

LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENSIONARIA

Por : **Francisco Javier Romero Montes (*)**

SUMARIO : 1.- Consideraciones básicas a cerca de las pensiones. 2.- Distorsión del Decreto Ley 20530. 3.- Aspectos Constitucionales. 4.- Texto de la enmienda aprobada por el Congreso a propuesta del Gobierno. 5.- La Aplicación de la ley en el tiempo. 6.- Teoría de los hechos cumplidos, 7.- Las pensiones en el tránsito de la Enmienda Constitucional. El 13 de abril del presente año, el Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros, Carlos Ferrero Costa, remitieron al Congreso de la República un Proyecto de Ley para que se tramite con carácter de urgencia, de conformidad con el Art. 105 de la Constitución.

El asunto sobre el que versa el citado Proyecto de Ley tiene que ver con enmiendas en el texto constitucional relativas al tema pensionario. Para el efecto se plantea la modificación de los artículos 11°, 13° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. El propósito del Poder Ejecutivo es que la modificación de estas disposiciones se concrete mediante una aprobación en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. De esa manera se evitaría pasar por el referéndum dispuesto por el artículo 206° del precepto constitucional.

Efectivamente, el citado proyecto ya fue aprobado en la primera legislatura del presente año. Para ser sometido a la segunda

legislatura, el propio Congreso requiere de los proyectos de ley que deben dictarse como consecuencia de la enmienda constitucional. Lo que se pretende es reducir el monto de las pensiones del Decreto Ley 20530, abolir su nivelación con los sueldos de los servidores activos y cerrar constitucionalmente tal régimen pensionario.

En el presente trabajo nos proponemos analizar la enmienda constitucional, desde el punto de vista jurídico, así como de sus consecuencias.

1. CONSIDERACIONES BÁSICAS ACERCA DE LAS PENSIONES

Las pensiones de jubilación se introducen en el Perú con la Ley del 22 de enero de 1850

(*) Director de la Unidad de Post Grado



concernientes a la cesantía y jubilación, el mismo que se amplía el 04 de noviembre de 1851 a la prestación de montepío, que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes. Desde entonces, existió en el Perú la denominada Ley de Goces o Ley de Cesantía, Jubilación y Montepío, elaborada por el Régimen de gobierno de don Ramón Castilla.

La población comprendida era la de los servidores públicos, en razón que el esquema se sustenta dentro de lo que es el seguro social que tiene como finalidad el interés público y que por esa razón adquiere el carácter de obligatorio¹. Se trata por esta vía, de proteger a los trabajadores frente a aquellos riesgos como son la cesantía y la vejez.

En otras palabras, estamos frente a un sistema contributivo sobre la base de normas elaboradas por el Estado para el propósito. Esto significa, que las fuentes de financiamiento corresponden a los propios trabajadores, para cuyo efecto su gestión las asumieron las entidades públicas. De manera que el dinero con el cual debían pagarse las pensiones no provienen del Estado, sino de los propios usuarios.

Cuando el Estado asume esta responsabilidad está obligado a utilizar sistemas financieros de gestión, propios de los seguros sociales para lograr el correspondiente equilibrio que debe existir entre el rendimiento del dinero que se les descuenta, obligatoriamente a los trabajadores, y las prestaciones que debe otorgárseles y que están ya propuestas tan luego se inicia el funcionamiento del modelo pensionario.

El financiamiento de este régimen pensionario desde sus inicios estuvo a cargo de los propios servidores públicos, tal como aparece en el Decreto Supremo del 04 de noviembre de 1851.

Lamentablemente, el Estado peruano no cumplió con crear el Fondo de Pensiones con el dinero que descontaba a sus servidores. Lejos de constituir las reservas pertinentes provenientes de más de ciento cincuenta años de contribuciones, el dinero fue utilizado para fines distintos a los de su creación, que era el pago de las pensiones.

Los recursos eran de un volumen considerable en la medida que el régimen sólo otorga prestaciones a los servidores que cumplan con el número de años de servicios para el Estado, tarea muy difícil, si se tiene en cuenta la politización existente en la administración pública. Cuando esto no sucedía el dinero descontado a los servidores se quedaba en poder del Estado, sin la obligación del otorgamiento de prestación alguna. Así por ejemplo, existen diferentes resoluciones supremas en las que se estableció que el Fondo de Pensiones es de carácter social y no pueden devolverse los descuentos efectuados a los servidores que no alcanzaron su derecho a pensión, por no cumplir el número de años necesarios.

