

FUTURO DE LOS RÉGIMENES PENSIONARIOS EN PERÚ. SISTEMA ESTATAL DE PENSIONES

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES*

Sumario:

Introducción. I. El nuevo contexto mundial y sus vinculaciones con la seguridad social 1. Mundialización y desarrollo económico. 2. Interrelaciones y consecuencias en el suministro de la Seguridad Social. II. Sinopsis internacional del derecho previsional. 1. Diferentes velocidades continentales. 2. Demografía y seguridad social. 3. El rol reciente de la O.I.T. en materia de Seguridad Social. III. Problemática de las pensiones a cargo del estado peruano. 1. Entorno problemático general. 1.1. Sociológico – laboral - previsional. 1.2. Histórico – político. 1.2.1. Sistema Nacional de Pensiones del D.L. 19990. 1.2.2. Régimen estatal de pensiones del D.L. 20530. 1.3. Económico – financiero. 2. Problemática jurídica. 2.1. En el ámbito legislativo. 2.1.1. Interferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. 2.1.2. Legislación inestable y vacilante. 2.1.3. Reforma constitucional en materia de pensiones. 2.2. En el ámbito jurisprudencial (Algunas de las principales soluciones del Tribunal Constitucional en materia de pensiones). IV. Perspectivas del derecho previsional en el Perú. Consideraciones conclusivas generales.

(*) Profesor de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas en las Universidades Nacional de Trujillo y Privada "Antenor Orrego" de Trujillo - Perú.

INTRODUCCION.

Uno de los grandes problemas mundiales, a veces no debidamente aquilatados, sobre todo en los países del Tercer Mundo, es el de la seguridad social en el área del Derecho Previsional. Los cambios profundos en la economía y otros ámbitos de la vida social, como producto de un envolvente e ineludible proceso de globalización, con nuevas tecnologías, a pesar de algunas opiniones discordantes, propicia un mundo más interdependiente que nunca. Una mayor interdependencia en las relaciones económicas -sean estas comerciales, de inversión, finanzas, producción en escala, etc.- debe y tiene que implicar necesariamente una mayor interacción social y política para hacer frente a los nuevos desafíos, porque la seguridad social está íntimamente ligada al desarrollo económico.

El Derecho Previsional tiene diferentes velocidades o desarrollos a nivel continental e intra-continental, por las vinculaciones descritas e implicantes con polivalentes disciplinas científicas. En este trabajo, luego de una ligera revisión global del entorno, trataremos de identificar, dentro de un país atrasado y lleno de problemas como es el Perú, cuáles son los aspectos principales de la problemática de las pensiones a cargo del Estado: Sistema Nacional de Pensiones del D. L. 19990 y Régimen de Pensiones del D.L. 20530.

A continuación haremos una sucinta mención a los problemas actuales de la seguridad social peruana en materia de pensiones, para luego tratar de avizorar cuál es el futuro o las perspectivas del sistema estatal en sus dos vertientes.

Como es usual en este tipo de eventos científicos, esta ponencia busca provocar la discusión, intenta presentar parte de la realidad para motivar la reflexión y el debate entre las múltiples visiones o concepciones de los asistentes, todo lo cual coadyuvará en la búsqueda de alternativas serias a tenerse en cuenta por todos los que de un modo u otro tienen que ver con el asunto para la elaboración de estrategias de reforma o solución a mediano y largo plazo.

I. EL NUEVO CONTEXTO MUNDIAL Y SUS VINCULACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Mundialización y desarrollo económico.

La mundialización o globalización es un fenómeno complejo y dinámico propio de la expansión de la economía capitalista y sus soportes técnicos e ideológicos. Implica la creciente gravitación de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial sobre los procesos nacionales o regionales. Se expresa fundamentalmente en la movilidad de los capitales y finanzas, la desregulación y creciente competitividad de los mercados en un contexto de operaciones empresariales integrales y alianzas estratégicas a escala mundial o regional, en la expansión vertiginosa de las tecnologías de la informa-

ción y la comunicación, en los cambios de formas de vida y modelos de consumo que conllevan la globalización de la cultura, de las competencias reguladoras y de la gobernación (con el consiguiente debilitamiento del papel del Estado en la generación de nuevas normas e instituciones para la conducción de las relaciones sociales), y la integración de las sociedades en un sistema político y económico liderado por un poder central.

Como resultado de lo anterior se hace ostensible el crecimiento de la interdependencia entre países y regiones en el flujo de capitales y circulación de bienes y servicios (vía la reducción o eliminación de barreras arancelarias y liberalización del comercio), multiplicación de grupos empresariales y culto exacerbado a la competitividad, estandarización de los modelos de consumo en un número creciente de naciones y disminución de la importancia de las fronteras nacionales, con pérdida de control de los gobiernos y Estados sobre la circulación de capitales.

En el campo del trabajo, lo ya dicho trae como correlato claramente perceptible en los países subdesarrollados, entre otras, las siguientes consecuencias: aumento del desempleo y subempleo; reducción de los salarios reales y descenso de la participación del salario en la renta nacional vía modalidades salariales ligadas al rendimiento, flexibilización de los horarios, etc., en el supuesto erróneo de que así se logra mejorar la competitividad internacional de la producción; precarización del empleo asalariado y aumento del empleo de baja calidad; informalidad, inestabilidad e inseguridad laboral; empeoramiento de las condiciones de trabajo; segmentación de la mano de obra con establecimiento de pisos diferenciados entre los trabajadores estables y los contratados por tiempo determinado; “huída” de las relaciones laborales hacia el derecho privado vía la locación de servicios o la implementación a veces discutible de regímenes o relaciones especiales de trabajo; pérdida de importancia y poder negociador de las organizaciones sindicales, etc.. Este fenómeno es conocido como la flexibilización del Derecho del Trabajo, que quiérase o no , contribuye a una creciente diferenciación social y, por ende, a la exclusión social.

2. Interrelaciones y consecuencias en el suministro de la Seguridad Social.

De lo sostenido en el punto 1.1. se puede apreciar que la mundialización trae grandes consecuencias en el campo del trabajo y, por añadidura, en el de la seguridad social, ya que el desempleo y el subempleo, la residualización o restricción del ámbito de validez personal del Derecho del Trabajo, el vaciamiento de sus contenidos, el desarrollo vertiginoso de la informalidad, las diferencias cada vez mayores y espeluznantes entre ricos y pobres y múltiples fenómenos adicionales exponen cada vez más a las sociedades a efectos sociales negativos por carencias de protección social.

La O.I.T. está muy preocupada por estos problemas, ya que su visión de la Seguridad Social y sus objetivos cuando adoptó sus principales instrumentos internacionales relativos a dicha materia han cambiado radicalmente, tan es así que en uno de sus últimos informes señala que se han producido “cambios espectaculares a nivel social, económico, tecnológico y político que habían provocado nuevas formas de empleo, un aumento de la inseguridad en una economía mundial, un sector informal cada vez mayor, la transición de muchos países a una economía de mercado y cambios en las relaciones de género y en las estructuras familiares”.¹

A fines de 1998 un tercio de la población activa mundial (mil millones de trabajadores) eran desempleados o subempleados. Las personas desempleadas disponibles para el trabajo en todo el mundo eran alrededor de 150 millones (probablemente solo un cuarto de éstas están amparadas por prestaciones de desempleo, y están concentradas sobre todo en los países industrializados). Entre el 25 % y el 30 % de los trabajadores de todo el mundo estaban subempleados (trabajaban menos de la jornada a tiempo completo, pero deseaban trabajar más o ganaban menos que el salario mínimo vital).²

Siempre en relación a lo dicho con anterioridad, otro de los problemas fundamentales de la Seguridad Social actual es que más del 50 % de la población mundial (trabajadores y familiares a cargo) está excluida de cualquier tipo de protección de la Seguridad Social. No está cubierta ni por un régimen de seguridad social contributivo ni por una asistencia social financiada a través del Fisco, mientras que otra importante proporción solo está cubierta en ciertos casos.

En el África Subsahariana y en el sur de Asia, la cobertura de la seguridad social obligatoria se cifra entre el 5 y el 10 % de la población activa, porcentaje que en algunos casos está disminuyendo. En América Latina la cobertura oscila aproximadamente entre el 10 y el 80 % y está en franco estancamiento. En el sudeste y en el este de Asia, la cobertura puede variar entre el 10 y casi el 100 % y en muchos casos estaba aumentando hasta una fecha reciente. En la mayoría de los países industrializados, la cobertura se aproxima al 100 %, aunque algunos de éstos, especialmente en los que se encuentran en proceso de transición, el grado de cumplimiento ha disminuido en los últimos años.³

En síntesis, es urgente que con la mundialización, que a menudo expone a las sociedades a una mayor inseguridad en los ingresos, aumenta el desempleo y el subempleo, aumenta la informalidad, provoca graves tensiones sociales y limita la capacidad de los Estados subdesarrollados de financiar la protección, se considere seriamente que la seguridad social es parte integrante de un sano proceso de desarrollo. Si las cosas no se

-
- 1) O.I.T.: “Seguridad Social: un nuevo consenso”, presentada a la Conferencia Anual, 89ª reunión, 2001. Primera edición. Ginebra, 2002, pág. 8.
 - 2) Ibid, pág. 58.
 - 3) Ibid., pág. 38.

entienden en esa dimensión, los grandes progresos logrados por la Seguridad Social en el siglo XX se transformarán en grandes incertidumbres durante el siglo XXI.

II. SINOPSIS INTERNACIONAL DEL DERECHO PREVISIONAL.

1. *Diferentes velocidades continentales.*

Para ubicarnos rápidamente en el tema, transcribimos el Cuadro sobre Gastos Públicos de Seguridad Social publicado en el Anexo Estadístico del Informe de la OIT sobre "Seguridad Social: un nuevo consenso", Reunión 2001, ya citado anteriormente, debido a su claridad y concisión.

CUADRO N° 1.
GASTOS PUBLICOS EN SEGURIDAD SOCIAL EN EL MUNDO: 1990.

Región	Gastos totales de seguridad	Pensiones	Atención de salud Social
	(Porcentaje del PBI)	(Porcentaje PBI)	(Porcentaje del PBI)
Todos países	14.5	6.6	4.9
África	4.3	1.4	1.7
Asia	6.1	3.0	2.7
Europa	24.8	12.1	6.3
Amér.Lat. y Caribe	8.8	3.1	2.8
América del Norte	16.6	7.1	7.5
Oceanía	16.1	4.9	5.6

Nota: Los promedios corresponden únicamente a los países respecto de los cuales se tienen datos.

En el Cuadro precedente se nota claramente que Europa es el continente que más invierte en seguridad social, seguido de América del Norte y Oceanía, mientras que África y Asia como continentes y América Latina y el Caribe como sub - continente son los que menos inversión tienen en los gastos totales de la seguridad social en relación al PBI.

Analizando la información al interior de cada uno de los continentes se presenta la siguiente situación:⁴

A. EN CUANTO A LOS GASTOS PÚBLICOS EN SEGURIDAD SOCIAL COMO PORCENTAJE DEL P.B.I.

- a) En Europa: Suecia gastó el 32.2 %, los Países Bajos el 29.7 %, Dinamarca el 28.7 %, Noruega el 27.1 %, Francia el 26.7 %, Bélgica el 25.6 % y Alemania el 25.5 %, mientras que la pequeña Malta solo gastó el 13.3 %. En Oceanía,

4) Ibid., págs. 129 -132.

Nueva Zelandia gastó el 22.2 % y Australia el 14.5 %. En América del Norte: Canadá gasta el 17.6 % y EE.UU. el 14.1 %.

- b) En el mismo rubro en América Latina y el Caribe: los más altos porcentajes del gasto están en: Chile con el 16.2 %, Cuba con el 15.2 %, Uruguay con el 14.2 % y Brasil con el 10.8 %; Argentina gastó en término medio el 9.8 %, mientras que Ecuador y El Salvador solo gastaron el 2.1 % y 1.9 % (Los datos del Perú ni siquiera aparecen). En Asia los gastos aparecen bastante diferenciados según el grado de desarrollo de cada país, por ejemplo: Israel y Japón gastan el 14.2 y 11.3 %, respectivamente, mientras que Filipinas e India solo gastaron el 1.7 % cada uno. Por último, en Africa también hay diferenciación, ya que mientras Argelia y Túnez gastaron el 7.6 y 7.0 %, respectivamente, Nigeria solo gastó el 1.0 %.

B. EN CUANTO A LOS GASTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE PENSIONES COMO PORCENTAJE DEL P.B.I.

- a) Nuevamente se aprecia que en materia de pensiones los gastos de los países europeos fueron en orden decreciente los siguientes: Países Bajos: 13.6 %; Francia: 12.2 %; Bélgica: 11.2 %; Alemania y Suecia gastaron 10.3 % cada uno; Noruega gastó 9.1 % y Dinamarca 8.2 %
- b) En Oceanía los gastos en pensiones también fueron discordantes: Nueva Zelandia gastó 8.2 % mientras que Australia solo gastó 4.6 %.
- c) En América del Norte EE.UU. gastó en pensiones el 6.6 % y Canadá 4.8 %.
- d) En Asia los gastos también fueron discordantes: Israel y Japón gastaron 5.9 y 5.5. %, mientras que Filipinas solo gastó 0.5 %.
- e) En América Latina y el Caribe los que más gastaron fueron Cuba con el 7.0 % y Chile con el 6.0 %, mientras que los gastos más bajos se dieron en Argentina con el 3.6 %, Ecuador con el 1.1. % y El Salvador con el 0.7 %.
- f) En Africa los gastos también fueron poco significativos y extrapolados, por ejemplo: mientras Argelia y Túnez gastaron el 3.3 y 2.3. %, Nigeria aparece en la información con el 0.0%.

