LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN Y EL FUTURO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT*

"La solidaridad es esencial para la seguridad social. No se trata de un ingrediente opcional o contingente que puede existir o no. Es un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser".

Américo Plá Rodríguez, Sin solidaridad no puede haber seguridad social, 1998

Sumario

Introducción. I. El marco constitucional de la Seguridad Social en Pensiones y su compatibilidad con el modelo normativo adoptado. II. El diseño constitucional de la Seguridad Social en Pensiones y su nuevo modelo legal. III. Los condicionantes impuestos por la doctrina del Tribunal Constitucional a la reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Estando próximo ha cumplirse trece años de vigencia de la Constitución Política del Estado, la denominada cuestión pensionaria ha generado entre

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Comisión Organizadora del Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS.

algunos de sus principales protagonistas (centralmente el Estado y el ente gremial representativo de las Administradoras de Fondos de Pensiones) un particular consenso respecto de la necesidad de acometer una profunda reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones¹².

Ciertamente la génesis de este consenso se labra en la constatación fáctica del estado de crisis que atraviesa el Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el país, centralmente el Público³, aún cuando el Sistema Privado no se ha encontrado exento de cuestionamientos, incluso algunos provenientes de sus propios afiliados⁴.

A tal efecto, resulta de particular interés analizar desde una perspectiva jurídico constitucional la viabilidad de la reforma de los Sistemas de Seguridad Social en Pensiones a partir de los dos escenarios que, a nuestro entender, estarían propuestos en el tercer tema del Congreso Nacional Nuevos Desafíos del Sistema Previsional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, a saber:

- 1 En este punto cabe recordar los alcances de los Informes Defensoriales N° 085 "La Situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral", aprobado mediante Resolución N° 012-2004/DP del 25 de mayo de 2004 y N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", aprobado mediante Resolución N° 031-2005/DP del 14 de noviembre de 2005; el Marco Macroeconómico Multianual 2007 - 2009 en el apartado referido a los retos de la Política Fiscal para el período 2006 - 2011, aprobado en Sesión de Consejo de Ministros del 24 de mayo de 2006; así como la propuesta de un sistema único integrado de pensiones que impulsa la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en coordinación con las AFP y las entidades públicas involucradas en materia previsional que se anuncia será presentada en el mes de marzo de 2007.
- 2 Aun cuando resulta por demás evidente que el exacto sentido de la reforma y sus alcances no han sido precisamente consensuados, a tenor de las líneas matrices de las propuestas que propugnan, de un lado, la Defensoría del Pueblo a través de sus Informes Defensoriales y el Gobierno Central a través del Marco Macroeconómico Multianual y, del otro, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en coordinación con las AFP.
- 3 Sobre el tema y por todos cabe remitirse a las ponencias oficiales y libres presentadas en el tema III "Futuro de las Pensiones en el Perú: Sistema Privado y Sistema Público" del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Irujillo, 27, 28 y 29 de octubre de 2004) publicadas en: AA.VV.: "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- 4 Nos referimos concretamente al pedido de "libre desafiliación" del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y reincorporación al Sistema Nacional de Pensiones promovida por quienes consideran que su afiliación al SPP resultó contraria a sus intereses, pues en el Sistema Público obtendrían una pensión de jubilación superior a la que les correspondería en el Sistema Privado. En este punto cabe recordar que con fecha 12 de agosto de 2006 la Presidencia del Consejo de Ministros presentó al Congreso de la República un proyecto de Ley aprobado por el Poder Ejecutivo sobre esta materia.
En adición a este colectivo, existe otro que postula la libre afiliación y reversibilidad de la elección entre Sistema Público y Sistema Privado sin limitaciones. Una posición contraria a esta última posibilidad la expresa Alfonso DE LOS HEROS PEREZ-ALBELA basado en la distinta naturaleza de los sistemas y el perjuicio que se derivaría de tal proceder, conforme aparece de DE LOS HEROS P.A., Alfonso: "Realidad y Perspectivas del Sistema Privado de Pensiones", publicado en: AA.VV., Ob. Cit., p. 418.

- (i) La reforma integral del Sistema Público de Pensiones manteniendo el carácter alternativo entre el Sistema Público y el Sistema Privado de Pensiones, tal como ocurre en la actualidad; y
- (ii) La coexistencia complementaria entre el Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones brindando ambas pensiones a todos los afiliados activos. El Sistema Público garantizaría una pensión mínima y el Sistema Privado brindaría una pensión complementaria.

Claro está, cabe advertir desde el inicio, que en el contexto de una reforma de la Seguridad Social en Pensiones, los propuestos no son los únicos escenarios que pueden plantearse, pues caben matices en su formulación, pero son los que tienen un marco constitucional.

Y, desde la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional ha venido acuñando a través de una serie de pronunciamientos una línea directriz de interpretación en torno a los preceptos constitucionales que directa o indirectamente contienen provisiones en torno a la materia pensionaria. A tal efecto, cabe recordar las trascendentes consideraciones sobre el particular vertidas en la reciente sentencia del 3 de junio de 2005⁵ en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530⁶; pronunciamiento que por su enorme trascendencia será recurrentemente citado a lo largo de nuestra ponencia.

El trabajo propuesto habrá de abordar, en primer término, una aproximación a los preceptos constitucionales involucrados desde una perspectiva doctrinaria complementada por los pronunciamientos que sobre el particular ha emitido el Tribunal Constitucional, a efectos de analizar su compatibilidad con el modelo legal vigente de Seguridad Social en Pensiones.