Las primas que los trabajadores abonaban a este régimen eran cuantiosas. Así, el año 1974, cuando se promulga el Decreto Ley 20530, las tasas de descuento eran las siguientes: Por los primeros diez mil soles se

¹ Coppini, Mario Alberto (1999) Técnica de los Seguros Sociales. Ginebra, Asociación Internacional de la Seguridad Social. Vol. I, p. 3.



abonaban el ocho por ciento (8%). Por el exceso y hasta veinte mil soles el doce por ciento (12%) y, si los sueldos superaban esta cantidad, por la diferencia se pagaba el quince por ciento (15%).

Desde el punto de vista del cálculo actuarial, con este dinero se podría haber logrado una capitalización suficiente para abonar las pensiones, ya sea recurriendo a una prima media o una prima colectiva².

En resumen, debemos señalar que el régimen pensionario de la Ley de Goces, hoy, Decreto Ley 20530, reúne las siguientes características:

- Se trata de un seguro obligatorio que cubre las contingencias de cesantía, jubilación y sobrevivientes.
- Desde el punto de vista financiero, se trata de un seguro contributivo en base a los aportes de sus asegurados.
- Es un seguro en base a tiempo de servicios dejando de lado la edad del asegurado.
- Hasta el año 1980, la nivelación de la pensión estuvo supeditada al cumplimiento de 25 años de servicios para las mujeres y 30 para los varones, además de cumplir la edad de 55 años para las primeras y 60 para los últimos. Posteriormente, por mandato de la Constitución de 1979, la nivelación se produce al cumplir 20 años de servicios sin la exigencia de la edad.

En cuanto a las pensiones reguladas en la actualidad por el Decreto Ley 19990, éstas tienen como antecedente el Fondo de Jubilación Obrera creado por Ley 13640 del 22 de marzo de 1961 y, la Caja de Pensiones

del Seguro Social del Empleado creada por la Ley 13724 que entró en vigencia el 12 de julio de 1962.

La idea de esta última ley fue que a todos los empleados, tanto privados como públicos entrarían dentro del seguro social del empleado, quedando cerrado definitivamente el régimen de la denominada Ley de Goces. En el fondo de lo que se trataba era de hacer un solo colectivo pensionario que cumpliera con los principios de la seguridad social como la universalidad y la integración, que buscan hacer menos onerosa, para cada trabajador, el costo de las pensiones. Siguiendo esa línea, el 01 de mayo de 1973 entra en vigencia el Decreto Ley 19990 que integra a la totalidad de asegurados en lo que es el Sistema Nacional de Pensiones.

Los lineamientos del esquema del Decreto Ley 19990 son similares a los del Decreto Ley 20530, con la diferencia que la jubilación, en el primero debe otorgarse teniendo en cuenta no solo los años de servicios, sino también la edad. Por otro lado el colectivo permite la acumulación de servicios para varios empleadores, lo que no permite el Decreto Ley 20530.

En efecto, se trata de un seguro obligatorio, contributivo, con pensión nivelable en el caso del Decreto Ley 20530, en tanto que en el Sistema Nacional de Pensiones, el monto de la pensión podía llegar al 80% del monto del sueldo sobre el que se cotiza.

Este último porcentaje tiene que ver con la reciprocidad que debe existir entre el monto de los sueldos sobre los que se aporta o co-

² Coppini. Op.cit, p. 9.



tiza y el monto de la prestación. Lamentablemente, este propósito no se cumple, en razón que el 7 de diciembre de 1992 se dictó el Decreto Ley 25967 por el que se ha fijado un tope máximo de 600 soles, no obstante que al trabajador se le descuenta sobre la totalidad de un sueldo, con lo cual se ha destruido la reciprocidad antes señalada.

En lo que concierne a la nivelación del Decreto Ley 20530, tampoco se cumple. En algunos casos en que se otorga esta nivelación, la medida está basada en pronunciamientos judiciales que los servidores públicos han tenido que seguir, para que se cumpla con un precepto legal.