En síntesis y como conclusión de éste ítem, hay que señalar que en los países europeos mencionados los gastos totales en seguridad social van del 57.7 % al 47.9 %. Les siguen Uruguay y Chile en América Latina, con el 54.7 % y 45.6 % y EE.UU. y Canadá en América del Norte, con 40.6 % y 36.9 %, respectivamente, y Australia, en Oceanía, con el 38.7 %.

Dentro de ese contexto, el panorama en América Latina es desalentador por el alto desempleo y la informalidad, donde la O.I.T. ha identificado cuatro tendencias en cuanto a la estructura del empleo: 1.- La privatización. De cada 100 nuevos empleos, 95 son generados en el sector privado; 2.- Terciarización de la economía. Por cada 100 empleos, 83 se generan en el sector servicios; 3.- Aumento del sector informal, que

representa el 46 % de la ocupación total y contribuye con la creación de 60 de cada 100 nuevos empleos; y, 4.- Disminución de la calidad de empleo: 55 de cada 100 nuevos empleos de trabajadores asalariados no cuentan con seguridad social.

2. Demografía y seguridad social.

El planeta vive una inexorable evolución demográfica donde las pirámides poblacionales se están convirtiendo en pilas poblacionales, donde cada vez hay menos niños y jóvenes y un porcentaje cada vez más respetable de ancianos. Ese es el destino demográfico de la mayoría de los países del mundo, en el corto, mediano o largo plazo, según las circunstancias y condicionantes de cada cual. Sus consecuencias en el otorgamiento de las pensiones de la seguridad social son y serán determinantes e ineludibles para todos los actores sociales, de ahí la necesidad de abordar y planificar la solución de los problemas con una referencia mínima en el tiempo de por lo menos treinta o cincuenta años. Es social, económica y políticamente irresponsable fijarse solo en la coyuntura.

Dentro del contexto condicionante precedente, señalaremos a continuación algunas ideas complementarias.

Los cambios acelerados se producen porque asistimos a una transición demográfica donde se está pasando de un régimen de altas tasas de mortalidad y natalidad a un régimen de tasas bajas. Generalmente, según Partida, el descenso de la natalidad antecede al de la fecundidad, por lo que la tasa de crecimiento poblacional es ascendente hasta que la tasa de natalidad comienza a disminuir. El descenso de la tasa de mortalidad, cuando está muy separada en el tiempo del descenso de la tasa de natalidad, trae como riesgo o consecuencia el acelerado crecimiento poblacional (por ejemplo: en México el descenso de la mortalidad antecedió por casi cuarenta años al descenso de la natalidad, por lo que en solo 26 años se duplicó la población, subiendo de 41.7 millones de habitantes en 1964 a 83.8 millones en 1990, pero como ya disminuyó la tasa de natalidad, hacia el año 2043 la población solo crecerá el 57 % respecto de 1990, alcanzando los 132.4 millones de habitantes; luego, la tasa de crecimiento natural seguirá cayendo hasta llegar a un valor negativo a partir del año 2049). En este orden de ideas, el descenso de la mortalidad y natalidad conllevan a un paulatino proceso de envejecimiento de la población en los países desarrollados, pero la misma tendencia aparecerá en los demás países al final de la primera mitad del siglo XXI, con grandes impactos en el financiamiento de las pensiones⁵.

5) PARTIDA BUSH, Virgilio: "La transición demográfica y sus efectos en los Sistemas de Pensiones". Síntesis de la ponencia presentada en el Coloquio "Situación actual de los regímenes de pensiones estatales", Toluca, Estado de México, 25.04.02. Vid.: Conferencia Interamericana de Seguridad Social: "Revista de Seguridad Social", N° 237, págs. 14-24, en pág. Web CISS.org.mx.

De la generación de los “baby boom”, inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, hemos o estamos pasando a la generación de los “papy boom”. La primera se jubilará dentro de 10-15 próximos años, ello aunado a los bajos índices de natalidad y el continuo aumento de la esperanza de vida ha propiciado que el coeficiente entre las personas mayores de 65 años y las personas en edad de trabajar se doblará entre los años 2000 y 2050. Entre los Estados miembros de la Unión Europea se prevé que el gasto en pensiones aumente considerablemente más o menos a partir del 2015, lo que suscita grandes preocupaciones en lo que respecta a la capacidad de las pensiones futuras para garantizar a los jubilados un nivel de vida decente y la viabilidad financiera de los Sistemas de Pensiones⁶.

Otros estudios sobre las tendencias demográficas y la fuerza laboral, revisando las tasas de participación laboral de los hombres de 60 a 64 años desde los años sesenta para adelante, señalan que dichas tasas se han reducido sustancialmente entre 1960 y 1996; a principios de la década de los sesenta las tasas de participación de ese estamento poblacional eran superiores al 70 %, a mediados de los noventa esta tasa decayó a menos del 20 % en Bélgica, Italia, Francia y Holanda, a cerca del 35 % en Alemania y al 40 % en España. La baja de las tasas de participación en la fuerza laboral fueron más moderadas que las precedentes en los EE.UU. (bajó del 83 % al 53 %) y en Suecia (57 %), mientras que Japón mantuvo la tasa más estable (se redujo del 83 % al 75 %)⁷.

En términos generales, una cuarta parte de su existencia los pensionados gozan de su pensión de jubilación. Esto se relaciona no solo con los aspectos precedentes sino con las políticas salariales, como son los efectos negativos de los incentivos al retiro adelantado en los Planes Previsionales. Estas tendencias al retiro adelantado son el resultado de beneficios muy generosos, incluso en el campo de la seguridad social, por eso es que los trabajadores tratan de retirarse en edad temprana, aceptando continuar en el trabajo solo si se les otorgan nuevos incentivos en relación a la pensión de jubilación; de ese modo, en Bélgica, Francia, Italia y Holanda las tasas de sustitución en edad temprana promedian en 77 %, 91.6 %, 75 % y 95 %, respectivamente, mientras que en Canadá equivalen al 20 % y en los Estados Unidos cerca del 41 %⁸.

Otro tema de gran discusión es el de la edad de la jubilación, no tanto en términos de diferenciaciones teóricas y prácticas entre la edad biológica, cronológica y funcional, sino de modo general. Muchos países fijan una edad discriminatoria entre hombres y

-
- 6) ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL: “Primera evaluación de la Comunidad Europea sobre estrategias nacionales para garantizar unas pensiones adecuadas y viables”, en “Informe sobre la Seguridad Social, 2002”, págs. 14-24, en www.oiss.org.
- 7) WISE, David: “El envejecimiento como un reto a la política económica: perspectiva de una comparación internacional”. Resumen presentado a la Conferencia: “Tercera Edad en el Siglo XXI”, Fortaleza, Ceará, Brasil, 26-28 noviembre 2001, en C.I.S.S.: “Revista de Seguridad Social”, N° 234, págs. 11-18, en pág. Web CISS.org.mx.
- 8) *Ibid.*, pág. 13.

mujeres, favoreciendo a las últimas. Se ha sugerido dos motivos como los causantes de dicha discriminación formal: a) Los hombres suelen casarse con mujeres más jóvenes y de esta forma podrían retirarse más o menos al mismo tiempo; y, b) es para compensar la doble carga que sobrellevan al salir a trabajar y al realizar al unísono el trabajo del hogar. Empero, la diferencia es muy cuestionada porque la esperanza de vida de las mujeres es estadísticamente superior a los varones en todas las latitudes, lo que sugeriría más bien la posibilidad de ampliar la edad de jubilación más allá de la de los varones. Sin embargo, los debates sobre cuál debe ser la edad de jubilación son acalorados: la mayoría sostiene que reducir la edad de jubilación de los varones es inviable por los grandes costos que ello supondría y la desproporción entre el aumento de la población pasiva en relación a la activa.⁹ Otra corriente de pensamiento plantea que la edad de jubilación debe aumentarse en vez de reducirse.

En el caso de América Latina durante las dos últimas décadas se experimentó grandes cambios demográficos, económicos y sociales. Los cambios demográficos están relacionados con un envejecimiento acelerado de la población que causa grandes impactos en los programas de protección social basados en esquemas que implican de alguna manera transferencias de recursos entre generaciones. El grupo de personas de 60 años presenta el más rápido crecimiento y bordea los 40 millones de personas, con posibilidades de duplicarse en 20 años. Una de las características del envejecimiento en América Latina es su excesiva rapidez: mientras en los países desarrollados este problema tardó de 6 a 10 décadas, en la mayoría de países de la región tomará tan solo dos o tres décadas. Algunos países ya está relativamente envejecidos (Uruguay, Argentina y Cuba), otro grupo está en las etapas intermedias de la transición demográfica por lo que el envejecimiento se producirá en las próximas décadas (Panamá, Brasil, Perú, Colombia, Ecuador, México, etc.). Un tercer grupo seguirá teniendo por largo tiempo poblaciones relativamente jóvenes (Bolivia, Honduras, Nicaragua)¹⁰.

3. El rol reciente de la O.I.T. en materia de Seguridad Social.

Cerca del 20 % del total de Convenios Internacionales adoptados por la O.I.T. desde su fundación hasta la fecha desarrollan en sustancia varios de los temas de la seguridad social, sin perjuicio de la existencia de otros Convenios que abordan tangencialmente el problema. Ha sido considerada como derecho humano fundamental en la Declaración de Filadelfia de la O.I.T. en 1944 y en la Recomendación sobre la

9) O.I.T.: "Seguridad Social: un nuevo consenso", pág. 87.

10) BERTRANOU, Fabio: "La provisión de seguridad social en un contexto de cambio: experiencias y desafíos en América Latina", Resumen del trabajo presentado al Seminario Internacional "Tercera Edad en el Siglo XXI", Fortaleza, Ceará, Brasil, 26-28 noviembre del 2001, en publicación oficial de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social "Revista de Seguridad Social" N° 234, págs. 39-40, en pág. Web ciis.org.mx.

seguridad de los medios de vida, 1944, y tratada “in extenso” y con lujo de detalles en los Convenios Internacionales N°s 102, 118, 128 y 157.

Sin embargo, es de advertir que la seguridad social en el nuevo contexto internacional de la globalización y la constante innovación tecnológica tiene que tener un trato bastante diferente al de antaño por parte de la O.I.T. y todos los actores involucrados. Los actuales sistemas de seguridad social surgieron en un contexto macroeconómico de post - guerra en el cual el funcionamiento de la economía era casi pleno y el empleo casi total; ahora el panorama se presenta totalmente diferente.

Entre otras medidas, en 1998 se adoptó la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales como respuesta a los desafíos de la mundialización y a su impacto social y en 1999 se resaltó los objetivos de reducción del déficit de trabajo decente en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, todo esto resultó insuficiente frente al mega - problema de la seguridad social en materia de prestaciones por vejez o jubilación.

Aparte de la declaración sobre principios y derechos fundamentales de 1998 y el impulso del trabajo decente en 1999, en la 89ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo del 2001, la O.I.T. aprobó una Resolución relativa a la seguridad social con 21 conclusiones vitales, densas e interesantísimas, siendo de destacar sintéticamente las siguientes: hay que extender la cobertura de la seguridad social porque es un derecho humano fundamental y contribuye a garantizar la paz social y la integración social y una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza, ello implica la maximización de la prioridad a las políticas que aporten seguridad social a personas no cubiertas por los sistemas vigentes, como son los asalariados de los pequeños lugares de trabajo, trabajadores independientes, migrantes y a las personas activas en la economía informal; es más necesaria que nunca frente a la mundialización y las políticas de ajuste estructural y bien administrada puede aumentar la productividad y ser instrumento para el desarrollo socioeconómico sostenible; a través del trabajo decente y la educación permanente hay que promover el abandono de la economía informal y la ayuda a los grupos vulnerables con financiamiento de toda la sociedad; hay que fomentar una seguridad social basada en los principios de la igualdad de género (lo que incluye la lucha contra la discriminación salarial) porque los sistemas basados en el modelo del varón como sostén de familia corresponden cada vez menos a las necesidades de nuestras sociedades y hay que mantener las prestaciones de sobrevivientes en examen con disposiciones de transición protectoras de las mujeres; el envejecimiento de la población afecta tanto a los sistemas financiados por capitalización como por el reparto, ya que los trabajadores activos financian a los pasivos con el peligro de quedar desguarnecidos a futuro, las soluciones deben buscarse sobre todo aumentando las tasas de empleo y buscando mayores niveles de crecimiento económico sobre la base del aumento del empleo productivo; por último, también es de resaltar la propuesta de que la viabilidad

financiera de los sistemas de pensiones deben garantizarse a largo plazo, con proyecciones actuariales periódicas que introduzcan los ajustes necesarios oportunamente y que es imprescindible se realicen evaluaciones actuariales completas antes de adoptar cualquier nueva reforma legislativa¹¹.

III. PROBLEMÁTICA DE LAS PENSIONES A CARGO DEL ESTADO PERUANO.

1. Entorno problemático general.

1.1. Sociológico - laboral - previsional.

a) **Población.**- Según reciente información del INEI la población total del Perú al 30.06.04 es de 27'546,574 habitantes, siendo la proyección para el 2005 de 27'947,000, con una tasa de crecimiento intercensal en el quinquenio 2000-2005 de 1,5 %. La estructura de la población por sexo en el 2002 fue de 13'454,000 hombres (50,3 %) y 13'295,000 mujeres (49,7 %). Los componentes del crecimiento poblacional entre los años 2001 y 2002 fueron de 628,800 nacimientos (tasa de mortalidad de 27,7 %), 164,900 muertes (tasa de mortalidad de 6,2 %) y - 62,100 de migración neta (tasa de migración de - 2,3 %)¹².

