judicial) y 26 (Desarrollo progresivo) y de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), todos ellos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consideró que la petición era admisible, aunque el Estado peruano no incurrió en violación de ellos; y, respecto de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la vida), 10 (Derecho a la indemnización), 17 (Derecho a la familia) y 24 (Igualdad ante la ley) del mismo instrumento internacional, estimó que la petición era inadmisibile (Fundamento 150).

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el análisis de derecho comprende dos puntos: la incorporación de los efectos patrimoniales de un régimen de seguridad social determinado en la noción de propiedad privada y la obligación de los Estados de efectivizar de manera progresiva las normas económicas y sociales (Fundamento 96). Sobre lo primero sostuvo: «La Comisión concluye entonces que los efectos patrimoniales de un régimen pensional al cual se han efectuado contribuciones

⁶ Son las que a continuación se indican: Petición N° 957-2005 de la Asociación de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social – ASEIPSS, Petición N° 1049-2005 de la Asociación Nacional de Pensionistas del Banco de la Nación – ANPEBAN, Petición N° 1287-2005 de la Asociación de Cesantes y Jubilados de ENAPU S.A. Terminal Portuario General San Martín – ACJENAPU – PISCO, Petición N° 1286-2005 del Centro Federado de Trabajadores y Ex Servidores del Seguro – CFTESSALUD, Petición N° 1177-2005 de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú y Petición N° 1414-2005 del Colegio de Abogados del Cusco.

o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos, deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad [...]» (Fundamento 103). Sin embargo, añadió: «[...] el derecho a la propiedad no es absoluto pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social» (Fundamento 106). Aplicó al respecto el siguiente test: «i) Si la restricción fue impuesta a través de una ley; ii) Si la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de realizar un interés social o de preservar el interés general en una sociedad democrática; y iii) Si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y, en todo caso, de no sacrificar la esencia del derecho a la pensión» (Fundamento 112). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró «que la restricción del derecho a la pensión se efectuó a través de una reforma constitucional y legal», que habían seguido los procedimientos previstos (Fundamento 113); «que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática» (Fundamento 116); y «que la restricción impuesta al derecho a la pensión de las presuntas víctimas, fue proporcional pues constituyó un mecanismo idóneo para lograr el fin propuesto, no afectó el contenido esencial del derecho ni desconoció de manera irrazonable las contribuciones efectuadas» (Fundamento 126). Siendo categórica la respuesta a todas las cuestiones concluyó «que el Estado peruano no incurrió en violación del derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana ni de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento» (Fundamento 127). Aclaró, además, que «si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivale a la supresión del derecho a la propiedad [...] [ya que] las supuestas víctimas continuaron ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones [...] [por lo que] este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiere de una indemnización [...]» (Fundamento 126).

Respecto al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que este comprende el derecho a la pensión (Fundamento 130). Hay dos aclaraciones muy importantes respecto de los alcances del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la primera es: «que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles [...] [lo que] implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia» (Fundamento 139); y la segunda es «que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad [...] [ya] que el concepto de progresividad —y la obligación correlativa de no regresividad— [...] no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en dicha norma» (Fundamento 140). Aplicando estos conceptos al caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó «que no cuenta con elementos suficientes para determinar que la reforma constituyó una medida regresiva en cuanto al desarrollo del derecho a la seguridad social en el Perú, y por lo tanto, concluye que el Estado no violó el artículo 26 de la Convención Americana» (Fundamento 147). En el análisis específico sostuvo dicho organismo: 1) que la eliminación de la nivelación, aunque pudo significar una disminución a futuro de los montos percibidos, no resulta regresiva porque esta no beneficiaba a la mayoría de pensionistas del sector público, por lo que los afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho, sino un grupo privilegiado (Fundamento 142); 2) que la imposición de topes máximos y la reducción progresiva hasta llegar a ellos, si bien supone la reducción en el monto percibido, no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho, lo que en este caso no ocurre (Fundamento 143); 3) que no cuenta con elementos para considerar que el mecanismo de reajuste de las pensiones de los mayores de 65

años de edad en función del índice de precios al consumidor no es idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión (Fundamento 144); y 4) que el mecanismo de reajuste para los menores de 65 años, teniendo en cuenta las posibilidades de la economía del Estado, sin la salvaguardia de un reajuste periódico y obligatorio, puede constituir una medida regresiva, pero el Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de junio de 2005 ha condicionado la interpretación en el sentido de que el reajuste periódico es obligatorio, aunque su monto no esté definido, lo que salva a la norma de ser considerada en sí misma como regresiva (Fundamentos 145 y 146).

