



# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

LA LEY N° 28389, LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL  
EN MATERIA PENSIONARIA, Y LA AFECTACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Br. Rodrigo Alfonso Maldonado Martínez

**Asesor:**

Javier Arturo Reyes Guerra

Trujillo – Perú

2016

## APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Rodrigo Alfonso Maldonado Martínez**, denominada:

**“La Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, y la afectación del Principio de Retroactividad Benigna.”**

---

**Dr. Javier Arturo Reyes Guerra**

---

**JURADO  
PRESIDENTE**

---

**JURADO**

---

**JURADO**

## DEDICATORIA

A mi padre, mi único motivo.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por conducirme siempre por el buen sendero.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>APROBACIÓN DE LA TESIS</b>	<b>2</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>3</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>4</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b>	<b>5</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>10</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>11</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>12</b>
1.1. Realidad problemática	12
1.2. Formulación del problema	14
1.3. Justificación	14
1.4. Limitaciones	15
1.5. Objetivos	15
1.5.1. Objetivo General	15
1.5.2. Objetivos Específicos	16
<b>II. MARCO TEÓRICO</b>	<b>16</b>
2.1. Antecedentes.	16
2.1.1. Nacionales	16
2.1.2. Internacionales	17
2.2. Bases Teóricas	18
<b>CAPÍTULO 1: La Seguridad Social</b>	<b>20</b>
1.1. Evolución	20
1.1.1. El ahorro individual	20

1.1.2. <u>El asistencialismo</u>	21
1.1.3. <u>El mutualismo</u>	22
1.1.4. <u>El seguro social</u>	22
1.1.5. <u>La seguridad social</u>	23
1.2. <u>Concepto</u>	24
1.3. <u>Principios</u>	25
1.3.1. <u>Principio de universalidad</u>	25
1.3.2. <u>Principio de solidaridad</u>	25
1.3.3. <u>Principio de integralidad</u>	27
1.3.4. <u>Principio de unidad</u>	28
1.3.5. <u>Principio de internacionalidad</u>	28
1.4. <u>Marco constitucional</u>	29
1.4.1. <u>Derecho universal y progresivo a la seguridad social</u>	29
1.4.2. <u>Libre acceso a prestaciones de salud y pensiones</u>	30
1.4.3. <u>La intangibilidad de las formas y reservas previsionales</u>	31
1.4.4. <u>Nuevas reglas de los regímenes previsionales públicos</u>	32
1.4.5. <u>Condicionamiento del pago y reajuste de pensiones</u>	33
<b><u>CAPÍTULO 2: Derecho a la pensión</u></b>	<b>36</b>
2.1. <u>Definición</u>	36
2.2. <u>Configuración legal</u>	37
2.3. <u>Contenido esencial</u>	37
2.4. <u>Contenido constitucional</u>	39
<b><u>CAPÍTULO 3: Sistema previsional peruano</u></b>	<b>43</b>
3.1. <u>Antecedentes</u>	43
3.2. <u>Marco Legal Actual</u>	44
3.2.1. <u>Sistema Público de Pensiones</u>	45
3.2.1.1. <u>Sistema Nacional de Pensiones</u>	45
3.2.1.1.1. <u>Pensión de jubilación</u>	46
A. <u>Régimen General</u>	46

B. Régimen de jubilación adelantada	47
C. Régimen especial de jubilación	47
D. Otros regímenes de jubilación	47
3.2.1.1.2. Pensión de invalidez	47
3.2.1.1.3. Pensión de viudez	48
3.2.1.1.4. Pensión de orfandad	48
3.2.1.1.5. Pensión de ascendientes	49
3.2.1.2. Decreto Ley 20530	49
3.2.1.2.1. Pensión de cesantía	53
3.2.1.2.2. Pensión de invalidez	53
3.2.1.2.3. Pensión de viudez	53
3.2.1.2.4. Pensión de orfandad	53
3.2.1.5. Pensión de ascendientes	54
3.2.2. El Sistema Privado de Pensiones	54
3.2.2.1. Pensión de jubilación	55
A. Régimen general	56
B. Régimen de jubilación anticipada ordinaria	56
C. Pensión mínima	57
D. Regímenes especiales de jubilación anticipada	57
3.2.2.2. Pensión de invalidez	57
3.2.2.3. Pensión de sobrevivencia	58
<b>CAPÍTULO 4: Ley N° 28389</b>	<b>62</b>
4.1. Reforma Constitucional	62
4.1.1. Centralizar la administración de los regímenes pensionarios	62
4.1.2. Cerrar el Régimen del Decreto Ley 20530	63
4.1.3 Eliminar la nivelación de las pensiones	64