La estructura etárea de la población por grupos en edad de trabajar en el año 2001 fue la siguiente: de 14-21 años el 31,5 % (30,8 % urbana y 32,8 % rural), de 25-44 años el 38,2 % (39,5 % urbana y 35,4 % rural), de 45-64 años el 21,1 % (20,9 % urbana y 21,7 % rural), y de 65 y más años el 9,2 % (8,8 % urbana y 10,1 % rural)¹³. De esto se puede colegir que la ancianidad se incrementará largamente dentro de los próximos 40 años, con lo que nuestras pirámides poblacionales de los próximos censos nacionales y/o proyecciones estadísticas cambiarán drásticamente en el futuro mediato y en el largo plazo, con grandes consecuencias en la previsión social.

Por otro lado, para poder ubicarnos claramente en el contexto, no hay que perder de vista que la población peruana en estado de pobreza, considerando la información oficial al año 2001, ha sido de 54,8 % y de extrema pobreza de 24,4 %. En lo referente a estructura de edades, aproximadamente de los 15 a 29 años son pobres y extremadamente pobres el 50,0 % y 18,0 %, de los 30 a los 64 años son el 46 % y el 20 %, y de los 65 a 80 y más años son pobres el 42,2 % y extremadamente pobres el 17,5 %. Resumiendo, según ámbitos geográficos, a un valor de cambio de S/. 3.40, tenemos que **en las líneas de pobreza total y pobreza extrema** en Lima Metropolitana se

11) O.I.T.: "Seguridad Social: Un Nuevo Consenso", págs. 1-7

12) [Www.inei.gob.pe](http://www.inei.gob.pe)

13) Loc. Cit.

percibe \$ 76.52 mensuales o \$ 2.55 diarios y \$ 35.88 mensuales o \$ 1.19 diarios, respectivamente, mientras que en la Costa Urbana y Rural se percibe en promedio \$ 53.51 mensuales o \$ 1.78 diarios y \$ 29.61 mensuales o \$ 0.98 diarios, en Sierra Urbana y Rural se percibe en promedio \$ 54,45 (\$ 1.81 diarios) y \$ 32.25 (\$ 1.07 diarios), y en la Selva Urbana y Rural se percibe en promedio \$ 53.45 (\$ 1.81 diarios) y \$ 34.29 (\$ 1.14 diarios). De ese modo, **faltan sólo 7.8 puntos para que las personas de la tercera edad lleguen al 50 % de pobreza total y 2.5 puntos para que lleguen al 20 % de extrema pobreza.**

Aún en esas paupérrimas circunstancias, el promedio de vida al nacer en el año 2004, según el Inei, es de 70.25 años en promedio, habiendo estado el 2002 en 66.6 años para los varones y 71.6 para las mujeres. Sin embargo, no está demás recordar que según el Banco Mundial (Informe de Desarrollo Mundial 2003) la esperanza de vida como indicador de desarrollo humano en el mundo difiere según los habitantes sean de regiones de ingresos bajos, medios o altos.

b) Aspecto ocupacional.- La población peruana en edad de trabajar al 2002 fue de 67,9% del total. Al año 2004 la Población Económicamente Activa está integrada aproximadamente por 10'500,000 personas y se distribuye entre los sectores primario, secundario y terciario de la economía en porcentajes que bordean el 33%, 16% y 51%. El empleo adecuado es cercano al 40%, el subempleo al 50 % (con características preocupantes de generalización, tercerización, heterogeneidad, informalidad, precariedad, baja productividad y bajos salarios), mientras que el desempleo bordea su promedio histórico de 10%.

En el año 2001, la tasa de subempleo, según grupos de edad, incluyendo el subempleo visible e invisible con respecto a la PEA de cada edad fue en el grupo de 65 a más años de 50,8%.

Del total del empleo, el 35% se da en el Sector Privado (la gran y la mediana empresa) generan el 8%, mientras que la pequeña y micro-empresa generan el 27% del empleo), 10% es en el Sector Público, 53% es autoempleo y 2 % es en hogares. Entre ambos Sectores solo se proporciona empleo a 5'100,000 personas. Obviamente, la seguridad social funciona más en el caso de la gran y mediana empresa del Sector Privado y en parte del Sector Público, siendo escasa o casi nula en los demás Sectores.

c) Protección de la seguridad social.- En términos generales gran porcentaje de la PEA Ocupada urbana no está afiliada a la seguridad social (74,0 %), sólo está afiliada el 26,0 %. De los asegurados dos tercios son hombres y un tercio mujeres.

Sólo como referencia, ya en 1998, de la fuerza laboral de Lima Metropolitana cotizaba a la seguridad social en general el 14, 3 % de los asalariados del Sector Informal y el 58,8 % de los asalariados del Sector Formal, con una reducción del - 11,0

puntos respecto del año 1980.¹⁴ A nivel del Perú urbano, en el mismo año, al Sistema Privado de Pensiones (SPP) estaba afiliado el 14,20 % de los asalariados y el 0,70 % de los independientes, al Sistema Estatal – ONP – el 25,50 % de los asalariados y el 6,60 % de los independientes, a otros Sistemas estaba afiliado el 2,30 % de los asalariados y el 0,20 % de los independientes, mientras que en el rubro ninguna afiliación estaba el 58,10 % de los asalariados y el 92,50 % de los independientes.

Entre los años 1998 al 2004 ha habido cambios porcentuales entre los asegurados al S.P.P. y la O.N.P. debido a que las afiliaciones al primero se han ido incrementando en desmedro del segundo. Cruzando la información proporcionada en internet por el S.P.P., la O.N.P. y el Ministerio de Economía y Finanzas tenemos que a mediados del 2004 están como afiliados activos al S.P.P. cerca de tres millones 300 mil personas, pero sólo cotiza un porcentaje no muy significativo de aquellos y perciben pensiones de jubilados y sobrevivientes más o menos 35,000; en el régimen del D.L. 19990 están afiliados activos aproximadamente 1'300,000 personas, pero sólo cotizan 449,962 asegurados (obligatorios y potestativos) y reciben pensiones 400,700; y, en el régimen del D.L. 20530 están como afiliados activos o cotizan cerca de 27,000 y reciben pensiones 295,000. De ese modo, si consideramos que la población total a mediados del 2004 es de 27'546,574 habitantes y que sólo están cubiertos por los principales sistemas previsionales en total cerca de 4 millones 600 mil personas y son pensionistas cerca de 730,700, tenemos que a futuro, si se mantienen los guarismos, solo gozará de pensiones alrededor del 16,69 % de la población total (43,80 % de la PEA, pero esto sólo en apariencia o como posibilidad, ya que hemos visto que un buen porcentaje está afiliado pero no cotiza, y algunos de los que cotizan no llegarán a cumplir a fin de cuentas los requisitos mínimos para la percepción de las pensiones) y sólo goza de ellas en la actualidad cerca del 2,65 % del total de la población.

d) Funcionamiento interno en cifras de los dos principales sistemas previsionales administrados por el Estado. A continuación presentamos en síntesis algunos datos estadísticos que nos parecen importantes para después poder visualizar globalmente el tema del financiamiento.

d.1.- Sistema Nacional de Pensiones (D. Ley 19990)

No hay coincidencia en la información respecto del número de afiliados al S.N.P.; pero si la hay en cuanto al número de afiliados activos aportantes al Sistema: del 2000 al 2004 el promedio de aportantes anuales obligatorios y facultativos según la División de Recaudación de la O.N.P., Essalud-Orcinea y Sunat, fue de 450,000 personas (en promedios aproximados cerca de 435,000 fueron aportantes obligatorios y 15,000 facultativos). Al 30.06.04 habían exactamente

14) AELE: "Informe Laboral". Director: Luis Aparicio Valdez, Volumen XV, N° 168 y 169, Lima, enero – febrero 2000, págs. 1 y 3.

445,738 aportantes, de los cuales 439,282 eran obligatorios y 6,456 eran facultativos.¹⁵ Es decir, globalmente considerados el 97 % de los aportantes son obligatorios y el 3 % facultativos.

En cuanto al número de pensionistas y clases de pensiones, solo hemos podido acopiar información del ex - IPSS hasta 1995, donde claramente se diferenciaba el número de pensiones de vejez, jubilación, viudez, orfandad y ascendientes (en ese entonces, del total de 332,448 pensionistas: 541 eran por vejez, 230,896 por jubilación, 68,594 por viudez, 18,375 por orfandad y 1,392 por ascendientes). Como en el 2004 hay 400,700 pensionistas, repitiendo los porcentajes de 1995, por falta de información fidedigna, ya que la O.N.P. no hace las disgregaciones del caso, hay que señalar que las pensiones de vejez deben seguir en involución hasta su total desaparición por estar sustentadas en normatividad precedente, alrededor del 71 % debe ser por jubilación, 21 % por viudez, 6 % por orfandad y 0,42 % por ascendientes.¹⁶

En cuanto a poder adquisitivo las remuneraciones y las pensiones están totalmente deprimidas en el Perú, los ingresos que se perciben ahora son casi el 10 % de lo que se percibía hace dos décadas. Considerando la pensión promedio del D.L. 19990 versus ingresos promedio en el Perú al 2001, tenemos que las pensiones son en promedio el 70 % del 100 % de los ingresos promedio (51,5 en el área urbana y 187,1 % en la rural), mientras que en la costa urbana, sierra urbana, selva urbana y Lima Metropolitana son de 68,5 %, 68,8 %, 61,9 % y 39,9 %, respectivamente.

Las pensiones mínimas han sufrido incrementos en abril 96, noviembre 98, setiembre 2001 y enero 2002, por lo que las de jubilación con un mínimo de 20 años de aportación y las de invalidez subieron de 200 a 250, 300 y 415 nuevos soles respectivamente, mientras que las pensiones por derecho derivado (viudez, orfandad y ascendientes) subieron de 100 a 145, 193 y 270 nuevos soles, respectivamente. Esto significó un incremento en dicho período de 38,13 % para la jubilación e invalidez y 65,36 % para las pensiones por derecho derivado, de lo cual hay que deducir la inflación acumulada de 1996 al 2001 que fue del 35,64 %. A su vez, en similar período, la pensión máxima subió de 600 a 696, 807.36 y 857.36 nuevos soles.

En un estudio elaborado en 1997 por la Universidad del Pacífico con la Defensoría del Pueblo, se presentó un rango de pensiones a febrero de dicho año, de manera que, acumulando la información 289,792 pensionistas (90,23 %) percibían hasta S/. 300; 10,934 pensionistas (3,40 %) percibían entre S/. 300 y 400; y, sólo 20,402 pensionistas (6,35 %) percibían entre S/. 400 y 600. A junio del 2004 la ONP tiene cuadros estadísticos donde aparece que las pensiones promedio de jubilación y vejez, considerando los diferentes grupos por años de aportación, de diciembre de 1997 a junio del 2004 subie-

15) www.onp.gob.pe

16) I.P.S.S.: Dirección Nacional de Informática – Dirección Nacional de Pensiones

ron de S/. 280.60 a S/. 519.76 (85 %), las de invalidez subieron de S/. 261.65 a S/. 447.89 (71 %), las de derecho derivado, en sus 3 subclases promediadas, subieron de S/. 138.73 a S/. 266.26 (91 %). La pensión promedio general, considerando todas las anteriores, subió de S/. 240.54 a 447.43 (S/. 86 %).¹⁷ Esta información tampoco detalla cuál es el número y la clase de pensionistas en cada caso, por lo que no se puede saber a ciencia cierta cuáles son los montos promedio de pensiones por número de pensionistas. Sin embargo, algunos analistas señalan que a agosto del 2003 más del 90 % de los pensionistas percibían una pensión mensual que no superaba los S/. 857.36.

d.2.- Régimen de pensiones del D.L. 20530

Según informaciones cruzadas de diferentes medios, la relación entre aportantes y pensionistas ha sido aproximadamente en el 2002 de 31,000 y 290,000, y en el 2003 de 27,000 y 295,331, respectivamente. Se dice que en 1997 el Congreso de la República detectó 40,250 incorporaciones indebidas a la “cédula viva”: 27,840 pertenecían al Gobierno Central, 260 a los Gobiernos Regionales, 1,540 a las Municipalidades, 7,040 a las Empresas Públicas, 2,800 a las Universidades y el ex - IPSS y 700 a actividades diversas¹⁸.

Todos los aportantes tienen la calidad de asegurados obligatorios, por tratarse de un sistema cerrado. En el 2003, del total de 295,331 pensionistas, 290,500 (98,36 %) tenían una pensión mensual que no superaba los S/. 1,200, mientras que sólo los restantes 5,331 (1,64 %) percibían pensiones que estaban entre S/. 1,200 y S/. 32,000.¹⁹ Recientemente el Ministro de Trabajo, Dr. Javier Neves Mujica, ha señalado que los pensionistas que reciben más de S/. 3,200 mensuales son aproximadamente el 3,5 % del total y que el 9 % de los que ganan más de dicha cifra tienen más de 70 años.²⁰ (Hace algunos años, a principios de 1996, en un estudio preparado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social durante la gestión de Sandro Fuentes, se señaló que: 84,000 pensionistas (30 %) percibían entre S/. 100-200; 140,000 pensionistas (50 %) percibían entre S/. 200-400; 28,000 pensionistas (10 %) percibían entre S/. 400-600; 14,000 pensionistas (5 %) percibían entre S/. 600-1,000; 8,400 pensionistas (3%) percibían entre S/. 1,000-4,000; y, por último, 5,600 pensionistas (2 %) percibían más de S/. 4,000.