Finalmente, en cuanto al derecho a la protección judicial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recordó que los peticionarios interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra las leyes de reforma y de desarrollo que fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, sin que se alegaran vicios procesales, por lo que «reitera que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo» (Fundamento 149).

Ya no habrá, pues, una demanda contra el Estado peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la lleve a evaluar nuestra reforma constitucional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que dicho organismo jurisdiccional supranacional seguramente habría tomado en cuenta su anterior pronunciamiento emitido en el «Caso cinco pensionistas *versus* Perú».

Conclusiones

1. En la configuración y desarrollo del régimen pensionario del Decreto Ley 20530, todos los actores, poderes públicos y agrupaciones sociales, han desempeñado —muchas veces— un papel negativo, al fomentar por intereses individuales la conservación y el agrandamiento en beneficiarios y beneficios de un sistema estructuralmente desfinanciado.
2. La necesidad de efectuar una reforma constitucional para introducir modificaciones sustanciales en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530 tiene como razón ulterior la inequidad social y la insostenibilidad financiera que dicho régimen de manera inevitable y significativa generaba, y como razón inmediata la impotencia de los sucesivos intentos legislativos de realizar las necesarias modificaciones, paralizados por un muro parlamentario y jurisdiccional.
3. Los asuntos centrales abordados por la reforma constitucional fueron: la sustitución de la tesis de los derechos adquiridos por la de los hechos cumplidos; el cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20530 y la sujeción de los trabajadores y los pensionistas pertenecientes a él a las nuevas reglas de aplicación inmediata, entre las que figuran los reajustes, los topes y la no nivelación; y la administración centralizada del régimen en una sola entidad.

4. En materia de vigencia en el tiempo, ya el Tribunal Constitucional había sostenido desde abril de 1997, con ocasión de las sentencias sobre la inconstitucionalidad del Decreto Ley 25967 y el Decreto Legislativo 817, que la teoría de los hechos cumplidos regía en todo el sistema jurídico y la de los derechos adquiridos solo en materia pensionaria. La reforma constitucional, por tanto, respecto de lo primero, solo ha explicitado lo que se encontraba implícito; y, respecto de lo segundo, ha sometido el ámbito pensionario al mismo criterio que las demás materias. La reforma constitucional incluso respetó la teoría de los derechos adquiridos en cuanto a la pertenencia al régimen (los que habían adquirido el derecho continuaban en él y los que no, se trasladaban al Sistema Nacional o al Privado de Pensiones), pero aplicó los hechos cumplidos en lo que respecta al sometimiento de los que permanecían en él a las nuevas reglas.

5. En las sentencias posteriores a la reforma constitucional recaídas en los procesos de inconstitucionalidad contra las Leyes 28046, 28047, 28389 y 28449 se ha conformado una tesis sobre la vigencia de las normas en el tiempo en el sentido siguiente: con la introducción de un nuevo párrafo en el artículo 103 y la sustitución de la Primera Disposición Final y Transitoria se ha suprimido el sustento de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria; sin embargo, la aplicación inmediata de las nuevas normas no podrá introducir drásticas disminuciones porque afectaría el contenido esencial de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Si se hubiera utilizado esta tesis frente a algunos atropellos cometidos en materia pensionaria por el régimen de Fujimori, se hubiera podido impedir la aplicación inmediata de disposiciones notoriamente perjudiciales, sin necesidad de acudir a la teoría de los derechos adquiridos.

6. Subsisten en nuestro sistema jurídico dos excepciones en el ámbito normativo a la teoría de los hechos cumplidos, una autorizada por la Constitución: la materia penal, y la otra no: la regulación de los plazos

para la prescripción establecidos por el artículo 2122 del Código Civil. Asimismo, subsiste otra en el ámbito contractual: el artículo 62 de la Constitución. Las primeras nos resultan razonables, pero la última no, salvo en lo referido al contrato-ley. Concede al contrato prevalencia sobre la ley, lo que en materias públicas o sociales es inaceptable.

