

# LA NIVELACIÓN PENSIONARIA: BENEFICIO DE POCOS, PERJUICIO DE MUCHOS

CÉSAR GONZÁLES HUNT<sup>(1)</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

---

Las pensiones son, sin lugar a dudas, una de las materias más controvertidas de las últimas décadas en el Perú. El nacimiento de nuevos regímenes, mayores o menores beneficios, montos insuficientes o exponencialmente elevados. Diversos han sido los temas que se han discutido en torno al pago de una prestación pensionaria en nuestro país.

Siendo ello así, no cabe duda de que es el Régimen Previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530, el que mayor controversia generó con la creación del beneficio más atractivo del mercado previsional: la nivelación pensionaria. Su aplicación obligó a que los fondos que se transfirieran del Tesoro Público hacia a este régimen resultaran una gravosísima carga para el Estado, debido a la carencia de recursos que permitieran hacerlo un sistema autofinanciado.

Un profundo análisis determinó la innegable necesidad de erradicar aquel beneficio que no había sido originario del Régimen Previsional del Estado y que limitaba en diversas dimensiones el incremento de las remuneraciones a los trabajadores del Sector Público en activo de dicho régimen pensionario, así como iba

---

(1) Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Seguridad Social en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

progresivamente generando una deuda pública de muy difícil atención por parte de las arcas públicas.

Las medidas de ajuste adoptadas para darle viabilidad y sostenibilidad a futuro a este régimen pensionario implicaron incluso la necesidad de una Reforma Constitucional en el año 2004. Sin embargo, los opositores a la reforma constitucional y legal –una vez pronunciado el Tribunal Constitucional por la viabilidad jurídica de estas y su compatibilidad con el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por el Perú– llevaron hasta instancias internacionales el cuestionamiento recaído, entre otros, a la eliminación de la nivelación pensionaria, verdadero privilegio de unos pocos.

Es precisamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que me cupo el privilegio de defender conjuntamente con Mario Pasco Cosmópolis al Perú, siendo testigo de las mejores de sus aptitudes y conocimientos para defender con éxito aquella reforma constitucional y legal que brindaría igualdad a sus ciudadanos.

Mario Pasco Cosmópolis fue un propulsor de la Seguridad Social y un incansable defensor de la igualdad de todos en la Seguridad Social. Su gran labor en esta rama del Derecho permitió que junto con otros partícipes, consiguiéramos un rotundo triunfo para el Perú ante la mencionada instancia internacional y de esa manera quede zanjada la discusión jurídica en torno al sistema previsional regulado por el Decreto Ley N° 20530 y cerrado definitivamente este régimen con el consecuente reconocimiento de la eliminación del privilegio de la nivelación pensionaria.

La historia de cómo se llevó ello a cabo resulta de especial trascendencia para el derecho previsional.

## II. CUESTIONES GENERALES

---

Como se recordará, el Régimen de Pensiones del Estado fue creado a través del Decreto Ley N° 20530, promulgado el 26 de febrero de 1974. En principio este sistema se presentó como exclusivo y cerrado, abarcando únicamente a un número determinado de trabajadores del Estado. Esto es, al momento de la dación de esta norma, el objetivo fue crear un sistema previsional especial para aquellas personas que se encontraran prestando servicios a favor del Estado y que no estuvieran comprendidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, el régimen del Decreto Ley N° 20530 fue ampliando progresivamente su ámbito subjetivo, a través de diversas normas de excepción, como es el caso de la Ley N° 25146 (incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación), Ley N° 25212 (incorporó a los profesores), Ley N° 25273 (incorporó a los trabajadores de las empresas públicas), entre otras varias leyes especiales.

La razón de lo anterior proviene del hecho que la referida disposición constitucional estatuyó el derecho de los beneficiarios del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 a la nivelación progresiva de sus pensiones. La justificación que se le otorgó a este privilegio fue que este sistema era uno de naturaleza cerrada.

Sin embargo, como veremos a continuación, el privilegio de la nivelación de pensiones fue motivo de cuestionamiento por su impacto en las finanzas públicas, llegándose posteriormente a su eliminación.

### **III. LA APLICACIÓN DE LA NIVELACIÓN DE PENSIONES: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL**

---

Como tenemos dicho, la nivelación pensionaria no fue incorporada al texto original del Régimen Previsional del Estado, cuya vigencia se inicia en 1974. No es sino hasta 1979, a través de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de ese mismo año que se introduce este beneficio al régimen, reconociéndose a los pensionistas de cesantía con más de 20 años de servicios el derecho a acceder a una prestación equivalente al haber mensual de un servidor en actividad que tuviera el mismo cargo (o similar) al que ejerció el pensionista el momento de su cese.