No se cuenta con información fidedigna respecto del número de las pensiones por derecho derivado. Lo que sí está claro es el monto de las pensiones percibidas por cada concepto, que han sido establecidas por la Ley 27,617, de 28.12.01.

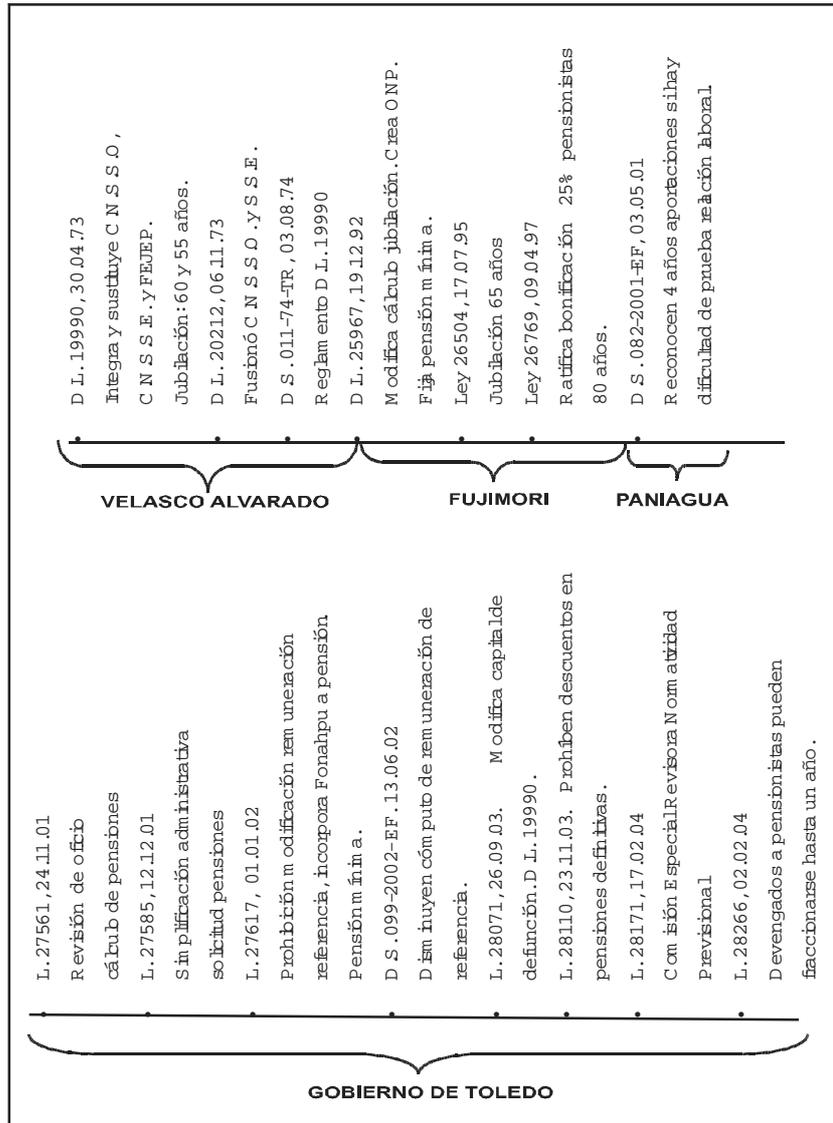
17) Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP) - Defensoría del Pueblo: “Los procesos de otorgamiento de pensiones en el régimen regulado por el D.L. 19990”, Serie Investigaciones Especiales, Informe N° 1, Lima, junio 1997 y www.onp.gob.pe

18) Diario “La República”, Lima, 29.06.97.

19) GACETA JURIDICA: “Legal Express”, Año 3, N° 32, agosto 2004, págs. 4-7.

20) Diario “Gestión”, Lima, 23.08.04. También Investia Noticias de 29.08.04.

CUADRO N° 2
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRINCIPAL LEGISLACIÓN DEL SNP (D.L. 19990) 1973-2004



En cuanto a pensión mínima y pensión máxima en este régimen, el D.L. 817, de 22.04.96, fijó en su cuarta D.C. las pensiones mínimas mensuales para pensionistas por derecho propio (S/. 200 para los que tenían 20 o más años de aportación y montos menores en el caso de aportaciones menores), y para los pensionistas por derecho derivado se tomaron los porcentajes de la pensión mínima del causante fijada en S/. 200. Las pensiones mínimas por invalidez también se fijaron en S/. 200. Estos montos eran aplicables a todas las comprendidas en la Planilla Pública de Pensiones. Sin embargo, normas posteriores solo incrementaron la pensión mínima para el D.L. 19990, dejando confusa la pensión mínima de los afiliados al D.L. 20530. Las pensiones máximas tienen todo un historial en este régimen, tal como queda indicado en otra sección de este trabajo. Solo precisamos que según la Ley 28047, de 31.07.03, el monto máximo de las pensiones es de una Unidad Impositiva Tributaria (fijada en el 2004 en S/. 3,200), debiendo concordarse con la Ley 27617 que también señala montos máximos para las pensiones por derecho derivado.

1.2. Histórico – político.

Más que en la historia general o política, vamos a incidir en éste ítem en una sinopsis de la historia legislativa de las pensiones a cargo del Estado.

1.2.1. Sistema Nacional de Pensiones del D.L. 19990.-

Los antecedentes históricos de éste D.L. están en cuatro instrumentos jurídicos: a) Ley 8433, de 12.08.36, (gobierno de Benavides) que creó la Caja Nacional del Seguro Social Obrero para las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; b) Ley 13640, de 21.04.61 (segundo gobierno de Manuel Prado), que creó el Fondo de Jubilación Obrera; c) Ley 13724, de 18.11.61 (Prado) que instauró el Seguro Social del Empleado, con las Cajas de Enfermedad-Maternidad y Pensiones; y, d) Ley 17262, de 29.01.68 (gobierno de Belaúnde), que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares – FEJEP.

A continuación consignamos un cuadro esquemático de los hitos legislativos relacionados con éste Sistema Provisional.

El esquema presentado, que podría ser tildado como demasiado panorámico, requiere la siguiente apretada explicación:

- a.- Sólo se trata de algunos aspectos importantes de la legislación involucrada. No pretende una esquematización acabada por razones prácticas y de espacio. Hay muchas otras normas también importantes que quedan fuera.
- b.- El D.L. 19990 tuvo una perspectiva técnico-política muy especial, no solo unificó la normatividad dispersa sobre empleados y obreros particulares, sino que tuvo la visión de incorporar en dicho sistema a los trabajadores del régimen laboral de la actividad pública ingresados a partir del 01.05.73.

- c.- Estableció como requisito general para la jubilación la edad de 60 años para los hombres y 55 para las mujeres. Quizá por la presión de las circunstancias internas y por falta de visión de largo plazo de los políticos de entonces, tuvo el error histórico de fijar también como requisito general, aparte de las excepciones contenidas en la propia ley, el tener 15 años completos de aportación los varones y 13 años completos las mujeres.
- d.- La Ley 25967, después declarada inconstitucional en otros aspectos, fijó los años de aportación al sistema en 20 años completos como mínimo, estableció nuevas reglas para el cálculo de la remuneración de referencia en función del quantum de aportación, puso un tope a las pensiones de jubilación de S/. 600 mensuales y tuvo la buena idea de crear un organismo centralizado para la administración del Fondo de Pensiones: la Oficina de Normalización Previsional, después vapuleada por la ciudadanía por sus propios errores y ataduras condicionantes, pero que resulta fundamental para llevar adelante una administración seria de un régimen previsional.
- e.- La Ley 26504 generalizó la edad de jubilación de hombres y mujeres en 65 años, mientras que la Ley 26769 ratificó normas precedentes de inferior jerarquía otorgando una bonificación mensual de 25 % de la pensión total a los pensionistas de 80 a más años.
- f.- Paniagua, probablemente por la cortedad de su mandato, no abordó sistemáticamente el tratamiento del D.L. 19990 (en realidad no lo ha hecho nadie, con excepción del Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado); pero en su gestión se expidió una norma importante, el D.S. 082-2001-EF por el cual se reconoció hasta 4 años de aportación cuando se acredite el vínculo laboral pero el postulante a pensionado tiene dificultades para acreditar sus aportaciones con los libros de planillas.
- g.- Durante el gobierno de Toledo se han emitido diversas normas, hasta ahora asistemáticas o inorgánicas. Por ejemplo: la Ley 27561 dispuso que la O.N.P. debería resolver de oficio las solicitudes de pensión de jubilación en 60 días y ordenó la revisión de oficio de los procesos donde se aplicó retroactivamente la Ley 25967; la Ley 28171 dispone por fin la creación de una Comisión Especial revisora de la normatividad legal en materia previsional para elaborar "Anteproyectos de Textos Unicos Ordenados de los Regímenes Previsionales". Aparte de ello, las Leyes 27585, 27617, D.S. 099-2002-EF, 28071, 28110 y 28171, se encargan respectivamente de: simplificar administrativamente las solicitudes de pensiones, prohibir la modificación del cálculo de la remuneración de referencia si a la fecha de la dación de la norma el aportante contaba con menos de 55 años de edad, incorporar la bonificación Fonahpu a la pensión y fijar la pensión mínima en S/. 415 mensuales para quienes tienen 20 años de

CUADRO N° 3
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRINCIPAL LEGISLACIÓN DEL REGIMEN ESTATAL DE PENSIONES DEL D.L.
20530 (1974-2004)

367

<p>GOBIERNO DE TOLEDO</p> <ul style="list-style-type: none"> Trib. Constit., 15.06.01 Inconstitucionalidad de Topes 26835. R.M. 271 -2001-Ef/10, 15.08.01 – Nuevos Topes (se integran 27.06.01 – 14.08.09) L. 27617, 28.12.01 Modifican pensiones sobrevivientes y pensión mínima. L. 27719, 11.05.02 Adm. y Pago pensiones vuelve org. Originarios. Trib. Constituc., 06.08.02 Vuelve anteposición años formar profes. (Vict. Yupanqui Mendoza). L. 28040, 25.07.03 Trib. Adm. Previsional. Trib. Constituc. L. 18.06.03 Descarta sumatoria retroact. Form. Prof. (Maldonado Duarte) L. 28046, 31.07.03 Fondo Asist. Previsional Contrib. Solid. Previsión L. 28047, 31.07.03 Cierre D.L. 20530 Fija pensión máxima L. 28115, 06.12.03 Precisa Ley 27719 D.L. 948, 27.01.04 Precisa Ley 27719 D.L. 948, 27.01.04 Precisa Ley 28046 D. 28171, 17.02.04 Comisión Especial Revisora Normatividad Previsional 	<p>GOBIERNO DE FUJIMORI</p> <ul style="list-style-type: none"> D.L. 25303, 16.01.91 Topes Pensionarius Presup. 91 763, 08.11.91 Nullidad incorporac. y reincorporaciones 20530. Deroga 23329 D.L. 767, 29.11.91 Incorporan magistrados 10 años servicios. Trib. Const. Sentencia 18.12.91 Topes son constitucionales L. 25388, 08.01.92 Topes pensionarios Presup. 92 L. 25400, 07.02.92. Deroga D.L. 763 D.L. 25456, 27.04.92 Deroga Ley 25400 y Restituye Vigencia D.L. 763. Constitución 1993. Derechos adquiridos pensionistas L. 25986, 14.12.92 Topes pensionarios presup. 93 D.S. 017-93.JUS, 27.07.93 L. O. Poder Judicial Ratifica Norma Incorporación Ley 26268, 30.12.93 Topes pensionarios, Presup. 94 D.L. 817, 24.04.96. Imprescriptibilidad nulidad incorporacionales. Deroga D.L. 24156-25171 Tope: Sueldo Congresistas Tribunal Constituc., 23.04.97 Inconstituc. Parcial D.L. 817 L. 26835, 03.07.97. Pensiones Nivelables igual cargo publico. Juicios por incorporaciones indebidas. D.S. 070-98-EF, 10.07.98 T.U.O. Reg. Pensionario Estado. Corte Suprema SDC y S., 02.10.98 y 26.12.97, dejo sin efecto jurisprudencia de Trib. Sent. Civil. 	<p>GOBIERNO DE GARCIA PEREZ</p> <ul style="list-style-type: none"> L. 24366, 21.11.85 Incorpora Serv. Públicos desde Feb. 67 (7 años serv.) L. 24700, 24.06.87 Doble cómputo tiempo serv. Casos P. Judicial L. 24779, 23.12.87 Reconoc. Tiempo cargos politicos L. 25066, 21.06.89 Incorpora Serv. Públicos nombrados contratados al 26.02.74 L. 21146, 19.12.89 Incorpora Serv. Banco de la Nación. D.L. 556, 31.12.89 Incorporación de Serv. Todos volúmenes presupuestarios Gno. Central. L. 25171, 04.01.90 Reconoce 4 años formac. Profes. A Jub. Cualquier Reg. Pensionarios (más de 70 años al 09.06.85) L. 25212, 19.05.90 Incorpora magisterio nacional. L. 25219, 31.05.90 Incorporación trabajadores Petroperu Resoluciones Trib. Serv. Civil anteponen 4 años profes. A fecha ingreso real. L. 25273, 16.07.90 Incorporación Empr. Estatales Derecho Publico o Privado 	<p>GOB. VILASCO</p> <ul style="list-style-type: none"> D.L. 20530. 26.02.74 Reg. Cerrado Cesanía, Jubilación y Monterio <p>D.L. 22150, 25.04.78</p> <ul style="list-style-type: none"> Incorpora diplomáticos <p>GOB. MORALES B.</p> <ul style="list-style-type: none"> Constitución 1979, 28.07.79 Nivelac. Serv. Art. Vidas más 20 años servicios. <p>L. 23329, 03.12.81</p> <ul style="list-style-type: none"> Acumul. Tiempo Serv. Cesantes Reingresantes. <p>GOB. BELAUDE TERRY</p> <ul style="list-style-type: none"> L. 23495, 19.11.82 Nivelac. Pensiones L. 24029, 12.12.84 Nivelación automática de remuneraciones de profesorado. L. 24156, 06.06.85 Prof. Simultáneos no simultáneos
---	--	--	--

FUTURO DE LOS REGIMENES PENSIONARIOS EN PERÚ. SISTEMA ESTATAL DE PENSIONES

aportación, disminuir el cálculo de la remuneración de referencia para los afiliados menores de 55 años, rebajando los porcentajes del 30 % al 45 % por los primeros 20 años de aportación, rebajar el porcentaje de los años adicionales de aportación al 2 % y las formas de cálculo de la remuneración de referencia para el mismo grupo, fijar nuevas normas para el cálculo del capital de defunción, prohibir los descuentos, retenciones, recortes o medidas similares a las pensiones definitivas generadas por derecho propio, derivado o invalidez, sin mandato legal expreso, y, por último, estipular que los devengados a los pensionistas del D.L. 19990 solo pueden fraccionarse hasta por un año, salvo excepciones previstas en la misma ley.