2. DISTORSIÓN DEL DECRETO LEY 20530

La denominada Ley de Goces de 1850 estaba destinada a proteger solo a los servidores públicos sujetos a la denominada carrera administrativa, que posteriormente se plasmó en la Ley 11377. Pero además existen otros servidores al servicio del Estado, que no formaban parte de la citada carrera administrativa, como son los servidores de las empresas públicas, tales como PetroPerú, Banco de La Nación, Sedapal, etc. Estos están dentro del régimen laboral de la actividad privada, cuyas remuneraciones no están fijadas por ley, sino que se regulan en base a la negociación colectiva.

El Decreto Ley 20530, en su artículo 14° dispone que no pueden acumularse para los efectos de las pensiones, en el Sector Público, los servicios prestado bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada.

No obstante esta prohibición, interpretando

erróneamente la Ley 24366 del 20 de noviembre de 1985, algunos directorios de empresas públicas acordaron otorgar pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 a sus trabajadores, contraviniendo dispositivos legales y atribuyéndose facultades legislativas que no lo tenían. Realmente, lo que hizo la Ley 24366 es correr la fecha de cierre de la entonces Ley de Goces, del 11 de julio de 1962 al 26 de febrero de 1974, para comprenderlos también a los que contaran con siete o más años ininterrumpidos de servicios dentro de la carrera de la Ley 11377, pero de ninguna manera se extendió a los servidores que no estuvieron dentro de la misma.

La distorsión llegó a extremos, tales como la contemplada en la Ley 25219 de mayo de 1990, que consistió en otorgar pensiones de este régimen a los trabajadores de una entidad privada como la International Petroleum Company.

Además de otras leyes que iban comprendiendo a servidores que ya no debían estar en el régimen jubilatorio de la 20530, en la década de los años noventa, se destruyó la escala de remuneraciones de los servidores públicos. Se fijaron sueldos, en muchos casos excesivos, que ha imposibilitado la nivelación. Realmente, en la actualidad no se cumple con este requisito, salvo los casos en que los pensionistas han logrado tal propósito mediante sentencias judiciales.

3. ASPECTO CONSTITUCIONAL

El artículo 20° de la Constitución de 1979 dispuso que las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente teniendo en cuenta el



costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley.

Para dar cumplimiento a este precepto, es que la Octava Disposición General y Transitoria de la misma Constitución ordenó que las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidos al Régimen del Seguro Social del Perú, o a otros regímenes especiales se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1° de enero de 1980.

De esta manera, el cumplimiento del artículo 20° de la Constitución de 1979 se inicia con una nivelación equivalente a las remuneraciones de los trabajadores activos, que está muy lejos del costo de vida que era lo que ordenaba este dispositivo. Para el encausamiento de esta nivelación, el 19 de noviembre de 1982 se dictó la Ley 23495 y su correspondiente Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 0015-83-PCM del 18 de marzo de 1983.

En cuanto a las pensiones del Decreto Ley 19990 a cargo del entonces Instituto Peruano de Seguridad Social, a los que también se refería el artículo 20° de la Constitución de 1979, el 3 de Setiembre de 1984 se dictó la Ley 23908 por la que se ordena el incremento automático de las pensiones, en forma trimestral, teniéndose en cuenta las variaciones en el costo de vida que registre el índice de precios al consumidor correspondiente a Lima Metropolitana.

En esta ocasión el Instituto Peruano de Seguridad Social, ante el mandato constitucional, recurrió al criterio técnico previsto por

la seguridad social y procedió a efectuar el correspondiente cálculo actuarial que permitió el financiamiento del incremento de las pensiones.

Este perfil pensionario garantizado por la Constitución de 1979 fue recogido por la Constitución de 1993. En efecto, la Primera Disposición Final y Transitoria dispone que "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

De manera que, quienes hayan obtenido sus pensiones dentro de la normatividad antes señalada, gozan de la seguridad jurídica y por lo tanto son intangibles frente a cualquier norma que pretenda afectar su seguridad. En otras palabras, la enmienda constitucional no podría afectar los derechos que fueron consumados con las Constituciones del año 1979 y la del año 1993, ante la modificación que se pretende. De lo contrario, se incurriría en una retroactividad de la enmienda, que está prohibida por el artículo 103° de la actual Constitución. La situación es de retroactividad si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

El gobierno, para el efecto de derogar, sobre todo la aplicación ultractiva contenida en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 a la que ya nos hemos referido, que crea un marco de protección a los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530, ha planteado incorporar dentro del texto constitucional, el artículo III del Título Preliminar



del Código Civil. Este dispositivo ordena que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución.