- 5 Ampliamente comentada en 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" y en GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALEZ 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"; ambos artículos publicados en Diálogo con la Jurisprudencia N° 82, Lima, julio 2005, pp. 19 - 36.
- 6 Expedientes Nos. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC y 009-2005-AI/TC (Acumulados) en los seguidos por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

Reconocida en sede constitucional la viabilidad de un modelo alternativo de prestaciones pensionarias que habilita la coexistencia de los sistemas público y privado en competencia a efectos de adscribir a quienes han de resultar sus futuros beneficiarios, habrá de analizarse en este punto si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional de Seguridad Social en Pensiones, o si el devenir de tal escenario ha creado desajustes técnicos que afectan directamente la misma configuración del Sistema Público de Pensiones generando la necesidad de replantear el modelo adoptado.

Esta primera cuestión es de suma importancia porque de su respuesta depende la solución sobre el desarrollo legislativo del propio sistema de pensiones a partir de las previsiones constitucionales. Así, siendo indubitable que existe un mandato constitucional en materia de Seguridad Social en Pensiones, su alcance será distinto según se concluya que se describe un modelo acabado de Seguridad Social en Pensiones, o por el contrario, nos encontramos ante la necesidad de efectuar ajustes al modelo que lo hagan compatible con los principios rectores de la Seguridad Social.

Acto seguido se buscará determinar, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional, los presupuestos o condicionantes, es decir, los límites impuestos por la Constitución al legislador ordinario en un escenario de reforma del sistema, en tanto que la pensión constituye un derecho fundamental de configuración legal.

Esta aproximación al tema propuesto desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional no carece de importancia si recordamos que el Tribunal Constitucional se erige en supremo intérprete de la Constitución, por lo que un cabal conocimiento de sus pronunciamientos nos permitirá apreciar como se delimita este derecho social de contenido económico.

Cabe advertir que este ejercicio de análisis jurisprudencial no tiene por objeto un afán de conocimiento totalizador; de lo que se trata es percibir que los pronunciamientos en esta materia son suficientemente significativos y constituyen una verdadera línea de pensamiento del Tribunal que permiten extraer válidas conclusiones sobre sus alcances.

Como no puede escapar al conocimiento de cualesquiera operador del Derecho, la correcta comprensión de la regulación de la Seguridad Social en Pensiones no sólo pasa por conocer los alcances de la norma positiva sino tarea igualmente trascendente es conocer las reglas capitales de interpretación

desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A tal cometido nos abocaremos en la presente ponencia.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO NORMATIVO ADOPTADO

Como adelantáramos en la Introducción, lo que pretende dilucidarse en este punto es si existe en la formulación constitucional una adscripción a un modelo determinado de Seguridad Social en Pensiones⁷, y si tal eventual encuadramiento resulta ser compatible o no con la normativa legal preexistente.

En otras palabras, lo que se pretende es determinar a qué modelo responde el sistema peruano de Seguridad Social en Pensiones: si al modelo bismarckiano de corte profesional-contributivo⁸ o al beveridgeano de corte asistencial-universalista⁹. Claro está que tal encuadramiento resulta ser relativo, en tanto que en el actual estadio de evolución de la Seguridad Social no puede postularse la existencia de un modelo puro¹⁰.

Como punto de partida cabe apreciar que en su devenir histórico, el modelo imperante en nuestro país ha sido esencialmente profesional-contributivo, en

- 7 Enfoque doctrinal que, en el caso español, es seriamente cuestionado por Joaquín APARICIO TOVAR al considerarlo inconducente, pues deriva en el reconocimiento que no existe modelo alguno, de lo que se podría concluirse que el legislador puede hacer casi todo. A entender del reconocido profesor español, corresponde al legislador - en uso del pluralismo político - ordenar los elementos del sistema como crea conveniente, "siempre y cuando se mueva dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, que viene determinado, (...) entre otros medios, por el respeto del contenido esencial de la institución y por la suficiencia de las prestaciones"; APARICIO TOVAR, Joaquín: "La Seguridad Social en la Constitución" publicado en: "El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 788. A nuestro entender, tal reparo no puede ser extendido al caso peruano pues la determinación del modelo en nuestro caso si resulta un ejercicio útil de análisis.
- 8 Este modelo concibe a los seguros sociales como regímenes obligatorios de carácter nacional e institucionalizados normativa, administrativa y financieramente. La organización de estos seguros es caracterizada como corporativa, de alcances limitados a los aportantes y de responsabilidades administrativas en función de las disponibilidades. Sobre los alcances de este modelo normativo de Seguridad Social, ver: BERNEDO ALVARADO, Jorge: "Ganancia para algunos y desprotección para todos", Bocetos, Lima, 2000, p. 11.
- 9 Este modelo plantea un nuevo diseño de Seguridad Social que tiene por objetivo prioritario la atención del ciudadano ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Tiene como eje central la redistribución de la riqueza, proponiendo la sustitución del sistema financiero de capitalización por el de reparto que exige aportaciones a un fondo común. BEVERIDGE, William: "Seguridad Social y Servicios Afines", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.
- 10 Como lo enfatiza Yolanda SÁNCHEZ-URAN AZAÑA cuando citando una obra colectiva coordinada por D. PIETERS recuerda que en Alemania existen aportaciones estatales, además de las cotizaciones de trabajadores y empleadores, en los seguros de vejez, invalidez y desempleo, financiando la totalidad de prestaciones de seguridad social fuera de la esfera de los seguros sociales. Y que en Inglaterra se han establecido prestaciones contributivas que cubren las contingencias de desempleo, vejez, invalidez, muerte, accidente de trabajo, enfermedad y maternidad, financiadas básicamente a través de cotizaciones del empleador y los trabajadores. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda: "Seguridad Social y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 24.

tanto que la protección se ha circunscrito en su ámbito subjetivo a quienes realizan una actividad profesional de la cual procuran sus ingresos, en función de los cuales contribuyen al sistema; así como en su ámbito objetivo, pues las prestaciones que otorga el sistema se reciben como consecuencia de la cotización al mismo, cumpliendo una función de sustitución de las rentas percibidas con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia protegida, con independencia de la situación de necesidad que se pudiera padecer.