No bastaba que la Constitución enunciara un atractivo beneficio para que este fuera desarrollado y aplicado en su totalidad. Así es que el 19 de enero de 1982 se expide la Ley N° 23495, que junto con su Reglamento, el Decreto Supremo N° 015-83-PCM, publicado el 18 de marzo de 1983, establecen las disposiciones de aplicación en torno a la nivelación pensionaria. En efecto, el artículo 1 de la Ley N° 23495 estableció que:

“La nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros

regímenes especiales, se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías (...).”

En forma complementaria, el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 23495 señaló que:

“para los efectos de la nivelación de pensiones a que se refiere la Ley se consideran los servicios prestados bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, que unifica e integra las normas y disposiciones relativas al régimen de pensiones del personal de la Administración Pública”.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, del 22 de abril de 1996, dispuso que:

“En el caso de regímenes de pensiones sujetas a nivelación, esta deberá realizarse en relación con los niveles de igual jerarquía, de igual régimen laboral, de igual régimen previsional y de la misma entidad”.

Agregaba que en caso no fuera posible el reajuste sería aprobado por la ONP tomando en consideración la disponibilidad de recursos. Esta disposición entonces era clara en cuanto a que la comparación debía realizarse respecto del mismo régimen laboral del servidor y no podía aplicarse en los casos de variación del régimen laboral como ocurrió con las empresas y entidades del Estado.

Luego, la Ley N° 26835, en vigencia a partir del 4 de julio de 1997, dispuso en su Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final:

“De conformidad con lo dispuesto en la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 1997, recaída en la Causa N° 008-96-I/PC, las pensiones renovables del Régimen del Decreto Ley N° 20530, obtenidas legalmente en fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, se nivelan con los haberes de los servidores públicos en actividad del mismo cargo o cargo equivalente. (...)”.

Por otro lado, la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la norma en referencia definió que debía entenderse por servidor público, precisando que:

“Las denominaciones “servidor público” o “funcionario público” en las normas en materia pensionaria, se refieren a quienes están

sujetos al régimen de la actividad pública, no a los comprendidos en el régimen de la actividad privada”.

Según estas disposiciones legales, la nivelación debía realizarse con las remuneraciones y los haberes de los funcionarios o servidores públicos entendiéndose por ello a quienes estaban sujetos al régimen laboral público de la Ley N° 11377 o del Decreto Legislativo N° 276. Sin embargo, a pesar que en estos dispositivos se establecía de manera clara e incuestionable que la relación de referencia se daría entre las pensiones y los haberes de los funcionarios o servidores públicos (entendiéndose por ello a quienes estaban sujetos al régimen laboral público de la Ley N° 11377), esta fue desnaturalizada al permitirse que la nivelación se aplique tomando como referencia a las remuneraciones de los trabajadores de las empresas públicas, en su mayoría bajo el régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916).

En efecto, tanto en sede administrativa como en el Poder Judicial (y también en el Tribunal Constitucional) se acogen solicitudes de nivelación de pensionistas que al cesar no tenían la condición de funcionarios o servidores públicos o que a pesar de serlo no tenían un referente de su mismo nivel o categoría en la actualidad, pues los trabajadores de la entidad para la cual sirvieron se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, impidiendo que se cumpla el supuesto previsto por la nivelación: equiparar las pensiones (de origen y naturaleza pública) con los haberes de los funcionarios o servidores en actividad (siempre que estuvieran sujetos al régimen laboral de la actividad pública).

La incompatibilidad entre ambos conceptos (pensiones públicas y remuneraciones de trabajadores de la actividad privada) era manifiesta, sin embargo, existía fallos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional que debían ser cumplidos.

Ahora bien, con la finalidad de brindar una herramienta que permitiera resolver los casos en los que se había dispuesto judicialmente “nivelar” las pensiones del Decreto Ley N° 20530 que al momento de cese no tenían la condición de servidores públicos, el segundo párrafo de la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 26835 señaló:

“Quinta.- (...)

La ONP procederá a establecer los cargos públicos equivalentes en cada caso, a efecto del pago de las pensiones de los trabajadores que, por excepción establecida por ley expresa gozan válidamente pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530 sin haber tenido al cese la calidad de servidores públicos”.