Con esta enmienda constitucional, la que se pretende es no solamente cerrar el régimen del Decreto Ley 20530 o evitar que en el futuro se continúe con la nivelación de las pensiones, sino rebajar las pensiones ya otorgadas, aspectos que analizaremos más adelante.

4. TEXTO DE LA ENMIENDA APROBADA POR EL CONGRESO A PROPUESTA DEL GOBIERNO

Artículo 1°. De la modificación del artículo 11°

Agréguese al artículo 11° de la Constitución como segundo párrafo al texto siguiente:

“La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Artículo 2°. De la modificación del artículo 103°

Sustitúyase el texto del artículo 103° de la Constitución por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando

favorece al reo.

La Ley se deroga sólo por otra Ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso de derecho”.

Artículo 3°. De la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria

Sustitúyase el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución 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 Fondos 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.

Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán de regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.



Autorícese a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”

Este proyecto de Ley, en su exposición de motivos incurre en una interpretación sesgada.

El propósito es crear una corriente de opinión, recurriendo a los medios de comunicación, para sostener que el régimen del Decreto Ley 20530, su financiamiento, es de cargo del tesoro público y que la pensión se otorga a un grupo de funcionarios del Estado como recompensa por los servicios prestados. Que en el fondo los recursos de este sistema son pagados por toda la población, creando de esta manera una contradicción entre la comunidad y los pensionistas. Igualmente, se afirma que las pensiones no tienen topes.

La realidad es distinta. Como ya lo señalamos, este es un régimen contributivo al que los servidores hicieron fuertes aportes destinados a la formación de un fondo capaz de financiar las prestaciones. Contrariamente, el Estado dispuso de este dinero sin cumplir con los fines establecidos. De manera que, no se trata del dinero de la población, sino de los recursos de los propios servidores. De tal modo que no se trata tampoco de una recompensa del Estado. Por el contrario, estamos frente a una obligación que el Estado debe asumir por haberse apropiado indebidamente de recursos que no le correspondía. En cuanto a la ausencia de topes en las

pensiones tampoco es exacto en la medida que los topes los fija los sueldos de la carrera administrativa que hoy abona mil soles a quien fue Director General.

A continuación analizaremos los aspectos que consideramos importantes y que tiene que ver con la aplicación de la ley en el tiempo.

5. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

El artículo 2° del Proyecto modifica el artículo 103° de la Constitución. En la actualidad este dispositivo establece lo siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

De acuerdo a la enmienda, el artículo 103° tendría el siguiente texto:

“Puede expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. La Ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favore-



ce al reo". (El resto del texto es igual al vigente)

En el presente caso, es necesario dilucidar el tránsito de la Constitución sin la enmienda a la Constitución con la enmienda que se pretende. Se trata pues de precisar el pase de la norma antigua a la nueva. Para el efecto existen, en la doctrina, los criterios siguientes:

a) Aplicación inmediata de la nueva ley a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, debiendo la norma antigua gobernar los cumplidos cuando estaba vigente. Este es el criterio recogido por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente. Se trata de lo que los abogados denominan la teoría de los hechos cumplidos.

b) La aplicación retroactiva de la norma, que consiste en permitir que la nueva norma gobierne hechos y consecuencias que se produjeron durante la vigencia de la ley antigua. Esto sucede en los casos del derecho penal cuando la antigua norma favorezca al reo.

c) La aplicación ultractiva de la norma antigua. Es decir, no se permite la aplicación inmediata ni retroactiva de la nueva ley, a las que hemos hecho referencia en los puntos a) y b). En este caso, la norma derogada sigue vigente para proteger derechos expectaticios, que muchos tratadistas, erróneamente denominan derechos adquiridos.

La aplicación de estos criterios, han sido recogidas por la exposición de motivos de la enmienda, bajo la denominación de teorías de los hechos cumplidos y de los derechos adquiridos. Lamentablemente, dicha exposición acepta que jurídicamente, no se

puede recortar las pensiones otorgadas, ni siquiera aplicando la teoría de los hechos cumplidos.

La razón que se esgrime es justamente, antijurídica, al sostenerse en la citada exposición de motivos que "cualquier modificación legislativa no tendría en la práctica ningún ámbito de aplicación dado que la abrumadora mayoría de trabajadores pertenecientes al régimen del Decreto Ley 20530 ya ha cumplido los requisitos".