Una primera aproximación al artículo 10º de la Constitución de 1993 pareciera mostrar un acercamiento al modelo asistencial-universalista en tanto éste reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley¹¹.

No obstante, de la revisión del Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD)¹², aparece que el reconocimiento del derecho universal a la seguridad social alude a una aceptación declarativa de la existencia del derecho¹³, llevando, por ende, a identificar este derecho como uno de preceptividad diferida. Es precisamente por ello que la norma constitucional, luego de reconocer el derecho universal a la seguridad social enfatiza que éste es progresivo, poniendo de relieve su condición de derecho fundamental social con una postulación programática.

Lo anterior no significa en modo alguno el desconocimiento de su condición de derecho fundamental o que su reconocimiento dependa de su nivel de exigibilidad, pues como señala el Tribunal Constitucional al referirse a la efectividad de los derechos sociales:

“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente

su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”¹⁴.

Así pues, el reconocimiento del derecho universal a la seguridad social – señaladamente la pensión, materia objeto de nuestro estudio – en tanto derecho fundamental de preceptividad diferida alcanzará a todos los ciudadanos del país de forma progresiva, atendiendo a las posibilidades económicas del Estado.

De otro lado, si la Constitución de 1993 hubiere configurado un modelo de Seguridad Social asistencial-universalista, el modelo históricamente imperante en nuestro país, de corte profesional-contributivo, tendría que considerarse como contrario a ella; es decir, se habría producido en tal supuesto una inconstitucionalidad sobreviniente. Y, como puede apreciarse de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe pronunciamiento alguno del supremo intérprete de la Carta fundamental en el que se cuestionen las bases normativas de los diversos regímenes pensionarios sustentados en la condición de aportantes de sus beneficiarios.

Es más, a partir del reconocimiento a la pensión como un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido claramente que:

“En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias”¹⁵.

Consecuentemente podemos concluir que, reconociendo la vocación universalista del postulado contenido en el artículo 10º de la Carta fundamental, de él no puede derivarse que la Constitución diseñe un modelo específico de Seguridad Social que sea contrario a los principios del modelo profesional-contributivo en el que se inscribe la normativa legal en materia pensionaria.

11 En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto y contenido de la seguridad social. Así, ha señalado: “(...) la seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad” (Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI/TC, fundamento 14). Igualmente, ha sostenido que la seguridad social: “Se concreta en un complejo normativo estructurado – por imperio del artículo 10 de la Constitución – al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 54).

12 Debate Constitucional, Tomo I (Primera Legislatura), Congreso de la República, Lima, 1994, pp. 422 y 434.

13 Como se recuerda en: ABANTO REVILLA, César: “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”, Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 419.

14 Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

15 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.

Lo anterior resulta trascendente a efectos de apreciar que los rasgos profesionales del sistema adoptado pueden mantenerse a futuro en un plazo mediato, sin que ello pueda conceptuarse como contrario a las previsiones constitucionales. No obstante, cierto es que el Sistema de Seguridad Social deberá adoptar de forma paulatina y gradual elementos propios del asistencialismo, siempre y cuando las posibilidades del erario nacional así lo permitan.

II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU NUEVO MODELO LEGAL

Al inicio de nuestra ponencia señalábamos que la regulación constitucional admite, en materia pensionaria, la coexistencia de los Sistemas Público y Privado como formulas alternativas en competencia sin establecer preeminencias, tal como ocurre en la actualidad. Así, a partir de la garantía del libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas y privadas – consagrada en el artículo 11° de la Constitución de 1993 – podemos distinguir un Sistema Público de Pensiones de un Sistema Privado de Pensiones¹⁶.

El Sistema Público de Pensiones funciona bajo el sistema de reparto, mediante el cuál los asegurados cotizan a un fondo común, a través del cuál obtendrán las prestaciones correspondientes al momento de su jubilación; estableciéndose a la vez, una pensión mínima para todos los asegurados. De ese modo los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor de la que hubieran obtenido de su ahorro personal, mientras que la prestación obtenida por los trabajadores de ingresos elevados, es menor a la que les correspondería recibir por su contribución efectiva al régimen, generándose así la llamada solidaridad intrageneracional. Con ello se genera una redistribución de rentas que permite a las capas más desprotegidas del sistema obtener una prestación decente que le procure una vida digna.

Adicionalmente, la fórmula de reparto está basada en la solidaridad intergeneracional, por la cual los trabajadores activos afiliados al sistema sostienen con sus aportaciones las pensiones de los jubilados con la esperanza que las generaciones venideras sustenten a su vez sus futuras pensiones (pay as you go system).