1.2.2. Régimen estatal de pensiones del D.L. 20530.

Este D. L. amparaba originalmente a los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado con anterioridad al 11.07.62. Tiene sus antecedentes más remotos en la Ley de Goces de 1850, de 22.01.1850, y en la Ley 13724, de 12.07.62, que dispuso los servidores públicos ingresados después del 11.07.62 y comprendidos en el D.L. 11377, quedaron adscritos al Régimen de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, cerrando de ese modo y a partir de esa fecha el régimen de cesantía, jubilación y montepío. Para visualizar mejor el panorama presentamos la siguiente sinopsis:

Como se puede apreciar de una rápida visión, los hitos fundamentales en esta evolución histórica en nuestro criterio han sido los siguientes:

- a.- En regla general, los autores del D.L. 20530 fueron parcialmente lúcidos al señalar que era necesario perfeccionar el régimen porque su dispersión normativa no aseguraba debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados, que eran cerca de 30,000, ni el cautelamiento del patrimonio fiscal, razón por la que lo declararon como régimen cerrado, y cuyos ingresos y reintegros posteriores se han incrementado en forma totalmente desproporcionada. No fueron nada lúcidos al legislar que los trabajadores adquirirían derecho a pensión al alcanzar 15 años de servicios reales y remunerados los hombres y 12 y medio las mujeres. También se estableció la denominada “cédula viva” (que después ha degenerado en el “efecto espejo”), que la misma ley califica como “pensión renovable” y que sólo correspondía a los trabajadores que hayan cumplido 30 o más años de servicios y 60 o más años de edad los hombres y 25 o más años de servicios y 55 o más años de edad las mujeres, respectivamente.
- b.- Del cuadro precedente también se colige que dicho régimen comenzó a ser flexibilizado durante el Gobierno de Morales Bermúdez y por buena parte de los partidos políticos que participaron en la elaboración de la Constitución de 1979. Belaúnde Terry fue más flexibilizador, pero nadie superó en flexibilización o distorsiones al Gobierno de García Pérez. El Gobierno de Fujimori pretendió

adoptar una política diferente y trató de enmendar rumbos, pero haciéndolo parcialmente tuvo algunas vacilaciones lamentables. Toledo, urgido por los graves problemas económico-financieros generados por dicho sistema, también ha tratado de dar marcha atrás, pero con políticas inorgánicas, fragmentarias, antitécnicas y sin formar parte de programas políticos globales. Recién en el 2004, después de haberse planteado el debate de la reforma constitucional de la normatividad pensionaria, algunos representantes del Gobierno y algunos representantes de los políticos de oposición parecen haber tomado el toro por las astas y en el Consejo de Ministros se ha aprobado un polémico Proyecto de Ley de Reforma Previsional, cuyo debate recién está comenzando.

- g.- La 8ª Disposición General de la Constitución de 1979 cambió las reglas de juego del D.L. 20530, dispuso que las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al entonces régimen del Seguro Social del Perú, se nivelaran progresivamente con los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, es decir, se rebajó la edad de 30 y 25 años para acceder a la “cédula viva” o al “efecto espejo” a solo 20 años, con lo que muchos trabajadores durante cerca de media vida pueden gozar de pensión nivelable a cargo del Estado (la Ley de desarrollo constitucional que complementó estas disposiciones fue la 23495).
- h.- La Ley 23329 quebró el D.L. 20530 al disponer la acumulación del tiempo de servicios de los cesantes reingresantes en el mismo Sistema. La Ley 24156 reconoció a los servidores públicos hombres y mujeres que tenían 15 y 12 y medio años de servicios prestados al Estado, respectivamente, hasta 4 años de formación profesional, simultáneos o no simultáneos, para beneficios pensionarios y otros efectos, cualquiera sea el régimen de pensiones en el que se encuentren.
- i.- Las 10 normas legales dictadas entre los años 1985 - 1990 que hemos reseñado en el cuadro precedente son todas importantes y reflejan claramente el maltrato que afectó al régimen pensionario del Estado en dicho período. En prieta síntesis son de resaltar las leyes que incorporan al Sistema primero a los servidores públicos con 7 años de servicios anteriores a la 20530, o sea, desde febrero de 1967; reconocen el tiempo de servicios desempeñado en cargos políticos; luego incorporan a los servidores públicos nombrados y contratados al 26.02.74, a los trabajadores del Banco de la Nación, a los servidores de todos los volúmenes presupuestarios del Gobierno Central, a los miembros del Magisterio Nacional ingresados hasta el 31.12.80, a los de Petroperú y a los de empresas estatales de derecho público o privado. En este período el Tribunal del Servicio Civil instauró la curiosa y absurda tesis de la anteposición de los 4 años de estudios profesionales a la fecha de ingreso real del trabajador, emitiéndose múltiples resoluciones sobre el particular.

- j.- Durante el decenio de los noventa el poder político intentó poner los cascabeles al gato, de ese modo se emitieron múltiples normas sobre topes pensionarios, que fueron una prueba de fuego para el Tribunal Constitucional porque primero los declaró constitucionales y después inconstitucionales; por D.L. 763 se instauró la posibilidad de plantear cuando correspondía la nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones al D.L. 20530, pero dicha norma se derogó por Ley 25400 y se restituyó por D.L. 25456; el D.L. 767 y las normas sustitutorias tuvieron el yerro garrafal de incorporar al régimen a los magistrados con diez años de servicios; la Constitución de 1993 reguló en su primera, segunda y tercera disposiciones finales y transitorias que los nuevos regímenes que se establezcan en materia de pensiones para los trabajadores públicos no afectan legalmente los derechos adquiridos, que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias y las posibilidades de la economía nacional y que es nulo todo acto o resolución que acumule los servicios prestados en la actividad pública y privada; el D.L. 817 decretó la imprescriptibilidad de la nulidad de las incorporaciones al D.L. 20530, derogó las normas que acumulaban hasta 4 años de estudios profesionales y señaló como tope para las pensiones del régimen estatal el sueldo de un congresista; la Ley 26835 señaló que las pensiones eran nivelables a las de igual cargo público. En el último tercio de ese período diversos fallos de la Corte Suprema dejaron sin efecto la jurisprudencia precedente del ya derogado Tribunal del Servicio Civil.
- k.- Durante el Gobierno actual también se han emitido múltiples normas sobre pensiones, siendo de destacar: la Ley 27617 que modifica varias normas sobre pensiones de sobrevivientes, retornando en regla general al 50 % de pensión de viudez y manteniendo el 100 % solo cuando dichas pensiones eran menores de una remuneración mínima vital y derogando el reconocimiento de pensión de orfandad para las hijas solteras mayores de edad, también reguló la pensión mínima; la Ley 27719, precisada por la Ley 28115, retornó la obligación de reconocimiento y pago de pensiones a los organismos públicos de origen, en vista de que el Tribunal Constitucional resolvió que la ONP no era competente para conocer sobre el particular; la Ley 28040 creó el Tribunal Administrativo Previsional como última instancia administrativa; la Ley 28046, precisada por el D.L. 948, se animó a gravar las pensiones con disposiciones tributarias y la Ley 28047 cerró nuevamente el régimen previsional del D.L. 20530, subió los aportes que deben pagar los trabajadores activos a partir de los meses de agosto de los años 2003, 2006 y 2009 a 13 %, 20 % y 27 %, respectivamente, y fijó la pensión máxima en una Unidad Impositiva Tributaria. En este período el Tribunal Constitucional siguió haciendo evidentes sus posiciones erráticas sobre diver-

tos temas pensionarios, como la nueva anteposición de los años de formación profesional y su pronta superación al descartar definitivamente la sumatoria retroactiva de los años de formación profesional, así como otros asuntos que tratamos en el ítem 3.2.2.

1.3. Económico – financiero.

El S.N.P. es un sistema técnicamente quebrado, con crecientes obligaciones no autofinanciadas. El Sistema Estatal del D.L. 20530 está en la ruina.

En una Ayuda Memoria del MEF en el 2003 se ha indicado que la situación económico-financiera es inviable. En el año 2002 más de S/. 6,000 millones de los recursos ordinarios del Tesoro Público fueron dedicados a gastos provisionales (ello representó el 85 % del servicio de la deuda externa del Gobierno, 104 % del total del presupuesto de inversiones y 310 % del total del presupuesto para Salud). En el 2003 el presupuesto inicial fue de S/. 6,300 millones, de los cuales S/. 3,800 millones se destinaron al financiamiento de las pensiones de la 20530; la planilla del D.L. 19990 en dicho año fue de S/. 2,837 millones, lo que requirió un subsidio de S/. 2,061 millones (76,6 %). La reserva actuarial, definida como el capital requerido para cumplir con el pago de todas las pensiones de los beneficiarios directos e indirectos comprendidos en la población cubierta (pensionistas y activos), hasta el fallecimiento del último de ellos, considerando las reformas normadas por la Ley 27655, el fallo del Tribunal Constitucional en el caso de las hijas solteras, Ley 27617 y 28047, asciende a us\$ 40,142 millones aproximadamente (\$ 24,416 millones del d.l. 20530 y \$ 15,726 millones del d.l. 19990) , lo que significa el 70 % del pbi y 65 % del valor de la suma de la deuda interna más externa del país.

En el Presupuesto del 2004, que en total es de S/. 44,156 millones, se ha destinado S/. 6,274 millones para gastos previsionales (pensiones de cesantes y jubilados), de dicha cantidad el 88 % se financia con recursos ordinarios, ejerciendo enorme presión sobre la Caja Fiscal. De ese modo, al año 2003 el subsidio estatal unitario para un pensionista actual promedio en cada sistema previsional, calculado sobre remuneraciones y pensiones promedio es de 58 % del capital requerido per cápita en el D.L. 19990 y 85 % del capital requerido per cápita en el D.L. 20530. Dicho subsidio unitario se mantendrá, salvo reformas, en éste último régimen, pero tenderá a reducirse con el tiempo en el S.N.P. como resultado de las reformas implementadas por la Ley 27617 que buscó adecuar este último Sistema a la esperanza de vida actual y a los cambios demográficos del país.²¹

En el D.L. 19990 el costo total de las planillas en el 2003 y 2004 es de S/. 2,785'185,356 y S/. 3,087'312,153. Dicho costo se cubre con recursos ordinarios (apor-

21) www.Transparenciaeconómica.mef.gob.pe

tados por el Estado a través del MEF) de S/. 2,020'321,589 y S/. 2,319'125,201, respectivamente; los aportes recaudados y por recaudar en los mismos años como contribución a los Fondos son de S/. 164'863,766 y 788'186,952. En el Presupuesto del 2005 la participación de las pensiones se reduce de 16.2 % a 14.5 %, ascendiendo a la suma de 7,182 millones de nuevos soles.

Si se implementa la reforma constitucional en materia de pensiones y se aprueba el Proyecto del Poder Ejecutivo de Reforma del D.L. 20530, según el M.E.F. el ahorro financiero será en el primer año de S/. 57,3 millones y la implementación de los aumentos programados para las personas de ingresos más bajos generará un gasto de S/. 61,9 millones. Sin embargo, ese desbalance en el costo sólo sucederá durante el primer año, en el segundo cambiará. El pago del total de las pensiones a cargo de los sistemas estudiados representa cerca del 14 % del presupuesto del país, pero las modificaciones, de aceptarse, generarán en los próximos 5 años un ahorro promedio anual de S/. 1,438 millones, que se pueden dedicar a otros gastos sociales.

2. Problemática jurídica.

2.1. En el ámbito legislativo.

Solo por razones de especialidad hemos separado esta problemática de la precedente, pero es claro que la taxonomización de problemáticas son por simples razones pedagógicas, ya que todos los factores interactúan y se condicionan recíprocamente. En ese contexto desarrollaremos a continuación los campos legislativo y jurisprudencial. En el primero presentaremos brevemente algunos aspectos de la legislación relacionada con los regímenes de los DD.LL. 19990 y 20530; en el segundo sintetizaremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que nos parecen importantes, sin perjuicio de muchos otros que por razones obvias no trataremos en esta ponencia.