Ante esta imposibilidad, la exposición de motivos opta por un criterio económico para justificar el recorte de las pensiones, alejándose del criterio jurídico.

A esto hay que añadir, que el propio Tribunal Constitucional, en diferentes pronunciamientos, ha sostenido que el derecho a una pensión originaria se adquiere cuando se cumplen los requisitos previstos por la norma antigua, aunque no se haya ejercido todavía.

6. TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que "La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Como es sabido, el Código Civil es del año 1984 y la Constitución del año de 1993. Sin embargo, ésta última no recogió el precepto del Código Civil, al permitir, en muchas circunstancias, la aplicación ultractiva de la ley.

En esta oportunidad, como ya lo hemos visto, la enmienda al modificar el artículo 103° de la Constitución, pretende aplicar el criterio de los hechos cumplidos al tema de las pensiones de los Decretos Leyes 19990 y 20530.



De acuerdo a esta teoría, la irretroactividad no es posible cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquella entre en vigencia. En cambio, la situación es de retroactividad si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior. Lo correcto es que se le apliquen las disposiciones de la norma derogada.

En conclusión, si la nueva norma se aplica sobre hechos no cumplidos de las relaciones existentes, habrá irretroactividad; pero si recae sobre los hechos ya cumplidos habrá retroactividad.

Tanto la irretroactividad como la retroactividad de la norma lo que buscan es brindar seguridad jurídica que es la esencia de la vida del hombre en su comunidad. Ambos criterios deben depender de cómo se quiera ordenar una comunidad para lograr una sociedad justa y equitativa.

Como sostiene Borda³ en el cambio de la legislación, "se enfrentan dos principios que, en abstracto, son dignos de respeto: por un lado la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por otro lado, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible, agrega dicho autor, hacer prevalecer siempre la seguridad porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante a nombre de la justicia y el progreso, porque éstos están condicionados por la idea de seguridad

y, porque sin ésta no puede concebirse un orden justo, que por ser orden la implica".

Lo que veremos a continuación es cuando las consecuencias y relaciones son objeto de la nueva ley y cuando son de la ley derogada. Esto significa entrar a ver lo que la doctrina nos dice acerca de la teoría de los hechos consumados o la teoría de los hechos cumplidos. Para esta concepción, la nueva ley sólo alcanza a los hechos futuros, pues los ya cumplidos se rigen por la ley antigua. En consecuencia, lo que interesa ver, no es si un derecho se adquiere bajo el régimen de la ley antigua, sino, si un hecho jurídico se cumplió totalmente estando vigente la norma derogada.

Messineo⁴, por ejemplo, nos dice que el juez no puede aplicar la nueva norma a los hechos pasados, es decir, consumados. En tal sentido, una aplicación semejante realizaría el juez si desconociese las consecuencias ya verificadas del hecho pasado, o bien si quitase eficacia (o atribuyese una eficacia diversa) a las consecuencias de aquel hecho, cuando tales consecuencias se verifiquen bajo el imperio de la forma nueva; y solo porque el hecho del cual dependen aquellas consecuencias no es conforme a la norma nueva.

Sobre este mismo tema, Salvat⁵ expresa que la distinción entre derechos ya ejercidos y aptitudes realizadas y derechos no ejercidos o aptitudes no realizadas, equivale con bastante aproximación a la distinción entre efectos ya producidos y efectos futuros. Los efectos ya producidos no son sino el resultado

³ Borda, Guillermo (1976) Manual de Derecho Civil. Buenos Aires. Editorial Perrot, p. 98.

⁴ Messineo, Francisco (1979) Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Tomo I. Editorial EJE, p. 91.

⁵ Salvat, Raymundo M. (1950) Tratado del Derecho Civil. Buenos Aires, Editorial TEA., p. 205.



del ejercicio de los derechos o de la realización de aptitudes.

Como se sabe, en toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho al que la ley le enlaza una consecuencia de derecho, que es el efecto jurídico⁶. De manera que la nueva norma puede modificar el presupuesto de la ley antigua, así como la consecuencia jurídica.

De acuerdo a la teoría de los hechos consumados o cumplidos, si el presupuesto de hecho establecido por la ley anterior se ha verificado totalmente, la nueva ley no puede afectar los derechos y obligaciones que de él se derivan porque la consecuencia jurídica ya se configuró. Los hechos verificados son ya pasados y no pueden ser afectados por la nueva ley. Si lo hiciera se le estaría dando un efecto retroactivo.