16 Cabe apreciar que el reconocimiento constitucional a entidades privadas que otorguen prestaciones pensionarias "constitucionalizó" el recientemente creado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en tanto que el precedente artículo 14° de la Constitución de 1979 (vigente hasta el 30 de diciembre de 1993) sólo admitía que una única entidad estatal tuviera a su cargo la atención de tales prestaciones de la seguridad social.

Como puede apreciarse, el sistema de reparto se sustenta en uno de los principios medulares de la Seguridad Social, cual es la solidaridad¹⁷. En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo: el equilibrio en su financiamiento que permita otorgar las prestaciones debidas, las que se determinan en función de la habilitación de fuentes de financiamiento y del monto de los recursos que son necesarios para ello. No es posible admitir una Seguridad Social sin financiamiento¹⁸.

Adicionalmente, resulta de indudable trascendencia apreciar que el Sistema Público puede ser conceptuado como expresión de la identificación del Estado peruano como democrático y social de derecho¹⁹, tal como se aprecia de los artículos 3° y 43° de la norma fundamental, sustentándose – entre otros principios esenciales – en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Y es que "la configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión"²⁰.

Como ha tenido oportunidad de establecer el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, un Estado democrático y social de derecho:

"(...) no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales

17 Reconocida como principio cardinal en múltiples pasajes de la célebre sentencia del 3 de junio de 2005 emitida por el Tribunal Constitucional en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530. A tal efecto, basta remitirse – entre otros varios – a los fundamentos 48, 55, 59, 106 y 139.

18 GONZALEZ HUNT, César: "La necesaria reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el Sistema Público y Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado? Ponencia Oficial presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicada en: AA.VV.: Ob. Cit., p. 325.

19 A efectos de apreciar la formación histórica, constitucionalización, consolidación y crisis del llamado Estado social y democrático de Derecho puede consultarse: CARMONA CUENCA, Encarnación: "El Estado Social de Derecho en la Constitución", Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 15 - 90.

20 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 42.

mínimas que hagan posible su ejercicio real (...), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones”²¹.

De ahí la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho, en tanto que ésta fórmula política:

“(...) es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía individual, a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general, donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión (...).

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aun desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente”²².

Por el contrario, el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones se crea bajo la modalidad de ahorro forzoso en cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte mensual del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones producidas por la empresa privada administradora del Fondo constituido (AFP), que servirán para financiar su pensión.

21 Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, fundamento 11, reiterada textualmente en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4232-2004-AA/TC, fundamento 2.

22 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 43.

Como puede apreciarse del cotejo de ambos Sistemas, resulta por demás evidente que el Privado de Pensiones al carecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptualizado como un Sistema de Seguridad Social^{23 24}.

Tal apreciación es compartida por el Tribunal Constitucional al sostener que:

“Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad”²⁵.

Lo anteriormente expresado por el Tribunal Constitucional acarrea, a nuestro entender, dos importantes conclusiones:

i) Constituyendo la pensión una de las prestaciones económicas más relevantes de la Seguridad Social, el Sistema Público de Pensiones tiene una presencia reforzada a nivel constitucional, encontrándose presente en los artículos 10° y 11° de la Constitución, gozando de pleno reconocimiento como garantía institucional, por lo que“(...) está blindada contra una reforma legislativa – incluso constitucional – que la anule o la vacíe de contenido”²⁶.

23 En este punto consideramos que la existencia de una pensión mínima en el Sistema Privado sustentada en el Bono de Reconocimiento Complementario de Solidaridad financiado por el Tesoro Público no puede llevar a sostener válidamente que dicho Sistema sea uno de Seguridad Social, en tanto que ello sólo manifestará la “solidaridad” de todos los peruanos para con el Sistema Privado de Pensiones, más no la solidaridad que se encuentra presente en la Seguridad Social; esto es, la de sus participantes con ellos mismos. Situación conceptualizada por Alvaro VIDAL BERMÚDEZ y Christian SÁNCHEZ REYES como inequitativa en términos sociales y de aplicación incorrecta del principio de solidaridad de la seguridad social en la sugerente ponencia presentada a este Congreso Nacional de la SPDTSS. VIDAL BERMÚDEZ, Alvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian: “Derecho a la Seguridad Social y Sistema Privado de Pensiones”.

24 Joaquín APARICIO TOVAR con absoluta rotundidad lo expresa en una sola frase: “No hay Seguridad Social privada” en: APARICIO TOVAR, Joaquín: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996 – 2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”, Revista de Derecho Social N° 19, julio – septiembre 2002, Editorial Bomarzo, Albacete, p.27.

25 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 140.

26 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), último párrafo del fundamento 54.

Repárese que el Tribunal Constitucional expresa en su pronunciamiento la imposibilidad de eliminar del sistema jurídico al Sistema Público de Seguridad Social en Pensiones, incluso a través de una reforma constitucional, en tanto que el desarrollo del derecho a la pensión se enmarca dentro de una configuración político constitucional que reconoce al Estado peruano como un Estado democrático y social de derecho²⁷. Con ello, tanto el legislador ordinario como el constitucional están obligados a preservar el Sistema Público de Pensiones.

ii) El anclaje constitucional del Sistema Privado de Pensiones se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, "(...) que reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones"²⁸.

Apréciase que lo expresado por el Tribunal Constitucional va en la línea de exteriorizar la necesidad de supervisión que requiere el Sistema Privado de Pensiones a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y de AFP, a fin de constatar el eficaz funcionamiento del sistema a partir del reconocimiento del carácter alternativo de los Sistemas Público y Privado.