2.1.1. Interferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

Las interferencias interdisciplinarias se dan en diversos ámbitos. Veamos algunos de ellos:

- a.- Antes el Derecho de Seguridad Social fue un capítulo del Derecho del Trabajo. Por esa razón es que, quiérase o no, arrastra todavía varios principios propios de la disciplina matriz, independientemente de los suyos que están claramente diferenciados. A pesar de que la séptima disposición complementaria del D.L. 817 precisó que “los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social”, en la práctica nuestra legislación previsional aplica varios principios, destacando dentro de ellos el de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación (a veces más bien clara-

- mente discriminatorio). Esto tiene grandes consecuencias en la creación y manejo normativo y en su aplicación jurisprudencial.
- b.- El temor de los mal llamados “sobrecostos” de la seguridad social, de acuerdo a la idiosincracia del empresariado peruano, hace que en muchos casos estos busquen la informalidad. Independientemente de las consecuencias del trabajo o del empleo en la seguridad social, el “temor a la seguridad social” restringe el libre funcionamiento de la contratación laboral y los aspectos propios de la prestación y la contraprestación.
- c.- La Constitución de 1979 prescribió que el Estado debería tener un Sistema Único de Remuneraciones y de Pensiones. Belaúnde intentó avanzar algo en la búsqueda de organicidad o sistematicidad del primero con el D.L. 276, pero fracasó por la incomprensión de los actores sociales y por las propias limitaciones técnicas de su gobierno, al igual que ocurrió con los subsiguientes. Sostenemos que no se avanzó casi nada en el impulso del Sistema Único de Pensiones, tanto más cuando la Constitución de 1933 ni mencionó el tema; sin embargo, en la actualidad nuevamente se presenta la posibilidad de instaurar nuevos procesos técnicos viabilizados por la Ley N° 28175, denominada Ley Marco del Empleo Público, que no solo regula algunos aspectos del tema sino que impulsa la próxima aprobación de leyes referidas a las carreras de los servidores y funcionarios públicos, empleados de confianza y ley de remuneraciones del empleo público, entre otros. Pero de lo dicho se concluye claramente que ambos sistemas se involucran, difieren y complementan a la vez. El asunto está en dilucidar hasta qué punto es posible o no romper y en qué casos el cordón umbilical que une a ambas disciplinas jurídicas.
- d.- En el Perú siempre ha existido una íntima vinculación entre remuneraciones y pensiones. Ello ocurre porque clásicamente todo lo que constituye remuneración es base de cálculo para los aportes y/o descuentos por leyes sociales, en consecuencia toda remuneración es pensionable y todo el Derecho Pensionario está literalmente “amarrado” a las remuneraciones, empezando por las remuneraciones mínimas vitales. ¿Es correcta dicha vinculación o ya es tiempo de buscar otra salida? ¿Es adecuada la equiparación o se debe buscar conceptos pensionarios referenciales independientes? ¿Siendo en la actualidad los sistemas previsionales de reparto, capitalización o mixtos, deben quedar siempre vinculados a las remuneraciones? La Ley 28112 ha desarrollado el art. 39 de la Constitución sobre la jerarquía y remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado y ha creado la Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP), pero a su vez se ha cuidado en sus disposiciones transitorias de señalar que ninguna de las normas sobre jerarquía y remuneraciones puede afectar el régimen de pensiones establecido por el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias y complementarias.

Al parecer, aquí habría un germen de independización de conceptos que exige una discusión más profunda y razonada.

- e.- Se aprecia otro punto de interferencia en el caso de la extinción del contrato de trabajo. Durante el decenio de los noventa e incluso desde antes, en la experiencia peruana ha aparecido un vicio generalizado o una actitud cómoda y técnicamente irresponsable en el manejo del derecho pensionario, ya que para proceder a los despidos colectivos de los trabajadores en el Sector Público y para de algún modo justificarlos, se les ofrecía y se les otorgó como uno de los “incentivos” el reconocimiento de 3 y a veces hasta 5 años de servicios como tiempo de aportación para pensiones, sin que el trabajador haya prestado servicios reales y efectivos (en el fondo se trataba de una “indemnización por despido disfrazada”, pero a costas no del empleador activo, sino de la seguridad social). No tenemos información estadística, pero suponemos que más de 50,000 personas se han acogido a esta ganga anti-técnica. La actual Administración Gubernamental lamentablemente ha caído en el mismo juego, ya no en vía de otorgamiento de incentivos por cese, sino en vía reparatoria de aquellos, en relación a las Leyes 27452, 27487, 27586, 27803 y 28299, así como sus normas conexas y reglamentarias, referidas a los ceses colectivos arbitrarios ocurridos durante el Gobierno del ingeniero Fujimori; dentro de una de las alternativas ha dispuesto la jubilación adelantada a los 55 años para los hombres y 50 para las mujeres siempre y cuando cuenten con un mínimo de 20 años de aportación, el reconocimiento de hasta doce años de aportes para fines pensionarios, siempre y cuando los ex-trabajadores no hubieran estado laborando para el Estado en dicho lapso, computados desde la fecha efectiva del cese hasta la entrada en vigencia de la Ley 28299, de fecha 22.07.04. El error técnico en este punto es que el tiempo no trabajado por motivo de ceses colectivos arbitrarios constituye una suspensión perfecta desde el punto de vista del Derecho del Trabajo (no se ha reconocido reintegros a los trabajadores), pero resulta indirectamente una suspensión imperfecta desde la óptica del Derecho de la Seguridad Social - Pensiones.

Lo poco que acabamos de decir sobre esta interrelación esperamos demuestre que hay que dar un debate profundo sobre el tema.

2.1.2. Legislación inestable y vacilante.

Durante el último decenio del siglo pasado y primero del actual la legislación sobre pensiones ha sido anárquica y antitécnica, sólo pretendió poner parches para solucionar aisladamente algunos problemas. Los especialistas y el Congreso de la República se han centrado más en la discusión de la reforma constitucional como prerrequisito para cualquier tratamiento de una nueva Ley de Pensiones que unifique los Sistemas de los Decretos Leyes 19990 y 20530 (el Ministerio de Trabajo incluso ha tomado ya la inicia-

tiva), pero no se ha propuesto una Ley General de Pensiones que sobre la base de un título preliminar sustancioso recoja los aspectos y principios fundamentales y regule armónicamente los regímenes común y especiales de la seguridad social. Es una tarea pendiente que tiene que plantearse como estrategia de trabajo sistemático y de largo alcance.

Algunas muestras, entre muchas otras, de esta legislación inestable y vacilante son las siguientes:

1. Con el D. L. N° 763, de 08.11.91, se pretendió cerrar el régimen del D.L. 20530; sin embargo eso duró solo hasta el 07.02.92, en que se derogó dicho dispositivo legal.
2. A partir del año 1996, cuando la II D. C. del D. Leg. N° 817 facultó a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear instancias judiciales especializadas en materia de pensiones, hubieron marchas y contramarchas preocupantes. Por ejemplo, por Resolución Administrativa N° 131-CME-PJ, de 25.06.96, se creó en la Corte Superior de Lima una Sala Especializada en Derecho Público, otra en Acción Contencioso - Administrativa y un Juzgado Previsional Transitorio para los casos del D. L. 20530. Luego, se retiró la competencia a los Juzgados Especializados de Trabajo de Provincias y se dispuso que todos los procesos judiciales sobre dicha Ley sean remitidos a Lima. Después de varios meses de confusión, sin resolver nada, se volvió a disponer que ellos sean tramitados en sus respectivos Juzgados de origen, aparte de que hubo disposiciones, también derogadas después, que prohibían a los magistrados que estaban protegidos directa o indirectamente por dicha Ley a conocer sobre el particular.
3. En mérito a que la Ley 27617 autorizó a que por D. S. se puedan modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación de la pensión dentro del D.L. 19990, el D.S. N° 099-2002-EF, de 13.06.02, a partir del 02.01.02 y para aquellas personas que a dicha fecha no habían cumplido 55 años, se ha rebajado los porcentajes del valor de la remuneración de referencia para pensiones por los primeros 20 años de aportación (antes era el 50 %, ahora oscila entre el 30 % y el 45 %), así como el porcentaje por los años de aportación adicionales (antes era el 4 % de la remuneración de referencia, ahora es el 2 %). La intencionalidad, clara e irrebatible, es disminuir el monto de las futuras pensiones de jubilación en un intento desesperado por evitar el colapso del Sistema.
4. Los topes pensionarios en el D.L. 19990 no han generado problemas, excepto las sentencias del Poder Judicial que en los polémicos casos fundamentalmente derivados de la aplicación del D.L. 23908 han dispuesto el pago de pensiones mayores. En cambio, los topes pensionarios del D.L. 29530 han sido ardorosamente disputados tanto en la legislación como en la jurisprudencia (ver

ley 25303, 25388, 25986, 26268, D.L. 817, 26835, R.M. 271-2001-EF/10, 27617, 28047 y sentencias del Tribunal Constitucional de 18.12.91, 23.04.97, 15.06.01, entre otras.

2.1.3. Reforma constitucional en materia de pensiones.

Por Ley N° 27600, de 15.12.01, se suprimió la firma de Fujimori en la Constitución de 1993 y se dispuso que la Comisión de Constitución del Congreso de la República proponga un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979; una vez aprobado por el Congreso sería sometido a referéndum y de ser aprobada quedaría abrogada la actual Constitución. Esto dio lugar a intensos debates, se creó incluso una Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional integrada por brillantes constitucionalistas y el Tribunal Constitucional, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad contra dicha ley interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco (Exp. N° 014-2002-AI/TC), emitió una señera y académicamente muy bien lograda sentencia, de fecha 21.01.02, donde reprodujo las tres alternativas desarrolladas por la Comisión de Estudio de las Bases y declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad. Con ello el debate se enfrió, así como por las complicaciones sociales, económicas, políticas y de otro tipo que traería cualquier intento de reforma.

Amainado el debate de la reforma constitucional total, basándose en el punto 13 del Acuerdo Nacional suscrito por líderes políticos y algunos partidos (reforma en materia provisional relacionada con el D.L. 20530 en aras de la sostenibilidad fiscal y la equidad del sistema de pensiones), y en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27.06.03 (Exp. N° 002-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad contra la Ley 27617) que sugería una reforma constitucional para viabilizar la aplicación de nuevas condiciones para la percepción de pensiones en el D.L. 20530 teniendo en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional y la sentencia de 28.02.03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado caso “Cinco pensionistas contra el Perú”, se presentó un Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, el mismo que ha sido aprobado en primera legislatura ordinaria de acuerdo al art. 206 de la Constitución en el primer semestre del 2004 y está a punto de entrar a una segunda votación en los próximos días. Si se aprueba la reforma, ella afectará a los pensionistas del D.L. 20530, sino a los otros regímenes provisionales a cargo del Estado, como son el S.N.P., Caja de Pensiones Militar y Policial, etc.

Al margen de los debates académicos y políticos sobre la oportunidad de la propuesta, el Proyecto de Reforma Constitucional propone la modificación de los arts. 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Los

aspectos centrales de la Reforma, los analizaremos y sintetizaremos a continuación en tres puntos.²²

El primer aspecto se refiere a la propuesta de modificación del art. 11 de la Constitución que pretende corregir varias deficiencias con la creación de un órgano del Gobierno Nacional que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado. En realidad, se trataría de una reedición de la experiencia de la O.N.P. (con dicho nombre u otro), que en nuestro criterio y al margen de sus errores ha tenido lados buenos, como son, entre otros, la centralización y control de la identificación del personal incorporado al régimen del D.L. 20530, la utilización de criterios uniformes de interpretación y aplicación de normas en materia pensionaria y la defensa judicial del Estado.

Antes de la existencia de la O.N.P. y después de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 15.06.01, (Exp. N° 01-98-AI/TC), que declaró la inconstitucionalidad de la mayor parte de la Ley 26835 y le quitó competencia a dicho organismo para reconocer y declarar pensiones en el régimen del D.L. 20530, ha vuelto la anarquía al Sector con la dación de la Ley 27719, que retorna dichas facultades a los organismos originarios del Estado. Ahora son cerca de 106 las unidades ejecutoras de éste régimen (organismos públicos del Gobierno Central y Gobiernos Regionales, otros organismos descentralizados, organismos autónomos, empresas estatales de derecho público y privado, municipios, etc) las que pueden pronunciarse respecto de las solicitudes de incorporación o reincorporación, acumulación de tiempos de servicio, reconocimiento de los años de formación profesional con los derechos adquiridos antes de la derogatoria de los dispositivos legales pertinentes, reclamaciones administrativas respecto a las remuneraciones pensionables, monto de la pensión y otros derechos y/o pretensiones que puedan surgir vía conflictos jurídicos pensionarios. Como es obvio, todo esto deviene en caótico e intolerable porque es antitécnico, a veces se hace con falta de conocimientos y experiencia, cuando no con incapacidad o fomentando antiéticamente favores políticos o compadrazgos mezquinos.