7. En conjunto las nuevas reglas que rigen para los trabajadores y pensionistas sujetos al régimen del Decreto Ley 20530 nos parecen bastante razonables. Benefician a la gran mayoría de los adscritos a dicho régimen, a través de los reajustes e incrementos y perjudican a una ínfima minoría, mediante los topes y la contribución solidaria, todo ello en aras de los valores superiores de equidad social y sostenibilidad financiera. Por ello, no infringen en modo alguno el principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales, que no se mide en pequeña sino en gran escala, como han recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. En caso contrario estaríamos frente a una irreversibilidad de los derechos individuales, que resulta ajena a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a nuestra propia Constitución.

8. Quizá el único caso en que se ha expedido una regla irrazonable esté constituido por el de los aportes incrementados por fechas y no por magnitud de ingresos, que el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional y ha pedido al Congreso reemplazar. Es lamentable la prolongada omisión de este en el cumplimiento de su deber. El Tribunal Constitucional debió disponer una solución provisional hasta que el Congreso cumpliera con expedir la ley modificatoria.

9. De los procesos de inconstitucionalidad contra las Leyes 28046, 28047, 28389 y 28449 resueltos por el Tribunal Constitucional, solo en uno —el de la Ley 28046— se utilizó el ordenamiento anterior a la reforma constitucional y, pese a ello, la demanda fue declarada

infundada, porque no hay derecho adquirido a la intangibilidad de las pensiones y la fijación de un tope no es equivalente a la imposición de un tributo. Se utilizó el nuevo —entre otros, en el seguido contra la Ley 28047— y, pese a ello, la demanda fue declarada fundada, porque el criterio de determinación del porcentaje de aportación no satisfizo el test de razonabilidad. De otro lado, mientras en los demás procesos las demandas fueron calificadas de infundadas, al menos en los asuntos centrales, en el caso de la Ley 28047 fue calificada de fundada, pero se dispuso una *vacatio sententiae* que trabó la ejecución de la sentencia, al no prever una disposición provisional.

10. El Tribunal Constitucional ha tenido en sus primeros años un comportamiento incoherente en materia del régimen del Decreto Ley 20530, incluso durante la vigencia de un mismo ordenamiento. Dicho comportamiento ha tendido a armonizarse tras la implementación de la reforma constitucional. Hoy en día contamos con una sólida doctrina jurisdiccional en materia pensionaria. Quizá el defecto principal de las sentencias de dicho organismo jurisdiccional sea su innecesaria extensión, resultado de cierto desorden y reiteración, que dificulta su comprensión especialmente para los operadores menos calificados jurídicamente, contrariando un fin del Estado constitucional de derecho: el fácil acceso de los ciudadanos al entendimiento de las normas y las sentencias.

Fuentes

1. LIBROS, ARTÍCULOS Y DOCUMENTOS

ABANTO REVILLA, César

- 2003 «Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, junio, páginas 35 a 43.
- 2004 «Comentarios sobre el proyecto de reforma constitucional del Decreto Ley N° 20530». En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima: Caballero, Obregón & Flores, agosto, páginas 25 a 29.
- 2008 «El Sistema de Pensiones en el Perú: de la reforma y la desafiación a un Sistema Único Complementario». En: *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley, páginas 635 a 656.

BANCO MUNDIAL

- 1994 *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Washington D.C.

COMISIÓN ESPECIAL

- 2001 *Informe sobre los regímenes previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530 y otros a cargo del Estado*, Lima, 15 de julio.

COMISIÓN MULTISECTORIAL

- 2001 *Informe final de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central*, Lima, 15 de julio.

CGTP, CUT, CTP, CATP

- 2007 *Propuesta de las centrales sindicales para la reforma de la Seguridad Social en el Perú. Hacia una Seguridad Social universal y solidaria*, Lima: Oficina Internacional del Trabajo, diciembre.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2004 *Informe Defensorial N° 85: La situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*, Lima, setiembre.
- 2005 *Informe Defensorial N° 99: El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*, Lima, noviembre.

DIARIO EL COMERCIO

- 2006 «En nombre del jubilado». En: *Suplemento Día 1*, Lima, 3 de julio, páginas 16 a 18.

FAJARDO CRIBILLERO, Martín

- 2004 «Modificaciones constitucionales al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530». En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima, Caballero, Obregón & Flores, julio, páginas 7 a 10.

FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT DE COLOMBIA, PROGRAMA DE ASESORÍA Y

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN PARA EL DESARROLLO

- 1992 *Regímenes pensionales*, Bogotá.

GARCÍA GRANARA, Fernando

- 2003 «Cédula viva, Seguridad Social y reforma previsional». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, junio, páginas 53 a 64.
- 2004 «Los topes pensionarios en el régimen de pensiones del Estado». En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima: Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, octubre, páginas 217 a 235.