4.1.4. Depurar las pensiones obtenidas ilegalmente	66
4.1.5. Establecer constitucionalmente la teoría de los Hechos Cumplidos en la aplicación de normas en el tiempo	67
4.1.5.1. Teoría de derechos adquiridos vs. Teoría de hechos cumplidos	70
<b>CAPÍTULO 5: Principio de retroactividad benigna</b>	<b>75</b>
5.1. Noción	75
5.1.2. ¿Cuándo existe retroactividad?	75
5.1.2. ¿Cuándo no existe retroactividad?	76
5.2. Constitución Política de 1979	76
5.2.1. Antecedente	76
5.2.2. Alcances	77
5.2.3. Retroactividad benigna en Derecho previsional	77
<b>CAPÍTULO 6: Criterio jurisprudencial</b>	<b>80</b>
6.1. 1417-2005-AA/TC	80
6.2. 005-2002-AI/TC	81
6.3. 050-2004-AI/TC	82
6.4. 08389-2006-PA/TC	85
6.5. 01694-2010-PA/TC	86
6.6. Informe N° 38/09 CIDH	87
2.3. Definición de términos básicos	89
<b>III. HIPÓTESIS</b>	<b>90</b>
3.1. Formulación de la hipótesis	90
3.2. Operacionalización de variables	90
<b>IV. MATERIALES Y MÉTODOS</b>	<b>93</b>
4.1. Tipo de diseño de investigación.	93
4.2. Material de estudio.	93
4.2.1. Unidad de estudio.	93

4.2.2.	<u>Población.</u>	<u>93</u>
4.2.3.	<u>Muestra.</u>	<u>93</u>
4.3.	<u>Técnicas, procedimientos e instrumentos.</u>	<u>95</u>
4.3.1.	<u>Para recolectar datos.</u>	<u>95</u>
4.3.2.	<u>Para analizar información.</u>	<u>96</u>
<b><u>V. RESULTADOS</u></b>		<b><u>97</u></b>
<b><u>5.1. Tablas de resultados de entrevistas</u></b>		<b><u>97</u></b>
<b><u>5.2. Tabla de resultados de análisis de resoluciones administrativas</u></b>		<b><u>110</u></b>
<b><u>5.3. Descripción de resultados</u></b>		<b><u>113</u></b>
<b><u>VI. DISCUSIÓN</u></b>		<b><u>116</u></b>
<b><u>VII. CONCLUSIONES</u></b>		<b><u>124</u></b>
<b><u>VIII. RECOMENDACIONES</u></b>		<b><u>126</u></b>
<b><u>IX. REFERENCIAS</u></b>		<b><u>130</u></b>

## RESUMEN

La presente investigación abarca, principalmente, el estudio de la teoría de derechos adquiridos y la teoría de hechos cumplidos, respecto a la aplicación de las normas en el tiempo en materia previsional, a raíz de la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Esta ley establece que se aplicará la teoría de hechos cumplidos sobre la regulación del régimen pensionario de la Cédula Viva, contenido en el Decreto Ley N° 20530; la misma que podría afectar el principio de retroactividad benigna sobre los derechos adquiridos durante la vigencia de la Constitución de 1979.

En esta investigación se aborda lo relacionado a la seguridad social, al derecho a la pensión, el funcionamiento del sistema previsional en el Perú, los alcances de la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, el principio de retroactividad benigna según nuestra anterior Carta Magna y la postura del Tribunal Constitucional sobre situaciones conexas al problema a tratar.

Finalmente, se brinda especial énfasis a la figura de los derechos expectaticios, los mismos que deben ser protegidos y no quedar desamparados mediante la mencionada reforma constitucional.

De esta manera, se pudo observar que la Ley N° 28389 afecta el Principio de Retroactividad Benigna debido a que no contempla la protección de derechos expectaticios de los futuros sobrevivientes, los mismos que pueden ser vulnerados con la aplicación de una norma que implica la reducción de un beneficio pensionario, en virtud de la teoría de hechos cumplidos, a una situación jurídica anterior.

## ABSTRACT

This research covers, basically, the study of the theory of acquired rights and the theory of accomplished facts, regarding the application of the rules in time in security matters, following the constitutional reform implemented by Law No. 28389, Reform Law of Articles 11, 103 and First Transitional and Final Provision of the Political Constitution of Peru.

This law states that the theory of accomplished facts on the regulation of pension regime of Live Certificate, contained in Decree Law No. 20530; it could affect the principle of benign retroactivity of acquired rights for the duration of the 1979 Constitution .

This research addresses related to social security, pension rights, the functioning of the pension system in Peru, the scope of constitutional reform implemented by Law No. 28389 , the principle of benign retroactivity in our previous Constitution and posture Constitutional Court on related to the problem to address situations .

Finally, special emphasis is given to the figure of the expectaticios rights, the same to be protected and not left homeless by the aforementioned constitutional reform.