El segundo aspecto está relacionado con la propuesta de modificación del segundo párrafo del art. 103, que intenta consagrar a nivel constitucional la teoría de los hechos cumplidos, emulando y reproduciendo el art. III del Título Preliminar del C.C., con la precisión adicional de que la ley “**desde su entrada en vigencia**” se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Ello implica que los hechos no cumplidos de las relaciones existentes se rigen por la nueva norma a partir de su vigencia, incluso algunos sostienen que se aplica a los hechos ya cumplidos

22) Para mayores ampliaciones, véase: MORALES CORRALES, Pedro: “Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530”; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: “¿Adiós a la pensión 20530 de la “China Tudela?””; ABANTO REVILLA, César: “Crónica de una muerte anunciada. Comentarios sobre la reforma el D.L. N° 20530”; y GONZALES HUNT, César: “El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen provisional del Estado”, en Revista “ACTUALIDAD JURIDICA”, publicación mensual de “GACETA JURIDICA”, Tomo 126, Mayo del 2004, págs. 9-15, 17-20, 21-29 y 31-40, respectivamente.

pero cuyos efectos son revisados por norma posterior. Se considera que esta modificación es importante en el concierto jurídico nacional porque en forma unánime nuestra doctrina ha consagrado la teoría de los hechos cumplidos como regla general del sistema, con algunas excepciones, entre ellas la de los regímenes pensionarios a cargo del Estado. La aprobación de esta reforma permitiría aplicar en forma inmediata las normas de desarrollo constitucional a los trabajadores activos y pensionistas del D.L. 20530 y D.L. 19990.

En tercer lugar está lo más importante, la propuesta de reforma o sustitución de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. El texto actual de aquella señala que 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. La propuesta de reforma tiene varios puntos: declara cerrado definitivamente el régimen pensionario del D.L. 20530 (con lo cual cualquier ley o disposición legal que intentara abrir el régimen estaría viciada de inconstitucionalidad); prohíbe las nuevas incorporaciones o reincorporaciones (muchas normas quedarían derogadas, incluso las leyes especiales de los magistrados y los diplomáticos); los trabajadores activos del D. L. 20530 que no cumplieran los requisitos para obtener la pensión correspondiente deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones; las nuevas reglas pensionarias establecidas por la ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas a cargo del Estado según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones; las modificaciones en los regímenes pensionarios actuales y en los que se establezcan a futuro deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación; por último, se autorizaría a la autoridad competente a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito.

En cuanto a la prescripción no hay muchas expectativas de lograr resultados favorables debido a que están sometidas al plazo de 10 años previsto en el art. 2001 del C.C.²³ Incluso hay autores que consideran inadecuado el texto en este punto y cuestionan la aplicación de criterios civilistas sobre la prescripción en cuestiones que no son de derecho común, sino de interés público, por lo que sugieren se contemple las bases de una regulación que habilite la interposición de acciones de nulidad sin sujetarse a las reglas civiles sino a las que se pudiera disponer al efecto con un plazo diferente²⁴.

23) ABANTO REVILLA, César: op. cit., pág. 29.

24) GONZALES HUNT, César: op. cit., pág. 40.

2.2. En el ámbito jurisprudencial (Algunas de las principales soluciones del Tribunal Constitucional en materia de pensiones).

1.- Exp. N° 007-96-I/TC (acumulado), sentencia de 23.04.97, en los seguidos por Bernardo Fernández Gil, y más de 5,000 ciudadanos, sobre acción de inconstitucionalidad contra los arts. 7, 8, 9, 10 y la Disposición Transitoria única del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones que antes administraba el ex- Instituto Peruano de Seguridad Social, y contra los arts. 1 y 2 de la Ley 26323, que permitieron los pensionistas del D.L. 20530 sean transferidos a la Oficina de Normalización Previsional, liberando de responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en que los mismos prestaron servicios y cesaron, afectando su derecho a una pensión de cesantía nivelada.

Dicha sentencia es bastante densa y de contenidos sustanciales. Solo resaltamos como algunos de sus aspectos medulares la declaración de inconstitucionalidad del art. 10 del D.L. 25967, por contravenir lo dispuesto en los arts. 51, 138 y 200 de la Constitución, el reconocimiento de una situación excepcional de ultractividad de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria con los D.L. 19990 y 20530; que los asegurados inscritos en el D.L. 19990, que hasta antes de la vigencia de los D.L. 25967 y 26323 habían cumplido 60 años los varones y 55 las mujeres, a condición de que reúnan los requisitos de aportación señalados en la ley, tienen derecho a pensión en los términos y condiciones que la norma anterior establece, incluyéndose los criterios para calcularla; que el nuevo sistema de cálculo se aplicará solo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. 25967 cumplan con los requisitos señalados en el D.L. 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, y que los derechos adquiridos por los pensionistas de los D.L. 19990 y 20530 tienen que ser necesariamente respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, también tiene que ser respetado el derecho a una pensión nivelada.

2.- Exp. N° 008-96-VTC, sentencia de 23.04.97, en los seguidos por cerca de 27,000 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y otros, sobre demandas de inconstitucionalidad acumuladas de diversos artículos del D.L. 817.

Esta sentencia también es vasta y rica en contenidos, siendo en nuestro criterio fundamentales los siguientes: a) Se declaró fundadas en parte las demandas de inconstitucionalidad, en consecuencia inconstitucionales, varios artículos del D.L. 817 que asigna al Tribunal de la Administración Pública competencia para conocer reclamaciones sobre derechos y deberes laborales de los servidores públicos, crea la Sala Laboral, regula sobre la imprescriptibilidad de la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas de la O.N.P., la obligación de los jueces de no contravenir las disposiciones del D.L. 817, impedimentos de los jueces y fiscales para conocer procesos en materia previsional, ejecución de sentencias y creación de instancias especializadas en el Poder Judicial, por legislar en materia no delegada; la declaración de la O.N.P. como la única entidad competente para otorgar derechos pensionarios y por vulnerar el

principio de irretroactividad de las leyes; considera que la 12° D.C. del D.L. 817 no es inconstitucional porque la intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma en cuanto a normas de procedimiento, el D.L. 817 solo puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuren a partir de su vigencia, y como tiene rango de ley puede modificar válidamente normas preexistentes; el derecho a una pensión nivelable se adquiere desde el momento en que se cumplen de hecho los requisitos señalados en la ley, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente, en consecuencia, aquellos que se encontraban bajo el amparo del D.L. 20530 y ya han cumplido los requisitos señalados por aquella, esto es, laboraron 20 o más años, antes de la entrada en vigencia del D.L. 817, tienen derecho a una pensión nivelada y los que no alcanzaron los 20 años del servicios al 24.04.996 no tienen derecho a una pensión nivelable, etc.

3.- Exp. N° 549-99-AA/TC, sentencia de 10.12.99, en los seguidos por César Enrique Orrego Espinoza contra el Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre acción de amparo por violación del derecho a la igualdad ante la ley, libertad de creación intelectual y al trabajo efectivo, por haber sido cesado por límite de edad a los 70 años (nótese que con posterioridad, 11.09.02, se ha emitido una sentencia similar, Exp. N° 1485-2001-AA/TC).

La sentencia comentada revocó la de segunda instancia y declaró fundada la acción de amparo ordenando la no aplicación de la Resolución Rectoral que dispuso el cese del profesor universitario demandante en aplicación del art. 35, inc. a) del D.L. 276 y art. 186 del D.S. 005-90-PCM.

Esta sentencia ha sido defendida por algunos cultores de la especialidad²⁵. Sin embargo, nosotros discrepamos de aquella por múltiples razones, dentro de las que liminarmente consideramos: a) Por experiencia personal, conocemos de reincorporaciones de servidores públicos mayores de 70 años por mandato judicial, el drama es que no se sabe hasta cuándo seguirán laborando. Si son longevos y viven 100 años, como aparentemente “no existe” límite en la edad de jubilación para dicho tipo de actividad, podrán seguir laborando hasta dicha edad; pero eso es anti - técnico y anti - humano; b) Como dijimos supra, en el Perú deberían existir estudios multidisciplinarios previos que coadyuven a fijar, aparte de la edad general de jubilación de 65-70 años que funcionan en el Derecho de Seguridad Social común, edades especiales de jubilación mayores y menores que las precitadas, en función de las características y riesgos de cada tipo de trabajo; solo hay algunos avances en algunos sectores; mientras tanto tiene que funcionar la supletoriedad expresa o tácita, hasta que el desarrollo jurídico del país de para la aprobación de una Ley General de Seguridad Social que involucre a

25) Ver TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: Jubilación obligatoria: los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”, en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, N° 68, mayo, 2004, págs. 51-62.

todos los sectores; c) La sentencia del Tribunal constituye un yerro garrafal porque en este caso la aplicación supletoria es expresa e indiscutible por mandato de los arts. 35, inc a) del D.L. 276, art. 186 del D.S. 005-90-PCM y art. 52, inc. g) de la Ley 23733 y los propios Estatutos de las Universidades, d) La jubilación en el Perú, y no hablamos de las jubilaciones anticipadas porque no es el punto, tanto en el sector público como en el privado, en regla general y salvo algunas excepciones, es potestativa a los 65 años y obligatoria y automática a los 70 años; mientras no existan otras normas tenemos que aplicar aquellas porque no podemos dejar los problemas concretos en el limbo de la indefinición; e) En su naturaleza jurídica la jubilación es el reconocimiento del derecho al descanso del trabajador que ha completado su ciclo laboral, por tanto genera una prestación de la seguridad social que constituye una protección contra las personas de la tercera edad (“descanso socialmente retribuido”); no somos de la idea de que se trate de una presunción de incapacidad de los trabajadores mayores, porque dicho asunto es altamente polémico y depende del tipo de actividades realizadas, sin embargo, en cualquier debate sobre el particular no puede dejarse de lado la tasa de mortalidad e incremento del promedio de vida y demás factores demográficos y de envejecimiento de la población; y, f) Por último, no creemos que, en las circunstancias actuales del desarrollo del país y de sus aspectos sociales, la jubilación obligatoria y automática sea una figura inconstitucional.

4.- Exp. N° 0703-2002-AC/TC, sentencia de 27.12.02, en los seguidos por la Asociación Nacional de Obreros Municipales Pensionistas D.L. 19990 contra la O.N.P., sobre acción de cumplimiento de la ley 23908.

En esta sentencia se nota la variación de criterio del Tribunal Constitucional, ya que en sentencias anteriores, como la de 27.04.00, recaída en el Exp. N° 630-99-AA/TC, en los seguidos por Santiago Trivelli Aduvire contra la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre acción de amparo, se declaraba improcedentes este tipo de reclamaciones. Sin embargo, en el caso comentado, donde se revocó la recurrida y se declaró fundada en parte la demanda ordenando que la emplazada cumpla con reajustar la pensión de jubilación de acuerdo a los parámetros de la Ley 23908, son de resaltar los siguientes aspectos: a) El Tribunal señala erróneamente que tienen derecho a la determinación de la pensión inicial o mínima, con arreglo al criterio de la Ley 23908 (monto mínimo de las pensiones de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones es de tres salarios mínimos vitales) , los pensionistas que adquirieron el derecho antes de la entrada en vigencia del D.L. 817, de 23.04.96,y, b) Por lo demás, los errores interpretativos contenidos en esta sentencia han sido claramente expuestos por López Trigoso, a cuyo trabajo nos remitimos²⁶.

26) LOPEZ TRIGOSO, Edwin: “Sobre el respeto al debido proceso en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley 23908”, en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, N° 67, abril 2004, págs. 55-77.

5.- Exp. N° 2135-2002-AA/TC, sentencia de 23.01.03, en los seguidos por Marietta Elba Picón Murgueytio contra la sentencia de la Sexta Sala de la Corte Superior de Lima, sobre acción de amparo contra la O.N.P. por haber denegado el derecho a pensión de sobrevivientes - orfandad a una hija soltera mayor de edad.

En este caso el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo y dispuso que se otorgue pensión de sobrevivientes - orfandad, hija soltera mayor de edad, en base a las consideraciones fundamentales estimadas por dicho organismo de que el requisito de no estar amparado por algún sistema de seguridad social se refiere a que en la actualidad no se está gozando de una pensión y de que la madre no gozó de la pensión de viudez por haber fallecido antes de su otorgamiento, y que como ésta no se hizo efectiva mientras la titular estaba en vida, no procede afirmar la exclusión de la pensión de sobreviviente de la hija.

Esta sentencia también contiene yerros lamentables, no solo porque violenta la clara disposición contenida en el inc. c) del art. 34 del D.L. 20530, por el cual la pensión de viudez excluye a la de orfandad para la hija soltera mayor de edad, sino porque confunde el momento en que se genera la pensión con el momento en que administrativamente se hace efectivo su pago²⁷.