Así pues, a efectos de dar pleno cumplimiento al precepto constitucional, se requiere determinar si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional en materia pensionaria.

En forma previa, corresponde analizar si la propia postulación constitucional que habilita la coexistencia en competencia de los Sistemas Público y Privado resulta siquiera viable o, si por el contrario, nos encontramos ante una deficiente formulación del constituyente a la luz de los propios principios informadores de la Seguridad Social. Nos referimos, en concreto, a la vinculación que podría existir entre la viabilidad a futuro del Sistema Público y la creación de un

27 Y es que, como tiene señalado Joaquín APARICIO TOVAR, "(...) el Sistema de Seguridad Social es el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho". APARICIO TOVAR, Joaquín: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo", p. 24.

28 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 69.

sistema alterno, el Privado, que socava sus propias bases de sostenimiento financiero²⁹.

Y es que la aparición del Sistema Privado como una alternativa de ahorro previsional generó que parte importante de los afiliados al Sistema Público se trasladaran al recientemente creado Sistema Privado, afectando el financiamiento del Sistema Público que, basado en un modelo de reparto, se sustenta en la contribución de sus propios afiliados, con el agravante que el número de jubilados no se redujo; profundizándose con ello su, para entonces, crónico desequilibrio económico³⁰.

Justamente a efectos de determinar si el agudo desequilibrio financiero del Sistema Público respondía a la concepción del modelo o a la introducción del alterno Sistema Privado, en el estudio que produjo el Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", se hicieron los cálculos respectivos³¹ suponiendo un escenario contrafactual en el que no hubiera habido reforma y el Sistema Público siguiera siendo el único vigente. El resultado es absolutamente revelador: si el Público fuere el único del sistema, con la tasa de contribución vigente del 13%, asumiendo que los afiliados al Sistema Privado lo estuviera al Sistema Público, abonando regularmente sus cotizaciones; el Sistema Público arrojaría un superávit de 431 millones de nuevos soles³², o alternativamente se pagarían pensiones que en promedio serían 32% superiores a las que actualmente paga el Sistema Público.

Como queda revelado del Informe Defensorial bajo comentario, lo ocurrido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es un efecto propio del paso de un sistema de transferencias intergeneracionales a un sistema en el que cada generación vela por sí misma; en ese tránsito, hay una generación que queda sin sustento, y eso causa el déficit del Sistema Público³³.

29 Sobre la enorme trascendencia de la sostenibilidad financiera como criterio rector de la Seguridad Social en Pensiones cabe consultar la interesante ponencia presentada a este Congreso Nacional de la SPDTSS por Fernando GARCIA GRANARA titulada "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones".

30 Explicado no por un defecto de concepción del sistema de reparto sino por la forma en que éste fue implementado y desarrollado aunado a su deficiente manejo administrativo e indebida utilización de fondos, todos ellos pasibles de ser corregidos de encararse una reforma integral del Sistema.

31 A cargo del Eco. Pedro Francke Balve, profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y uno de los consultores de la Defensoría del Pueblo en el desarrollo del estudio sobre cuyas bases se elaboró el Informe Defensorial N° 99.

32 En la actualidad, el Sistema Público recibe un subsidio del Tesoro Público de 2,020 millones de nuevos soles, pero al mismo tiempo el Sistema Privado con la cotización del 8% recibe 2,002 millones, que con una cotización de 13% se convertirían en 3,254 millones de nuevos soles. Por su parte el Sistema Privado pagó 769 millones de nuevos soles de beneficios. El cálculo no considera el costo administrativo, que es de cerca del 1%, tal como queda revelado en el Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", p. 11.

33 Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", p. 11.

Siendo ello así, la creación del Sistema Privado habría generado una crisis estructural en el Sistema Público pues el futuro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones estaría condicionado a la mayor o menor afiliación al alterno Sistema Privado, impidiendo siquiera el desarrollo de una libre competencias entre ambos, pues el éxito del Privado generaría el fracaso del Público o, mejor dicho, su inviabilidad financiera.

Justamente el desarrollo del Sistema Privado llevó a que el Sistema Público dependiera críticamente del financiamiento complementario del Tesoro Público, lo cual explica la progresión en la participación porcentual del Estado en el pago de las pensiones en el Sistema Público, la cual va en aumento sostenido³⁴.

Además, a efectos de no ahondar aun más el desequilibrio financiero del Sistema el Estado ha optado por mantener bajas las pensiones y establecer topes pensionarios reducidos, lo cual ciertamente desincentiva la afiliación al Sistema Público y acentúa su desequilibrio presupuestal.

Lo anterior revela que al crearse el Sistema Privado no se ponderó suficientemente el efecto que acarrearía la implementación de una relación alternativa entre éste sistema y el Público; generándose en el decurso del tiempo una omisión o inacción culpable cuando el Estado permite que se acentúen los defectos técnicos advertidos en el Sistema Público, máxime sí, como entendemos haber acreditado, el Sistema Público al ser el único de Seguridad Social no puede ser anulado ni vaciado de contenido, tal como clara y expresamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005.

En este sentido, no basta tener un ordenamiento normativo constitucional y legal que habilite la creación y desarrollo del Sistema Privado, sino que es necesario revisar las relaciones entre ambos sistemas y establecer mecanismos que permitan generar una visión integral de ambos sistemas.