Según esta disposición, la ONP (Oficina de Normalización Previsional) elaboraría por cada entidad un “Cuadro de Equivalencias” entre los cargos públicos existentes y las escalas ocupacionales derivadas de la conversión al régimen laboral privado. Durante la vigencia de dicha norma, fueron aprobados los cuadros de equivalencias para la Empresa Nacional de Puertos (Enapu S.A.), Compañía Peruana de Vapores (CPV) y el Banco de la Nación. Tal atribución fue suprimida por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 001-98-AI/TC de fecha 27 de junio de 2001, por la cual se declararon inconstitucionales varios artículos de la Ley N° 26835.

Posteriormente, la Ley N° 27719, *Ley de reconocimiento, declaración y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias y complementarias* publicada el 12 de mayo de 2002, dispuso que el reconocimiento de los derechos pensionarios derivados del citado régimen correspondía a la entidad donde prestó servicios el beneficiario, bajo la supervisión y control del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 3). La norma no hacía mención a la fijación de las equivalencias, por lo tanto, se generó un vacío legal con relación al tema que fue cubierto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Cabe precisar que el numeral 4.6 (procedimiento para la nivelación de pensiones) de los “Lineamientos para el reconocimiento de derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530”, aprobados por Decreto Supremo N° 159-2002-EF, publicado el 25 de octubre de 2002, establece que la nivelación de pensiones se produce con los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último, que no corresponde efectuar la nivelación con el régimen privado y que solo podrá efectuarse sobre la base de la escala remunerativa aplicable a los servidores públicos comprendidos en el Decreto Legislativo N° 276.

En este sentido, los fundamentos 15 y 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 189-2002-AA/TC (caso Carlos Maldonado Duarte de fecha 18 de junio de 2003) establecieron con carácter de precedente obligatorio lo siguiente:

- “15. la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese (...)”.

16. “la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo de régimen laboral de la actividad privada (...) no procede (...).

Como se colige del precedente del Tribunal Constitucional, la naturaleza de la nivelación pensionaria en el régimen del Decreto Ley N° 20530 (según el precepto constitucional que la originó y las normas legales que la desarrollaron) resultaba incompatible con las remuneraciones e incrementos de los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral privado. Este criterio ha sido ratificado con posterioridad de manera uniforme por el Tribunal Constitucional convirtiéndose entonces en regla de aplicación e interpretación firme.

Luego, la Ley N° 28047, Ley que Actualiza el Porcentaje de Aporte destinado al Fondo de pensiones de los Trabajadores del Sector Público Nacional y Regula Las Nivelaciones de Pensiones del Régimen del Decreto Ley N° 20530 publicada el 31 de julio de 2003, dispuso en su artículo 3:

**“Artículo 3.- De la determinación del monto de las pensiones de los cesantes y jubilados sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530**

Precísase que la nivelación de las pensiones de los cesantes y jubilados sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530, de las entidades que tengan o hayan tenido regímenes laborales distintos, se efectuará tomando como base de referencia la remuneración que, de conformidad con el Sistema Único de Remuneraciones previsto por el Decreto Legislativo N° 276, perciben los trabajadores de la entidad de origen del pensionista. No se considerarán, para tal efecto, aquellos conceptos que estos perciban con el carácter de no pensionable.

En ningún caso la nivelación de tales pensiones se hará tomando como referencia las remuneraciones del personal que, en tales entidades, se encuentre sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Además en ningún caso se permitirá una pensión nivelable superior a un monto mayor a la remuneración de un trabajador activo de su mismo cargo y nivel que pudiera corresponderle”.

Como se advierte, el artículo 3 de la Ley N° 28047 dispuso que la nivelación de pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530 debía realizarse teniendo como base de referencia a la remuneración que perciben los trabajadores en actividad de la entidad de origen del pensionista, de conformidad con el Sistema Único de Remuneraciones previsto en el Decreto Legislativo N° 276. Dicho mandato

era válido inclusive para aquellas entidades que tenían trabajadores regulados por regímenes laborales distintos (público y privado). Así, el artículo 3 de la Ley N° 28047 se enmarca dentro de la corriente jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional expuesta en los fundamentos 15 y 16 (antes citados) de la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte.