En relación a este tema también es bueno precisar que por Ley 26717, publicada el 01.01.02, se modificó la Ley 20530 disponiéndose el retorno al 50 % por la pensión de viudez (los arts. 25 y demás pertinentes de ésta última señalaban que el importe de la pensión de sobrevivientes era el 50 % de la pensión de cesantía que correspondía al causante; sin embargo, por Ley 25008, de 26.01.89, sin justificación alguna y solo por razones "políticas" de baja alcurnia, se incrementó el porcentaje al 100 %) y se derogó la pensión de orfandad para las hijas mayores de edad, que en la mayoría de los casos daba lugar a grandes vicios. Contra dicha ley se presentaron varias acciones de inconstitucionalidad, las que fueron acumuladas en algunos casos y resueltas por sentencias de 24.04.03 y 21.09.03. En la primera de ellas, recaída en el Exp. N° 005-2002-AI/TC, se estableció absurdamente que en las pensiones de sobrevivientes nos encontramos frente a un derecho adquirido con condición suspensiva desde el momento en que el causante tiene derecho a pensión, independientemente de la fecha en que se produzca el fallecimiento. Como bien dice Abanto Revilla, y nosotros estamos de acuerdo con ello, se trata de otro error garrafal del Tribunal Constitucional, no es posible considerar que el derecho a pensión de sobrevivientes se genere a partir del momento en que el trabajador cumplió 15 años de servicios porque el art. 48 del D.L. 20530 estipula que dicho derecho se genera desde la fecha de fallecimiento del causante. Con el razonamiento ilógico del Tribunal nos encontramos frente al absurdo de que un causante

27) Vid. ABANTO REVILLA, César: "D.L. 20530. El Tribunal Constitucional y su interpretación de los requisitos para acceder a pensión de sobrevivientes. La orfandad para las "hijas solteras", en "Diálogo con la Jurisprudencia, N° 70, Julio, 2004, año 10, págs. 67-73.

puede generar derecho a pensión de sobrevivientes incluso antes de que esté casado y antes de que tenga hijos²⁸. Dicho de otro modo, si el causante, supongamos profesor del Estado ingresado el 01.11.80 cuando tenía 22 años de edad, incorporado al D.L. 20530 por mandato de la Ley 25212, de 20.05.90, se casó el 01.11.00, cuando tenía 20 años de servicios y fallece en octubre del 2004 dejando dos hijas pequeñas. Supongamos que la madre también fallece y a las dos hijas, cuando lleguen a la mayoría de edad, no les da la gana de casarse porque conocen dichas sentencias, pues tendrían derecho a recibir pensión de sobrevivientes como hijas solteras mayores de edad hasta su fallecimiento, o hasta que se casen, o hasta que se les compruebe convivencia en sentido estricto, salvo que cambie la legislación aplicable previa reforma constitucional. El Estado tendría que mantenerlas durante muchos años, lo que resulta no solo ilógico, irracional e injusto, sino oneroso para nosotros los contribuyentes.

6.- Exp N° 189-2002-AA/TC, sentencia de 18.06.03, en los seguidos por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la O.N.P., sobre acción de amparo, para que se le abone su pensión nivelable con los haberes que percibe su homólogo en actividad en la SBS.

Esta sentencia implica un cambio de posición respecto de la aplicación del régimen pensionario del D.L. 20530 y es abiertamente contradictoria con la posición desarrollada por dicho Tribunal en el Exp. N° 156-2001-AA/TC, sentencia de 06.08.02, donde se dispuso que el Ministerio de Salud cumpla con expedir la resolución correspondiente para que Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro acceda a una pensión dentro del D.L. 20530 por haber trabajado más de 18 años en favor del Estado, aún cuando a la emisión de la Ley 24366, de 22.12.85, ya había cesado en sus funciones a su propia solicitud. Los fallos abiertamente contradictorios en los casos Medina Pantoja y Maldonado Duarte trasladaron la polémica de los Decretos Leyes 19990 y 20530 a la I y II D.T. y C. de la Constitución, que se refieren a los derechos adquiridos por los pensionistas y que 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.

En la nueva sentencia, de 18.06.03, el Tribunal se “autocrítica” de la sentencia anterior y se justifica señalando que se inclinó por aplicar la Ley 20530 por los principios del “in dubio pro operario”, equidad e igualdad, ya que la Ley 24366 invocada por la demandante para ingresar al sistema no permitía su acceso porque las condiciones establecidas no eran plenamente satisfechas en su caso (ver fundamento 16). Luego, se corrige y, considerando que la Constitución promueve un sistema de seguridad social no solo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, reabre y profundiza el examen de la materia y en armonía con otras disposiciones de la

28) Loc. Cit.

Carta Magna resolvió apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del D.L. 20530.

Diversos especialistas han desarrollado sendos enfoques críticos sobre dichas sentencias, siendo de resaltar, entre los tantos que cada uno de ellos menciona, los siguientes razonamientos:

- a.- El Tribunal admitió valientemente que los criterios que antes venía aplicando eran equívocos. Deja de ser suficiente que el servidor público acredite 15 o 12.5 años de servicios si es varón o mujer, respectivamente, para acceder al régimen del D.L. 20530, sino que se debe cumplir otros requisitos. La nivelación de las pensiones debe hacerse con referencia al servidor público que se encuentre en actividad, según el nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese.²⁹
- b.- Las condiciones económicas influyen en el tratamiento de las pensiones, por lo que es indispensable reestructurar la política nacional en ésta materia, pues las disposiciones que permiten jubilación adelantada y pagar pensiones generosas solo empeorará la situación económica nacional³⁰.
- c.- A pesar de que el Tribunal rectifica gruesos errores de apreciación jurídica, resulta altamente preocupante la errática jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución en estas materias; ojalá que a futuro esté a la altura de la función social que la Constitución le impone. Uno de los equívocos más clamorosos en la sentencia de la señora Medina Pantoja fue considerar que en la causa se presentó un conflicto de normas que llevó al Tribunal a optar por la aplicación de una en desmedro de otra, ya que nunca hubo un conflicto de normas porque el art. 4 del Decreto Ley 20530 regula un supuesto para acceder al derecho a pensión, mientras que el art. 1 de la Ley 24366 regula otro supuesto.

Por lo demás, es obvio que la experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de pensiones dentro de los regímenes de los D.L. 19990 y 20530 es vastísima y muy interesante. Debe ser motivo de nuevos estudios analíticos y sistematizadores.

IV. PERSPECTIVAS DEL DERECHO PREVISIONAL EN EL PERÚ.

De acuerdo a los datos sociológicos y estadísticos nacionales, en el Perú hay en la actualidad aproximadamente dos millones y medio de personas en la tercera edad, de ellos alrededor del 42 % está en situación de pobreza total y 26 % en situación de extrema pobreza. Como tenemos cerca de 730,000 pensionistas en los principales regí-

29) MORALES CORRALES, Pedro: "El fracaso de los sistemas pensionarios a cargo del Estado y la resolución del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2003", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, N° 58, julio 2003, págs. 25-33.

30) ABANTO REVILLA, César: "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, N° 58, julio 2003, págs. 35-43.

menes previsionales (incluyendo las pensiones de derecho-habientes), aproximadamente dos millones de personas en dicha edad no goza de ninguna protección previsional, con lo que el principio de solidaridad que informa el Derecho de Seguridad Social se reduce a su mínima expresión y cuestiona toda la arquitectura social. Esto es dramático ahora y será peor en el futuro porque la pirámide poblacional se irá convirtiendo en una especie de cúpula de catedral rusa, donde el referido estamento poblacional se incrementará peligrosamente.

Hemos visto también que con el déficit estructural del empleo y con un total de sólo el 26.0 % de la PEA ocupada que está afiliada a la seguridad social, en los años venideros crecerá la población de la tercera edad, pero decrecerá el número de habitantes con derecho a pensión de jubilación por no estar asegurados, o por estarlo y no haber cumplido los requisitos mínimos de 20 años de aportación.

Es indiscutible que los sistemas de pensiones administrados por el Estado está desfinanciados, casi en la ruina, lo que provoca la asignación de recursos del Presupuesto público en altísimos porcentajes. Es cierto también que los sistemas de financiación afrontan inmensos retos presentes y futuros porque están mal preparados para hacer frente a la mundialización y al envejecimiento de la población y porque las cargas financieras impuestas a los contribuyentes y a los afiliados han llegado a límites que son poco tolerables. Los efectos fatales de la mundialización deberían llevarnos a tratar de imaginar o concretar un nivel más alto de protección social en los países atrasados, siempre pensando en la relación positiva que existe entre la productividad y la seguridad social. El envejecimiento no será el principal problema para la financiación de los regímenes pensionarios si es que podemos contener la dependencia social de la población activa respecto de la pasiva. Los métodos de financiación más conocidos son tres: sistema de reparto (donde no hay capitalización anticipada), sistema de capitalización (ayudan a reducir los límites de dependencia) y el sistema mixto o de capitalización intermedia parcial (en la práctica agrupa a la mayoría de regímenes en el mundo, incluso agrupa a algunos que originalmente fueron diseñados como de capitalización plena, pero que por culpa de las debacles económicas, la inflación y los errores políticos vieron abruptamente reducido el valor de sus reservas; normalmente combinan un fondo de reserva con un régimen de reparto). Sin embargo, todos ellos son sensibles a los cambios demográficos, económico-financieros, políticos, etc.

Si bien en el Perú los regímenes de pensiones administrados por el Estado son mixtos, hay que imaginar y trabajar salidas originales para que no existan descomunales diferencias entre lo que aportan el Estado y los asegurados. La sostenibilidad financiera constituye un punto fundamental para el éxito de cualquier sistema pensionario. Sin embargo, lo principal es tener siempre presente que el empleo es la clave para la financiación futura de la protección social en todas las sociedades. Sin empleo, todo el

resto son nada más que buenas intenciones. Hay que trabajar en relación al objeto primordial de la O.I.T.: la promoción de oportunidades para que las personas puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, y hay que tener en cuenta que la seguridad social es un elemento clave del objetivo del trabajo decente.

Por otro lado, la implantación de nuevos esquemas de financiación, la reforma constitucional y la decantación jurisprudencial a cargo del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en estos aspectos, deben aportar de una vez por todas a la unificación de los sistemas pensionarios a cargo del Estado, el establecimiento de un sistema único de pensiones, debiendo tenerse en cuenta en la medida de lo posible la igualdad de trato en las prestaciones de vejez y prestaciones de sobrevivientes, la creación, dentro del Ministerio de Trabajo, de un Vice - Ministerio de Protección Social, la generación y aprobación de una Ley General de Pensiones que abarque el derecho previsional común y especial, así como el impulso de Salas Especializadas dentro del Poder Judicial para la solución de conflictos previsionales.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS GENERALES.

Primera.- La mundialización, con los cambios espectaculares que genera a nivel social, económico - financiero, productivo, político y tecnológico, ocasiona graves consecuencias en el ámbito del Derecho del Trabajo y por natural añadidura en el Derecho de la Seguridad Social. Las carencias en cuanto al trabajo se convierten en o acarrear carencias de protección social. El subempleo y desempleo mundiales han propiciado que, entre otras causas, más del 50 % de la población del planeta esté excluida de cualquier tipo de protección de la seguridad social, y sus estragos son mayores en los países del Tercer Mundo.

Segunda.- Los cambios demográficos tienen particular importancia en el derecho pensionario. La superación de las altas tasas de mortalidad y natalidad en el mundo han llevado a la aparición del problema del envejecimiento y ello tiene grandes impactos en el funcionamiento de cualquier sistema previsional, por lo que hay que hacer un estudio razonado y debidamente respaldado por cálculos actuariales, así como tener rigurosa selectividad y cuidado con la normatividad referida a los años de aportación para tener acceso a las pensiones, el adelanto o la disminución de las edades de jubilación sin distinción de sexos, los planes de jubilación adelantada y los alcances del principio de solidaridad para poder atender al resto de la población marginada de este derecho.

Tercera.- Hay un evidente pésimo manejo económico - financiero y político del problema. En lo económico - financiero la irresponsabilidad salta a la vista, de modo que la falta de Planes de Desarrollo Nacional y la improvisación son el

principal causante de la virtual quiebra de ambos sistemas pensionarios: en el 2004 el 88 % de la planilla está siendo financiada con los recursos ordinarios del Presupuesto Público, el año pasado el Estado otorgó un subsidio per cápita de 58 % para los pensionistas del D.L. 19990 y 85 % para los beneficiarios del D.L. 20530. En cuanto a lo político los gobiernos de las dos y media últimas décadas han llevado a la debacle ambos sistemas con un anti - técnico cuando no caótico manejo. Adicionalmente, los fenómenos de la estructura poblacional, estructura ocupacional y los ingresos en el Perú, la existencia de una legislación inestable y vacilante, la mantención de una línea jurisprudencial errática a cargo del Tribunal Constitucional, en menor o en mayor medida y junto a muchas otras causas, han coadyuvado a que nos encontremos en una delicada situación para la supervivencia de dichos sistemas.

Cuarta. - La propuesta de reforma constitucional en materia de pensiones, sin desconocer su urgencia, debería implementarse con muchísimo cuidado. De acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las recomendaciones de la O.I.T., no debería propiciar la reducción, sino más bien la ampliación de la cobertura de pensionistas, proscribiendo para siempre las denominadas “pensiones doradas” y sin sustento fáctico, económico y ético que un escaso número de personas percibe en el D.-L. 20530.

Quinta. - Es urgente e imprescindible que de una vez por todas se dicte una Ley General de Regímenes Previsionales que sobre la base de un Título Preliminar señero aborde los sistemas comunes y los especiales de pensiones, que tenga por vocación e implemente con propuestas financieras y realistas el objetivo de una cobertura secuencial y programada de otorgamiento de pensiones mínimas para ciertas categorías de personas de la tercera edad, que no desconozca sino más bien reconozca la teoría de los derechos adquiridos o teoría de la irrenunciabilidad de derechos a nivel de norma mínima, para propiciar, en concepción similar al “trabajo decente”, una “pensión decente” acorde con la dignidad humana, que independice como base de cálculo las remuneraciones, que son institución propia del Derecho del Trabajo, y las sustituya por patrones de cálculo sui-géneris, como podrían ser las “Unidades de Referencia Previsional” que nos ayudarían a evitar multiplicidad de conflictos por la fijación de pensiones mínimas o por los topes pensionarios, que se unifiquen los cálculos de las “remuneraciones de referencia” en la óptica precitada, que la jubilación sea fundamentalmente en función de los años de aportación, que se supriman las pensiones de derecho derivado para los hijos mayores de edad, salvo que sufran invalidez o incapacidad total o parcial grave, que se prohíba la nivelación de las pensiones, etc.