GILLION, Colin; JOHN TURNER; CLIVE BAILEY; y DENIS LATULIPPE

- 2002 *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

GONZALES HUNT, César

- 2003 «La errática jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional y los criterios de interpretación constitucional». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2003, páginas 45 a 52.
- 2004 «Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional». En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima: Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, octubre, páginas 187 a 207.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2004 *Los Sistemas de Pensiones en Perú*, Lima.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN MATERIA DE PENSIONES PÚBLICAS

2004 *Proyecto de Reforma Constitucional en materia de pensiones del Decreto Ley N° 20530 y Ley de Desarrollo*, agosto de 2004.

MORALES CORRALES, Pedro G.

2003 «El fracaso de los sistemas pensionarios a cargo del Estado y la resolución del Tribunal Constitucional del 18 de junio de 2003». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2003, páginas 25 a 33.

NEVES MUJICA, Javier

1987 «La Seguridad Social en la Constitución». En: Francisco EGUIGUREN (director). *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima: Cultural Cuzco S.A., páginas 169 a 207.

1993a «Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica». En: *Thémis*, revista de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 25, páginas 7 a 10.

1993b «La previsión social en las Constituciones peruanas». En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima, Caballero, Obregón & Flores, febrero, páginas 15 a 17.

2004 «Los derechos adquiridos en materia pensionaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima: Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, octubre, páginas 165 a 185.

2006 «Los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones: de la relación alternativa a la complementaria». En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, páginas 821 a 834.

2008 «La prescripción laboral». En: *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley, páginas 539 a 551.

OJEDA AVILÉS, Antonio

1979 «El principio de condición más beneficiosa». En: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, N° 121, 1979, páginas 7 a 48.

RUBIO CORREA, Marcial

1990 «Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad». En: *Biblioteca Para leer el Código Civil*, Vol. I, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, páginas 17 a 37.

2007 *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

2008 «Principios de la Seguridad Social». En: *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley, páginas 593 a 618.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

2008 *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*, Lima: Gaceta Jurídica.

2. NORMAS

- Constitución de 1920.
- Constitución de 1933.
- Constitución de 1979.
- Constitución de 1993.
- Decreto Ley 20530 del 26/2/74.
- Ley 24029 del 12/12/78: incorporación de los diplomáticos.
- Decreto Ley 22595 del 30/6/79: fijó en 12% el aporte (6% el empleador y 6% el trabajador).
- Ley 23495 del 9/11/82: la nivelación pasó a ejecutarse de manera automática y ya no progresiva.
- Ley 24156 del 6/6/85: se permitió el cómputo de los años de formación profesional dentro del tiempo de servicios, fueran simultáneos o no, en este último caso, incluso previos.
- Ley 24366 del 21/11/85: incorporación de los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley 20530, contaran con 7 ó más años de servicios.
- Ley 25008 del 20/1/89: se elevaron las pensiones de sobrevivencia al 100% de las de cesantía.

FUENTES

- Ley 25066 del 23/7/89: incorporación de los trabajadores que se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados.
- Ley 25146 del 19/12/89: incorporación de los trabajadores del Banco de la Nación.
- Ley 25212 del 20/5/90: incorporación de los profesores del Estado.
- Ley 25219 del 24/5/90: incorporación de los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a PETROPERÚ.
- Ley 25273 del 4/6/90: incorporación de los trabajadores de las empresas estatales.
- Leyes Generales de Presupuesto desde 1991 a 1994: fijaron topes a las pensiones.
- Decreto Legislativo 763 del 15/11/91: nulidad de las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento.
- Decreto Legislativo 767 del 29/11/91: incorporación de los jueces.
- Decreto Ley 25967 del 19/12/92: modificó las reglas del Decreto Ley 19990 para la jubilación.
- Ley 26504 del 17/7/95: elevó la edad de jubilación.
- Decreto Legislativo 817 del 23/4/96: centralizó en la Oficina de Normalización Previsional el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios; declaró nulas las incorporaciones o reincorporaciones con infracción del Decreto Ley 20530; dispuso que la nivelación de las pensiones debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público; y fijó un tope para estas pensiones que se equiparó al sueldo de un congresista.
- Ley 26835 del 4/6/97: repitió algunos mandatos del Decreto Legislativo 817.
- Ley 27617 del 28/12/01: redujo las pensiones de sobrevivientes.
- Ley 27719 del 11/5/02: estableció que el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios fuera realizado en forma descentralizada.
- Ley 28046 del 30/7/03: estableció una contribución solidaria.
- Ley 28047 del 30/7/03: elevó los aportes por tramos, fijó el tope pensionario en una unidad impositiva tributaria y precisó que la nivelación de las pensiones debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público.
- Ley 28389 del 16/11/04: de reforma constitucional.
- Ley 28449 del 23/12/04: de desarrollo de la reforma constitucional.
- Ley 28789 del 14/7/06: precisó la Ley 28449 sobre la reducción del 18% anual de la pensión.

3. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

3.1 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso cinco pensionistas *versus* Perú

3.2 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Informe N° 38/09. Caso 12.670

3.3 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.3.1 Procesos de inconstitucionalidad

- Ley General de Presupuesto de 1991 (expediente 002-003-91-I/TGC) (28/12/91)
- Decreto Ley 25967 (expediente 007-96-I/TC) (23/4/97)
- Decreto Legislativo 817 (expediente 008-96-I/TC) (23/4/97)
- Ley 26835 (expediente 001-98-AI/TC) (15/6/01)
- Ley 27617 (expediente acumulado 005, 006 y 008-2002-AI/TC) (10/3/03)
- Ley 27617 (expediente 002-2003-AI/TC) (27/6/03)
- Ley 28046 (expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC) (27/9/04)
- Ley 28047 (expediente 030-2004-AI/TC) (2/12/05)
- Leyes 28389 y 28449 (expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC) (3/6/05)

3.3.2 Procesos de amparo

- Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores (expediente 644-2000-AA/TC) (26/10/01)
- Rosa Medina Pantoja contra la Oficina de Normalización Previsional (expediente 156-2001-AA/TC) (6/8/02)
- Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional (expediente 189-2002-AA/TC) (18/6/03)
- Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (expediente 1417-2005-AA/TC) (8/7/05)
- Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (expediente 06572-2006-PA/TC) (6/11/07)

ANEXO

Principales criterios jurisprudenciales

De las reseñas de las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad contra las Leyes 28046, 28047, 28389 y 28449, que hemos presentado en el capítulo 4 de este estudio, fluyen algunos importantes criterios jurisprudenciales sentados por el Tribunal Constitucional, entre los que —a nuestro juicio— merecen destacarse los siguientes:

Contenido adicional

- Guarda relación con los beneficiarios derivados: sobrevivientes (Fundamento 75 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Está sujeto a definición progresiva por el legislador (Fundamento 87 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Contenido constitucionalmente protegido

- Distinción entre contenido constitucionalmente protegido y no protegido (Fundamento 75 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Contenido esencial

- El contenido esencial del derecho a la pensión se mantiene irreducible con la reforma constitucional (Fundamento 77 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Teorías sobre la determinación del contenido esencial (Fundamento 104 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Está afecto a evoluciones y consensos (Fundamento 87 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- El contenido esencial del derecho a la pensión comprende el acceso, el no ser privado de ella y la pensión mínima (Fundamentos 99 y 107 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Contenido no esencial

- El Congreso puede reformar los preceptos no esenciales y adicionales de la Constitución (Fundamentos 17, 18, 38, 77 y 85 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Está compuesto por los topes y los reajustes (incluyendo la nivelación) (Fundamento 75 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Derecho a la pensión

- Es un derecho fundamental de configuración legal (Fundamento 120 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- (Ver otras entradas).

Derecho a la propiedad

- No tiene los mismos atributos que el derecho a la pensión (Fundamentos 11 y 12 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC sobre la Ley 28047 y Fundamentos 96 y 97 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Derecho a la Seguridad Social

- Es una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión (Fundamentos 53 a 55 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- No forma parte de su contenido constitucionalmente protegido el que dicha garantía deba ser prestada dentro de un específico régimen previsional (Fundamento 126 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Igualdad y no discriminación

- No se vulnera al afectar las pensiones solo de un grupo (Fundamentos 46, 49 y 52 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- Un porcentaje único de aporte para todas las remuneraciones no respeta el valor superior de la igualdad (Fundamento 5 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC sobre la Ley 28047).
- La reforma constitucional aminora las desigualdades (Fundamento 45 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Exige al legislador una vinculación positiva y negativa (Fundamentos 47, 67 y 68 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

- La diferenciación para efectos del reajuste entre los pensionistas por su edad no es discriminatoria (Fundamentos 139 a 141 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- No es discriminatorio el trato favorable para la mujer en la pensión de viudez; es una acción positiva (Fundamentos 143 a 146 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Carece de fundamento objetivo y razonable supeditar el otorgamiento de la pensión de orfandad solo a los hijos que cursen estudios universitarios y no otros estudios superiores distintos (Fundamento 153 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC).