Hasta aquí, en conclusión, la mayoría de entidades del Estado que en sus inicios tuvieron a sus trabajadores bajo el régimen laboral público (regulado por la Ley N° 11377 y, posteriormente por el Decreto Legislativo N° 276), pero que luego cambiaron su régimen laboral por el privado (regulado por la Ley N° 4916 y, posteriormente por el Decreto Legislativo N° 728) tuvieron que nivelar las pensiones tomando en cuenta los cuadros de equivalencia de trabajadores del régimen laboral público del Sector al que pertenecían dichas entidades, pues nivelar las pensiones con los trabajadores en actividad (privados) constituye un imposible jurídico.

De esa manera, como podemos apreciar, la nivelación era un concepto emanado del régimen previsional de los funcionarios y servidores públicos del Estado, regulado en la Ley N° 23495 y su Reglamento, que permitía equiparar el monto de la pensión con el haber del funcionario o servidor público en actividad que ocupase el nivel y categoría que el pensionista ostentó al momento de su cese laboral, beneficiándose con el incremento de su prestación en cada oportunidad que aumente el haber de su par (efecto espejo), resultando incompatible su vinculación con las remuneraciones de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada

Ahora bien, en cuanto a la evolución jurisprudencial, a partir del año 1998 las resoluciones judiciales aluden en unos casos a la nivelación con la remuneración percibida en el régimen laboral que ostentaba el pensionista al momento de su cese y en otros casos alude al régimen laboral público. Ello se aprecia de las siguientes resoluciones que se precisan para identificar el criterio:

- Expediente N° 1036-96-AA/TC publicado el 5 de abril de 1998, seguido por el Sr. Julio Gastón Larco León contra la Superintendencia de Banca y Seguros y el Ministerio de Economía y Finanzas:

“(…) la nivelación de pensiones debe estar en relación directa con el régimen laboral al que perteneció el trabajador al momento del cese. En el caso de autos el que corresponde al demandante es el régimen de la Administración Pública, y por lo tanto no sería posible homologar su pensión con la remuneración que perciben los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada”.



- Expediente N° 495-97-AA/TC publicado el 22 de abril de 1998 seguido por el Sr. Foción Herrada Céspedes contra la Superintendencia Nacional de Aduanas:

“(…) En efecto, la nivelación de sus pensiones se ha realizado, conforme a lo dispuesto por la referida norma, con el monto de las remuneraciones percibidas por un trabajador activo del Ministerio de Economía y Finanzas con igual cargo, nivel y categoría. Ello debido a la imposibilidad de nivelarlas con el monto de las remuneraciones de los trabajadores de la Superintendencia Nacional de Aduanas por pertenecer estos a un régimen laboral distinto”.

- Expediente N° 554-98-AA/TC publicado el 16 de noviembre de 1998 seguido por el Sr. César Augusto Mujica Sánchez contra la Oficina de Normalización Previsional, se estableció que:

“la nivelación a que tienen derecho todos los pensionistas del Régimen del Decreto Ley N° 20530, debe efectuarse con los haberes del funcionario o trabajador que se encuentre en actividad en el mismo nivel, categoría y régimen laboral que ocupó el pensionista al momento de su cese, siendo inaplicable la nivelación entre regímenes previsionales distintos, así como en relación a trabajadores que a la fecha se encuentran en el régimen laboral de la actividad privada”.

Posteriormente, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de junio de 2003 recaída en el Expediente N° 189-2002-AA/TC, proceso seguido por el señor Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros, se estableció en el fundamento 15 y en calidad de precedente de observancia obligatoria el siguiente parámetro:

“la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese”.

Asimismo, el fundamento N° 16 de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, es categórico respecto a la pretensión de nivelación de pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 con trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral del Sector Privado:

“en el presente caso, respecto de la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada, como se tiene dicho en el fundamento 15, no procede, toda vez que los trabajadores en actividad que laboran en la Superintendencia de Banca y Seguros pertenecen al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, lo que señaló en el artículo 5 de la Ley N° 25792, mientras estuvo vigente, en cuanto transfiere al pliego presupuestal del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondería pagar a la institución demandada a sus pensionistas, jubilados y cesantes del régimen del Decreto Ley N° 20530, estableciendo que dichas pensiones tendrán como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios, no vulneró derecho constitucional alguno del demandante”.

Este lineamiento ha sido ratificado y precisado con los fallos posteriores sobre este tema, como se aprecia de los pronunciamientos siguientes:

- Expediente N° **1605-2002-AA/TC del 28 de noviembre de 2003, seguido por** la Asociación de Cesantes y Jubilados de Enapu S.A.:

“la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable debe efectuarse respecto al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, de nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por los artículos 6 del Decreto Ley N° 20530, 5 de la Ley N° 23495 y 5 del Decreto Supremo N° 0015-83-PCM”.