La constatación de tal situación no debe llevarnos a proponer la eliminación del Sistema Privado que en el tiempo transcurrido desde su implementación deben ponerse de manifiesto logros destacables y positivos para sus beneficiarios y el país en general³⁵ sino más bien buscar un modelo distinto a los actualmente

³⁴ Resulta absolutamente gráfico apreciar que para poder pagar una pensión durante todo el tiempo que ésta deba otorgarse, el Estado asume el 58% del capital necesario en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones. Durante el año 2003, el Estado financió el 72% de las pensiones en este régimen (Fuente: MEF, ONP).

³⁵ No puede soslayarse que entre sus varias virtudes el Sistema Privado ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos previsionales como secularmente ha ocurrido en el alterno Sistema Público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de lobbies y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además, ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y favorecido la inversión privada. La Asociación de AFPs ha informado que a fines del mes de agosto de 2006 el fondo del Sistema Privado alcanzaba los US\$ 12,500 millones, cifra que equivale al 65% del ahorro interno total y al 15% del PBI (Fuente: Diario Gestión del 27 de setiembre de 2006).

vigentes que, armonizando la viabilidad jurídico constitucional del esquema que se proponga con sus fuentes de financiamiento, se constituya en una verdadera solución al actual desafío de la Seguridad Social en Pensiones: garantizar la subsistencia del sistema, con proyección al futuro y otorgando prestaciones suficientes.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cuál garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado".

Obviamente ambos Sistemas serían reformados, incorporando las modificaciones necesarias. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del Sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y el Privado no puede garantizarse.

Esta propuesta es compatible con el modelo constitucional en Seguridad Social en tanto que el Estado a través del Sistema Público, con los aportes de todos los trabajadores, garantizaría el otorgamiento de una pensión mínima, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado; configurándose un esquema mixto o multi-pilar, reconocido con posible por el artículo 11° de la Constitución de 1993.

El modelo propuesto considera un primer pilar público que exteriorizaría a través del otorgamiento de una pensión mínima digna la concreción del principio de igualdad subyacente en todo Sistema de Seguridad Social, complementado por un pilar privado que permitiría una mejor tasa de reemplazo para los trabajadores de ingresos medios y altos.

III. LOS CONDICIONANTES IMPUESTOS POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA REFORMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en el pasado³⁶, las reformas en materia de seguridad social en el mundo se realizan no solo en función de la subsistencia del sistema de seguridad social, sino que las medidas de modificación se adoptan para evitar algún perjuicio al sistema en los años futuros a corto, mediano o largo plazo.

Así, siendo evidente la disminución de los índices de natalidad³⁷ y una mayor esperanza de vida³⁸ de la población, así como la existencia de diversos factores con incidencia económica como el desempleo y la informalidad, paulatinamente se ha venido produciendo una alteración en el financiamiento del sistema que es necesario prever. Es por ello que, siendo el Estado responsable de la existencia de la seguridad social y de sus prestaciones, resulte lógico que se produzca una variación en cuanto a la organización, administración y financiamiento del sistema. Tal situación genera una obligación del Estado para prever la situación y tomar las medidas de reforma que sean necesarias³⁹.

En adición a éstas trascendentales consideraciones de orden económico y demográfico, no pueden soslayarse las importantes apreciaciones de orden jurídico constitucional ya enunciadas en el apartado precedente que condicionan el sentido de la reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Pero a todo ello hay que agregar los presupuestos o condicionantes que impone la Constitución al legislador ordinario en su tarea de configuración del sistema a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional.

36 GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLEZ HUNT, César. Art. Cit., p. 29.

37 La tasa de crecimiento media de la población total en el quinquenio 1950-1955 fue de 2.69%; en los años sucesivos se produce un incremento de la tasa hasta llegar a 2.92% en el quinquenio 1957-1962. Luego, la tasa de crecimiento media de la población disminuye a 2.41% en el quinquenio 1977-1982. Y se espera que entre los años 2002-2007 sea de 1.40%; entre los años 2027-2032 sea de 0.84% y entre los años 2042-2047 sea de 0.50% (Fuente: INEI. Censo de Población. Estimaciones de Población 1950-2050).

38 La esperanza de vida a los 65 años de edad de los varones en el quinquenio 1950-1955 fue de 75.4 años y de las mujeres 76 años; en el quinquenio 1975-1980 fue de 77.1 años y 78.4, respectivamente; entre los años 2000-2005 fue de 80 años y 82.1 años, respectivamente; entre los años 2025-2030 será de 81.8 años y 84.9 años, respectivamente; y en el quinquenio 2045-2050 será de 82.7 años y 86.2 años, respectivamente (Fuente: CEPAL - Tablas Resumidas de Población Perú 1950-2050).

39 Y es que, como tiene dicho el Tribunal Constitucional: "(...) en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana" (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 56 in fine).

Siendo cierto que los derechos subjetivos de los individuos en materia pensionaria no están garantizados directamente por la Constitución al constituir éste un derecho de configuración legal^{40 41}, un primer límite al legislador ordinario representa el respeto a los demás derechos fundamentales que, en el marco del reconocimiento del Estado peruano como Social y Democrático de Derecho, otorga una impronta particular a su contenido en aras de la promoción del bienestar general de los ciudadanos a través de la creación de las condiciones que aseguren una vida acorde con la dignidad humana.

El legislador podrá variar el contenido de los derechos siempre y cuando respete el contenido fundamental de los mismos, debiendo ejercerlos en armonía con el interés común y con el desarrollo de otros derechos. Y, en el caso particular del derecho que nos convoca, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

"(...) se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma"⁴².