Nivelación pensionaria

- Ha habido una nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones (Fundamentos 30 y 31 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- No es una condición intrínseca al régimen del Decreto Ley 20530 sino que fue agregada y ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones (Fundamentos 63 y 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- La nivelación busca la utilización ventajosa del derecho a la pensión, por lo que configura un abuso (Fundamento 65 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- La prohibición de la nivelación no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (Fundamentos 99 y 100 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

- No es inconstitucional la supresión de la nivelación (Fundamento 133 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Pensión mínima

- Es parte del contenido esencial (Fundamentos 99 y 107 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Para que no quede congelada debe sujetarse a parámetro objetivo y razonable de referencia (Fundamentos 135 y 136 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- El monto de la pensión de viudez respeta el derecho al mínimo vital como componente del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (Fundamento 149 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Progresividad

- Informa todo derecho de contenido social (Fundamento 54 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- No supone absoluta imposibilidad de regresión (Fundamento 55 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- Es un concepto netamente objetivo y no subjetivo (Fundamento 56 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046 y Fundamentos 49 y 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Supone una tendencia evolutiva, pero puede haber cambio de estatuto (Fundamento 37 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

- No se justifica que en aras de cubrir las altas pensiones de un reducido grupo exista un desembolso considerable y constante de recursos (Fundamento 44 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- No se compromete cuando se afecta el monto de las pensiones más altas para aumentar las más bajas (Fundamento 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Solidaridad

- Debe ser inherente a todo régimen previsional (Fundamento 36 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- Supone un compromiso de cada persona con los fines sociales del Estado (Fundamento 48 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- El aporte de los activos sirve de sustento a las pensiones de los retirados (Fundamento 59 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Cualquier modificación al régimen privilegiado de pensiones de la minoría solo puede ser promovido invocando la solidaridad (Fundamento 64 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Integra el contenido protegido del derecho a la Seguridad Social (Fundamento 55 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Comporta el reconocimiento del «otro» (Fundamento 66 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Topes pensionarios

- No es inconstitucional fijar topes mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y cubra el mínimo (Fundamento 132 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Tributos y topes

- No existe identidad sustancial entre ambos conceptos (Fundamentos 19 y 20 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).

Vigencia de las normas en el tiempo

- Identifica los componentes del derecho adquirido en materia pensionaria según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia constitucional (Fundamentos 6, 8 y 15 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- Para analizar la ley de reforma constitucional no puede utilizarse el ordenamiento reformado, tampoco el nuevo; se usa el «contenido fundamental» (Fundamentos 7 y 8 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449); pero para analizar la ley de desarrollo sí se utiliza la Constitución reformada (Fundamento 119 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Tampoco se puede utilizar la jurisprudencia referida al ordenamiento anterior (Fundamento 9 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- La Ley 28046 no vulnera los derechos adquiridos (Fundamento 29 de la sentencia del expediente acumulado 001 y 002-2004-AI/TC sobre la Ley 28046).
- Cabe la aplicación inmediata del monto máximo (Fundamento 8 de la sentencia del expediente 030-2004-AI/TC sobre la Ley 28047).

- Los beneficios que integran el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión deben seguir siendo percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso (Fundamento 85 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- A las personas favorecidas por resoluciones judiciales previas a la reforma constitucional les resulta aplicable esta, pero no retroactivamente (Fundamento 116 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- 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 (Fundamento 121 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Requisitos para obtener una pensión no vulneran la irretroactividad de las leyes (Fundamento 126 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- Una nueva ley, dentro de los límites constitucionales, puede reducir las pensiones que en el futuro serán otorgadas (Fundamento 129 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- El tope pensionario previsto en la Ley 28449 puede aplicarse inmediatamente porque la nueva Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución lo autoriza (Fundamento 132 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).
- La discordancia entre la «nueva» y la «vieja» ley no puede ser de tal grado que desborde el margen de razonabilidad (Fundamento 134 de la sentencia del expediente acumulado 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC sobre las Leyes 28389 y 28449).

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
agosto de 2016 Lima - Perú