- Expediente N° 2823-2002-AA/TC del 19 de diciembre de 2003 seguido por Julio Humberto Azaldegui Abad contra Petroperú y la ONP:

“El recurrente ha probado fehacientemente haber desempeñado el cargo de jefe de la sección de impresiones durante 16 meses consecutivos y anteriores a la fecha de su cese labora, y que goza de pensión nivelable; consecuentemente, conforme lo tiene establecido el Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia, la nivelación de la pensión del demandante debe efectuarse de acuerdo a la remuneración que percibe el

funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Ley N° 20530, el artículo 5 de la Ley N° 23495 y el artículo 5 del Decreto Supremo N° 0015-83-PCM y conforme a la Ley N° 25219”.

- Expediente N° 1276-2004-AC/TC seguido por el señor Pablo Alvarez Frisancho contra Electroperú, publicado el 31 de agosto de 2004, según el cual:

“La nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad (...) no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada.

El artículo 19 de la Ley de la Empresa de Electricidad del Perú –Electroperú– Decreto Legislativo N° 41 (...) establece que los trabajadores empleados de Electroperú están sujetos al Régimen de la Ley N° 4916 (...) razón por la cual no es procedente la nivelación de la pensión de cesantía del demandante”.

- Expediente N° 218-2004-AA/TC seguido por el señor **Víctor Salazar Tagle** contra la Superintendencia Nacional de Aduanas:

“Este Tribunal, en uniforme y reiterada jurisprudencia, ha establecido que la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, es decir, la nivelación de cesantía debe estar en relación con el régimen laboral al que perteneció el trabajador al cesar, es decir, que no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada”.

- Expediente N° 1204-2004-AA/TC seguido por Irene Santa Cruz Costilla contra Sedapal, publicado el 20 de enero de 2005:

“La nivelación de los pensionistas demandantes con las remuneraciones de sus cargos similares, iguales o equivalentes a los trabajadores o funcionarios en actividad (...) de ningún modo puede interpretarse como una orden de nivelación acorde con los trabajadores del Sector Privado, dado que son regímenes incompatibles.

Conforme a lo manifestado, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ejecutorias (...) que no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada”.

En conclusión, como se colige de las normas y de la posición de la jurisprudencia, la nivelación de pensiones no podía efectuarse con los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sino que debía efectuarse con los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral de la actividad pública. La nivelación como mecanismo de reajuste tuvo vigencia hasta el 17 de noviembre de 2004, pues a partir del día siguiente, 18 de noviembre de 2004, entró en vigencia la reforma constitucional, prohibiendo la nivelación pensionaria.

#### **IV. REFORMA CONSTITUCIONAL: CIERRE DEFINITIVO DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL ESTADO (DECRETO LEY N° 20530) Y PROSCRIPCIÓN DE LA NIVELACIÓN PENSIONARIA**

---

Como es de conocimiento público, el costo de mantenimiento anual del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 era un aproximado de S/. 4500 millones, que en gran medida se destinaba al pago de las prestaciones niveladas obtenidas de manera indebida, razón por la cual el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República un proyecto de reforma de los artículos 11, 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que al ser aprobado le permitiera reestructurar el régimen previsional del Estado.

Esta reforma constitucional tuvo como sustento importantes recomendaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y del propio Tribunal Constitucional, entre otros. De esa manera, el día 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28389, mediante la cual se aprobó la reforma de la Constitución Política de 1993, sustituyéndose –entre otros– el contenido de su Primera Disposición Final y Transitoria, declarándose cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como excluida de nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional y la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Asimismo, el 30 de diciembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28449, el cual establecía las nuevas reglas del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la reforma constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, siendo las principales novedades que el tope máximo de las pensiones sería equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, estableciéndose para ello un procedimiento para la adecuación de las pensiones a dicho tope. Igualmente, se estableció el mecanismo de aplicación del reajuste de las pensiones y se dictaron las nuevas reglas para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivientes.

La Ley N° 28389, “Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú”, estableció textualmente en su artículo tercero lo siguiente:

“Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú”.

Sustitúyase el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

- 1) No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
- 2) Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondo de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria (...)