Cabe apreciar que para el Tribunal Constitucional la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales, pues "(...) la seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no solo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna"⁴³.

Resulta revelador que el derecho de la dignidad humana es apreciado no como un principio privativo de la seguridad social ni una de sus características particulares, sino como un presupuesto para la existencia de todo derecho.

De otro lado, como "la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión" - en expresión del Tribunal Constitucional, tal como lo hemos expresado supra -, a través de dicha técnica se

40 Aun cuando el Tribunal Constitucional así lo señala expresamente para el caso del régimen previsional del Estado del Decreto Ley N° 20530 en el fundamento 47 de la sentencia del 3 de junio de 2005, tal apreciación es aplicable a los demás regímenes pensionarios.

41 En tanto sistema de fuentes enteramente estatal en el que, por ejemplo y a diferencia del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo no es fuente de derechos, tal como se pone de relieve en: DESDENTADO BONETE, Aurelio. "El sistema normativo de la Seguridad Social", Revista de Derecho Social N° 18, abril - junio 2002, Editorial Bomarzo, Albacete, p.19.

42 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 38.

43 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 46.

establece un nuevo límite a la actividad del legislador ordinario, en tanto la garantía institucional:

“Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir, (...) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional”⁴⁴.

Así, en tanto garantía institucional con reconocimiento constitucional, la Seguridad Social, en general, y la pensión como elemento fundamental de ésta, se encuentran blindadas contra una reforma que la desdibuje o vacíe de contenido. Pero, a efectos de aplicar la técnica de la garantía institucional, se requiere de un acto normativo que habilite el cotejo de la norma sometida a escrutinio con el contenido protegido de la institución.

A entender del Tribunal Constitucional, el contenido protegido del derecho está conformado por los siguientes aspectos:

“En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado supra, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social”⁴⁵.

Por ende, cualquier desarrollo normativo del derecho a la pensión habrá de prever, al menos:

- i) las condiciones para la efectiva pertenencia al sistema;
- ii) las condiciones para acceder a una prestación dentro del sistema; y
- iii) que el financiamiento del sistema opere con el aporte de todos sus

⁴⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 53.

⁴⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 55.

afiliados, de tal forma que lo que se pague como prestaciones alcance para la satisfacción de las necesidades de sus partícipes.

Nótese, una vez más, la trascendencia del principio de solidaridad como consustancial al sistema de Seguridad Social en tanto que deriva de la cláusula de Estado social y democrático de derecho. Por su parte, la pertenencia al sistema habilitará al futuro pensionista obtener protección ante el riesgo de pobreza al reunir los requisitos para su disfrute efectivo; en tanto que, el acceso a la prestación dineraria, permitirá garantizar el reemplazo de los ingresos del trabajo por otros derivados de su condición de pensionista que posibilitarán un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Así mismo, en su tarea de configuración normativa, el legislador ordinario debe necesariamente respetar el contenido esencial del derecho a la pensión.

Como es por todos conocido, el concepto contenido esencial surge en la Constitución de Weimar como un límite a la eventual disposición por parte del legislador ordinario de los derechos fundamentales con reconocimiento constitucional. Ello debido a que se entiende que el legislador ordinario ha de dotar de contenidos a las instituciones enunciadas por el constituyente, siendo tarea del máximo órgano de interpretación constitucional controlar tal desarrollo mediante la delimitación de sus niveles sustantivos.

A partir de la doctrina alemana y española, el constitucionalismo peruano ha asumido este límite a la actividad legislativa en cuanto pueda amenazar los derechos fundamentales.

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional español – iniciada en la trascendente sentencia 11/1981, de 8 de abril⁴⁶ – se pueden distinguir dos teorías complementarias acerca del contenido esencial de un derecho, el primero por el cual éste constituye el núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho no sería reconocible; el segundo ubica la esencialidad en aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten, concreta y efectivamente protegidos.

Tal posición, mayoritaria en la doctrina científica española y alemana, lo circunscribe al núcleo duro resistente a la acción delimitadora de la ley, por contraposición a los contenidos epidérmicos del derecho. Más allá de ello aparecen los contenidos adicionales o no vinculantes para el legislador.

⁴⁶ Seguida, entre muchas otras, por las sentencias 39/1986, de 31 de marzo, 9/1988, de 25 de enero y paradigmáticamente la sentencia 51/1988, de 22 de marzo, fundamento 5.

Citando al profesor español Manuel MEDINA GUERRERO, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005 distingue tres elementos diferenciados que delimitan el contenido de la pensión, a saber:

“En cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”⁴⁷.

Se advierte aquí entonces la idea de un contenido esencial de carácter intangible e irreductible. Luego, un contenido no esencial, en el cual el legislador tiene posibilidad de desarrollar su regulación a través de la elección de una entre varias opciones. Ciertamente el contenido no esencial no solo debe ser acorde con el derecho fundamental en el que se ubica sino que la actuación del legislador debe tener en cuenta y concordarse con los otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, para el que le cabe incorporar necesariamente una ponderación en que debe considerar – por el principio de unidad de la Constitución – el texto íntegro de la Carta fundamental. Es en este sentido, que ha de entenderse la expresión claudicante (o permisivo) ante los límites proporcionados que el legislador establezca y no en su significado literal que daría la impresión de asumir una libertad del legislador para una regulación en contra del texto de la Constitución.