7. LAS PENSIONES EN EL TRÁNSITO DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL

La pensión de jubilación es una prestación económica que perciben los trabajadores cuando han cumplido los requisitos señalados en los estatutos o reglamento del correspondiente Fondo Jubilatorio. Su financiamiento está a cargo de los propios trabajadores, a quienes se les descuenta de su sueldo una cantidad de dinero que se denomina contribución o aporte.

Realmente, se trata de una renta vitalicia que reciben los trabajadores cuando ya no pueden laborar debido a la edad avanzada.

El régimen del Decreto Ley 20530 otorga sus pensiones teniendo en cuenta sólo el tiempo de servicios prestados al Estado, a los 30 años los hombres y a los 25 años las mujeres. En cambio, el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley 19990, requiere que se cumpla una edad de 65 años y un mínimo de 20 años de servicios que pueden ser para varios empleadores en forma sucesiva.

Si nos concretamos al régimen del Decreto Ley 20530 encontramos los siguientes elementos que configuran su perfil:

- a) Tiempo de servicios al mismo empleador que es el Estado y siempre que se haya laborado bajo el régimen laboral público.
- b) Que haya ingresado a laborar hasta el 26 de febrero del año 1974, salvo otros casos excepcionales.
- c) El reajuste de la pensión debe ser automático, existiendo para el efecto el derecho a la nivelación con la remuneración de los trabajadores activos.

Establecidas estas premisas, se trata de precisar si estas pensiones pueden ser objeto de las modificaciones que se pretende con la enmienda constitucional. Para el efecto, bastará saber cuándo se puede considerar que una pensión es un hecho consumado o cumplido, y que en consecuencia, la nueva norma que es la enmienda constitucional no se puede aplicar, so pena de incurrir en una retroactividad que prohíbe el artículo 103° de la Constitución,

De acuerdo a los criterios expuestos, la pensión es un hecho consumado a partir del momento en que el pensionista cumple con los

⁶ Alzamora Valdez, Mario (1963) Introducción a la Ciencia del Derecho. Lima, p. 127.



requisitos, que el Decreto Ley 20530, establece para tener derecho a su pensión. Esto es, cuando se ha cumplido con el tiempo de servicios. Nace a partir de ese momento el derecho a percibir la prestación vitalicia y la nueva norma ya no la puede tocar. Lo contrario sería una arbitrariedad que sacrificaría la seguridad jurídica que es uno de los fines del derecho.

En cambio, si el trabajador está comprendido en el Decreto Ley 20530, pero aún no ha cumplido con los requisitos legales para jubilarse, lo que tiene es una simple expectativa y no un derecho consumado o cumplido. En este caso, la nueva norma si le es aplicable sin que se incurra en una retroactividad.

Este es, también, el parecer del Tribunal Constitucional, expuesto en los expedientes números 007-96-I/TC y 008-96-I/TC y que aparecen en los fundamentos 11 y 19, respectivamente. En efecto, en estos precedentes dicho Tribunal ha señalado que el derecho a obtener una pensión se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho prescrito en la norma, esto es, cuando se cumplan los requisitos para la obtención de la pensión.

Ahora bien, jurídicamente hablando, la nivelación es un elemento accesorio del derecho a la pensión que subsistirá en la medida que el derecho a la pensión siga vigente. La otra posibilidad sería que este atributo no

constituiría un hecho consumado y por lo tanto la nueva ley la podría abolir.

Realmente, la propuesta de enmienda se aparta de los criterios jurídicos para la aplicación del propósito y opta, en ese sentido, por dar “una patada al tablero” al establecer en el artículo 3° que 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.

Otro de los aspectos que comprende la enmienda constitucional tiene que ver con el cierre del régimen del Decreto Ley 20530, aspecto que legalmente ya se habría producido. Sin embargo, no vemos inconvenientes para un cierre en la Constitución.

Aspecto con el que no estamos de acuerdo es el relativo al establecimiento de una entidad del Gobierno Nacional que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

En efecto, como ya lo hemos afirmando, estos recursos no corresponden al Estado sino a los trabajadores. Consecuentemente, su administración corresponde a los propios asegurados, en razón que el dinero tiene su causa en la obligación del aporte obligatorio. En el peor de los casos, la ONP debería ser administrada por un Consejo Directivo, similar al de ESSALUD.