Como se podrá apreciar, esta Ley de Reforma Constitucional es de aplicación inmediata y establece que no procede la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

La Ley N° 28449, “Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530”, señaló en su artículo 4 que “está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad”.

Como se aprecia con nitidez, estas dos normas han establecido que la nivelación de pensiones ya no procede y está prohibida. Incluso para los pensionistas que han obtenido su derecho a percibir una pensión de cesantía nivelable a través de un proceso judicial, dado que estas normas son de aplicación inmediata.

Respecto de este tema, cabe recordar que la cosa juzgada garantiza la irreversibilidad de una situación jurídica en sede judicial, pero no la hace intangible en sede legislativa, pues la sentencia declara un derecho *juris dictio*, pero no lo crea, ni lo dota de invulnerabilidad frente a posteriores reformas legislativas. De esa manera, no lo convierte en un derecho mejor o de mayor calidad que cualesquiera otros derechos nacidos de la misma norma.

De otro lado, con la reforma pensionaria, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, a partir del 31 de diciembre de 2004 (vigencia de la Ley N° 28449) percibirán solo un reajuste de sus pensiones siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley N° 28449.

Finalmente, sobre este punto cabe indicar que, la reforma pensionaria acreó una serie de beneficios para los pensionistas en general de este régimen, en particular aquellos que no gozaban del privilegio de la nivelación pensionaria, pues con ella –a partir de enero de 2005– ningún pensionista del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibía una pensión inferior a los S/. 415.00, es decir, en un monto similar a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 19990 (Sistema

Nacional de Pensiones). En este punto cabe recordar que antes de la reforma no existía pensión mínima en este régimen previsional.

Asimismo, la reforma pensionaria trajo como consecuencia que los incrementos en las pensiones favoreciera a 97,178 beneficiarios cuyas pensiones no eran superiores a S/. 800.00, entre otras bondades.

## **V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE REFORMA PENSIONARIA**

---

Como era de esperarse, el importante e influyente sector de pensionistas que obtenía elevadas sumas de dinero como pensión de cesantía (producto de la nivelación pensionaria) y, un numeroso sector de pensionistas desinformados de lo que conllevaba la reforma constitucional, avalados algunos por instituciones privadas (Colegios de Abogados del Cusco y del Callao) plantearon la inconstitucionalidad de las Leyes N° 28389 y N° 28449, siendo declaradas por el Tribunal Constitucional infundadas las demandas interpuestas en los extremos que impugnaban la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional (Ley N° 28389) y fundada en parte en cuanto algunos aspectos puntuales contenidos en la Ley N° 28449, a través de la sentencia del 3 de junio de 2005, recaído en el Expediente acumulado N° 050-2004-AI/TC.

Respecto a la impugnación de la constitucionalidad de la Ley de Reforma, el Tribunal Constitucional señaló en su Fundamento 116 que:

“La reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional”.

Asimismo menciona en el mismo fundamento 116 que:

“No es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen

alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente. En consecuencia han devenido en inejecutables”.

Por otro lado, César Abanto Revilla nos recuerda que en la misma sentencia en los fundamentos 63, 64, 99 y 100 (entre otros), se estableció que la nivelación no era una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, sino que fue agregada con posterioridad, constituyendo el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen (factor de inequidad), por lo que prohibir la nivelación de pensiones con las remuneraciones no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión<sup>(2)(3)</sup>.

Asimismo, la nivelación con el trabajador activo constituye una herramienta de reajuste de la pensión, como así lo puede constituir, por ejemplo, la nivelación con el costo de vida, con el valor de la moneda extranjera, con el valor del precio de un metal o mineral con cotización internacional pública, o una fórmula polinómica. Así, todos ellos son mecanismos de reajuste y el reajuste mismo de la pensión no se encontraba en discusión. Por ello, refieren que lo que se ventilaba en la acción de inconstitucionalidad era si la nivelación con el trabajador activo constituía la esencia del derecho a la pensión que, como se aprecia, no constituye el único ni mucho menos contenido esencial del derecho a la pensión, pues si así fuera ese sería el patrón básico para todos los regímenes de la Seguridad Social en el Perú y en el mundo y no, como sucedía en nuestro país, que se aplicaba solo a un reducido grupo de beneficiarios del régimen previsional del Estado<sup>(4)</sup>.

Por tanto, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, con la entrada en vigencia de Ley de reforma constitucional y de la Ley N° 28449, mantenían su derecho y condición de pensionistas pero sin el mecanismo de reajuste a través de la nivelación en caso

---

(2) ABANTO REVILLA, César: “Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, p. 34.