En tercer lugar, se encuentra el contenido adicional, fuera del contenido constitucionalmente protegido, que comprendería la regulación de los beneficiarios de la pensión para permitir su efectividad real.

Sobre los contenidos no esencial y adicional el Tribunal Constitucional ha señalado que:

47 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 75.

“(…) se han ido delineando según las necesidades sociales y económicas del país, con el fin de que el derecho tenga la mayor eficacia posible y no favorezca a un grupo reducido de personas, sino a la mayoría de la población”⁴⁸.

y agrega que:

“(…) no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias. En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, este es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias”⁴⁹.

Nótese entonces que nos encontramos ante la posibilidad de una actuación del legislador a fin de hacer efectivo el derecho, que solo puede presentarse en el ámbito del contenido no esencial y del contenido adicional.

Respecto del contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional expresa:

“El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y
- el derecho a una pensión mínima vital”⁵⁰

Los dos primeros elementos hacen parte de la protección de los derechos constitucionales, tal como señaláramos supra. En anteriores pronunciamientos el Tribunal Constitucional ya había tenido oportunidad de pronunciarse en tal sentido, centralmente en supuestos en los cuales existía renuencia de la

48 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 115.

49 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.

50 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 107.

Administración a reconocer el derecho a la incorporación y goce de una pensión en el régimen previsional del Estado, así como la viabilidad de las acciones de garantía para su protección. La singularidad de la sentencia en este punto radica en la precisa identificación de estos elementos como integrantes del contenido mínimo e indisponible del derecho a la pensión en su configuración constitucional.

Un aspecto novedoso consiste en la incorporación del derecho a una pensión mínima vital como parte del contenido esencial del derecho a la pensión, lo que significa que este elemento forma parte de su configuración constitucional y su no regulación significaría anular o vaciar de contenido el derecho. Apréciase que se hace referencia a una pensión mínima vital y no a una pensión mínima utilizando similar redacción que para el caso de la remuneración mínima vital, es decir, cumple una finalidad de garantía de subsistencia y de ingresos. En este sentido, participa de los mismos fundamentos que la fijación de la remuneración mínima vital.

En realidad, la garantía de una pensión mínima vital coincide con la formulación del principio de suficiencia, propio de la Seguridad Social, que

“postula que las prestaciones deben ser otorgadas de tal forma que satisfagan la necesidad generada por la contingencia de manera adecuada. Deben alcanzar niveles básicos de dignidad, oportunidad y eficiencia”⁵¹.

Como puede apreciarse de lo antes señalado, la correcta delimitación del contenido normativo del derecho en un escenario de reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones resulta ser de capital importancia, pues una errada o insuficiente configuración pueden generar una afectación al Estado social y democrático de derecho, verdadero garante de la convivencia democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: “Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú”, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

51 GRZETICH LONG, Antonio: “Derecho de la Seguridad Social”. Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005, p. 39.

- 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, Lima, julio 2005.
- ABANTO REVILLA, César: “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”, Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996 – 2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”, en: *Revista de Derecho Social* N° 19, julio – septiembre 2002, Editorial Bomarzo, Albacete.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: “La Seguridad Social en la Constitución”, en: “El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- BERNEDO ALVARADO, Jorge: “Ganancia para algunos y desprotección para todos”, Bocetos, Lima, 2000.
- BEVERIDGE, William: “Seguridad Social y Servicios Afines”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.
- CARMONA CUENCA, Encarnación: “El Estado Social de Derecho en la Constitución”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- DE LOS HEROS PEREZ-ALBELA., Alfonso: “Realidad y Perspectivas del Sistema Privado de Pensiones”, en: AA.VV. “Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú”, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: “El sistema normativo de la Seguridad Social”, en: *Revista de Derecho Social* N° 18, abril - junio 2002, Editorial Bomarzo, Albacete.
- GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALEZ 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, Lima, julio 2005.
- GARCIA GRANARA, Fernando: “La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones”, en: AA.VV.: “Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional”, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

- GONZALEZ HUNT, César: "La necesaria reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el Sistema Público y Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado? en: AA.VV. "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- GRZETICH LONG, Antonio: "Derecho de la Seguridad Social". Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda: "Seguridad Social y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- VIDAL BERMÚDEZ, Alvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian: "Derecho a la Seguridad Social y Sistema Privado de Pensiones", en: AA.VV.: "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE ESPECIALIZADO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

GIULIANA HIGUCHI MATSUDA
EDUARDO HURTADO ARRIETA
FRANCISCO MONGE ZEGARRA

Sumario

I. Introducción. II. Sentencias analizadas. III. Determinación del derecho objeto de la controversia. IV. Disponibilidad de las controversias en materia de SCTR. 4.1. La dificultad de arribar a una definición de "disponibilidad". 4.2 Primera aproximación a un análisis de lo disponible. 4.3. Del análisis de disponibilidad del derecho específico. 4.4. Arbitrabilidad en el ámbito laboral. 4.5. Análisis de la arbitrabilidad de las controversias del SCTR. V. Improcedencia del amparo en controversias del SCTR. 5.1. Existencia de una vía procedimental determinada por norma expresa. 5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la década de los años noventa el Régimen de la Seguridad Social en el Perú sufrió un cambio radical a partir de la dación de la Ley N° 26790, llamada de la "Modernización de la Seguridad Social". La apertura al sector privado para la prestación de servicios de seguridad social no sólo enriqueció la fisonomía de los agentes que hasta ese momento participaban, sino que indudablemente implicó