(3) Para realizar un mayor análisis sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión ver el artículo de Abanto Revilla, César, referido en el pie de página N° 1 y el artículo de GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César: “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, pp. 19-29.

(4) GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005” En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, pp. 28-29.



se produjera un reajuste de la remuneración del activo, sino que percibirán reajustes de sus pensiones por disposición normativa. Este es el efecto de la prohibición de la nivelación pensionaria: la pensión no puede ser reajustada a través de la nivelación pensionaria, la cual deja de tener aplicación, lo que origina en la práctica que el pensionista mantenga su pensión, en el monto que ha venido percibiendo, sujetándose a una nueva disposición normativa para su reajuste, el cual ya no opera en forma automática con la remuneración del trabajador en activo, sino que debe ajustarse a los criterios de sostenibilidad financiera<sup>(5)</sup>.

## VI. CONSOLIDACIÓN A NIVEL SUPRANACIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

---

Como se podrá apreciar, la finalidad de los pensionistas al impugnar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, era que se continúe con la nivelación de las pensiones de cesantía con el monto de las remuneraciones que percibían los trabajadores activos, así como se mantenga la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en nuestro ordenamiento jurídico en materia pensionaria.

No obstante ello, al no verse satisfechos por no haberlo conseguido, los actores de la reforma constitucional y legal del Régimen de Pensiones del Estado acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a fin de que esta haga suya su reclamación y plantee ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Estado peruano con su reforma constitucional había violado el derecho a la propiedad privada de los pensionistas, debiéndose evaluar las cuestiones generales sobre protección del derecho a la pensión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entre otros criterios de legalidad y proporcionalidad<sup>(6)</sup>.

---

(5) Un importante trabajo elaborado acerca de la sostenibilidad financiera, se puede consultar a: GARCÍA GRANARA, Fernando: "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones" En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, noviembre de 2006, pp. 855-887.

(6) Un estudio exhaustivo sobre el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo realiza el autor de este artículo, quien se desempeñara como Abogado del Estado peruano en la denuncia que se formuló ante dicha Comisión. Ver: GONZALES HUNT, César. "La Reforma Constitucional y Legal del Régimen Previsional del D.L. N° 20530. Anotaciones al Informe N° 38/09 en el Caso 12.670 del CIDH". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 131, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 269-277.

No obstante ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el pronunciamiento del Caso 12.670 seguido por la Asociación Nacional de Ex - Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otros en contra del Perú, decidiendo sobre el fondo de las peticiones de las presuntas víctimas que venían ejerciendo su derecho a la pensión de cesantía, declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 21 de la Convención Americana, es decir, sobre el derecho a la propiedad privada en derecho pensionario.

Así la CIDH, consideró que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de Seguridad Social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y, por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. La CIDH también consideró razonable el argumento de que estas medidas (reforma constitucional) pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido, el cual es asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el Sistema de Seguridad Social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos.

Finalmente, la CIDH consideró pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivalía a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención Americana; por el contrario, las supuestas víctimas continúan ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones, sin que resulte una afectación a la esencia del derecho a la pensión. Por lo tanto, este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.

La CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana, es decir, del derecho al desarrollo progresivo de las normas sociales. Así, la CIDH consideró que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana, supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles, implicando un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. La CIDH considera aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, por lo que consideró que la reforma pensionaria no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

Por otro lado, la CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención

Americana, es decir, del derecho a la protección judicial. Así, la CIDH consideró que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo; por lo que consideró que del expediente no se desprende la existencia de una manifiesta arbitrariedad judicial, limitándose los peticionarios a cuestionar la posición jurídica adoptada por el Tribunal Constitucional peruano.

En definitiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, cerrando a nivel supranacional cualquier revisión sobre el tema de la reforma pensionaria del Régimen Previsional del Estado.

Con la consolidación a nivel supranacional de la reforma pensionaria, el Estado peruano obtiene un gran triunfo pues la contingencia económica del costo a valor presente de las obligaciones pensionarias generadas antes de esta ascendía a \$ 5850 millones, no existiendo ahora pretexto alguno a fin de que se establezcan los mecanismos adecuados o necesarios a fin de implementar la carrera del servicio público o la reforma integral del empleo público. Y, en el resultado de este proceso contribuyó decididamente nuestro homenajeado.