In this way, it was observed that Law No. 28389 affects the principle of benign retroactivity because it does not contemplate the protection of rights expectations of future survivors, which can be violated with the application of a rule that implies reduction of a pension benefit, by virtue of the theory of accomplished facts, to a previous legal situation.

## **CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.**

### **1.1. Realidad problemática.**

En la actualidad, el sistema pensionario de nuestro país está amparado, principalmente, por tres regímenes previsionales: El Sistema Nacional de Pensiones – SNP (Decreto Ley 19990), el Régimen de la Cédula Viva (Decreto Ley 20530) y el Sistema Privado de Pensiones – SPP (Decreto Ley 25897). El Estado se encarga de administrar los dos primeros regímenes, los mismos que conforman el sistema público de pensiones, mientras que el tercero es administrado por instituciones privadas, las denominadas AFP's.

Es conocido que la seguridad previsional tiene como fin que el trabajador durante su etapa laboral, además de satisfacer sus necesidades inmediatas, asegure la satisfacción de sus necesidades en la vejez. Es por ello que el Derecho Previsional estudia este sistema de pensiones, dividido según el sujeto que los regula en un sistema público y un sistema privado.

Este sistema previsional tiene sustento, fuera del marco normativo, en el contrato de afiliación mediante el cual el trabajador se obliga a realizar aportes a favor de su entidad administradora de seguro previsional y ésta entidad administradora deberá efectuar el pago de una pensión que deberá determinarse teniendo en cuenta los aportes entregados.

En este panorama, dentro de la doctrina del Derecho Previsional predominan dos teorías que sustentan la aplicación de normas en el tiempo: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. La primera se sustenta en la seguridad jurídica, por lo que respeta las consecuencias y situaciones amparadas bajo el imperio de la norma que ha sido derogada. Es por ello que la norma derogada aún podrá surtir efectos más allá de la vigencia de una norma que la

modificó o la derogó. Esta situación supone una garantía frente a las futuras modificaciones que pudiesen afectar los derechos creados y adquiridos bajo el imperio de una norma. Por otro lado, la teoría de los hechos cumplidos se sustenta en la defensa de la obligatoriedad de la norma y en respaldar la potestad que tiene el Estado en modificar las normas. Es por ello que se podrá aplicar las normas a todos los hechos y situaciones jurídicas que se generen durante su vigencia, así se hayan originado con normas anteriores, por lo que se aplicarían a hechos y situaciones que se encontraban amparadas con la norma anterior, modificando y alterando sus consecuencias.

Con fecha 17 de Noviembre del 2004, se publica la Ley N° 28389, la cual reforma los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Este hecho reviste de gran importancia debido a que, en el ámbito de los regímenes pensionarios, se ha optado por la teoría de los hechos cumplidos, es decir, los hechos cumplidos bajo el amparo de una norma anterior se rigen por ella, y los que se suceden después de su derogación, se rigen bajo los efectos de la norma que lo derogó.

Esta reforma constitucional podría afectar el principio de Retroactividad Benigna en materia pensionaria, consagrado en la Constitución Política de 1979. Este principio deslinda la posibilidad de aplicar una norma de manera retroactiva solo cuando es más favorable para el sujeto tutelado por determinada área del Derecho. Y teniendo en cuenta que una gran cantidad de personas ha adquirido un derecho pensionario durante la vigencia de la mencionada Carta Magna, ahora con la exclusiva aplicación de la teoría de los hechos cumplidos se vería afectado el mencionado principio de Retroactividad Benigna, debido a que una norma pasará a regir inmediatamente las relaciones existentes, la misma que puede implicar una reducción de beneficios adquiridos en virtud de una norma modificada o derogada.

En la actualidad, un gran número de personas en el Perú se encuentran sujetas al Decreto Ley 20530. Parte de este grupo no tiene garantizada la seguridad jurídica sobre sus derechos adquiridos durante la vigencia de la Constitución Política de

1979 que protege la Retroactividad Benigna, debido a que con la reforma constitucional expresada en la Ley N° 28389, mediante ley se podrán modificar los derechos y beneficios que otorga un régimen pensionario, y no podrán plantearse acciones de garantía ni judiciales, sustentadas en la vigencia de los derechos adquiridos porque dicha tutela no existe más. Es por ello que resulta necesario analizar los alcances de la Ley N° 28389 con respecto al ámbito de Derecho Previsional con el fin de salvaguardar los intereses de un importante sector de la población peruana.

Con la presente investigación se analizará la afectación que produce la reforma constitucional expresada en la Ley N° 28389 al Principio de Retroactividad Benigna del Derecho Previsional, sobre los derechos pensionarios adquiridos durante la vigencia de la Constitución de 1979.

## **1.2. Formulación del problema.**

¿De qué manera la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979?

## **1.3. Justificación.**

La presente investigación se sustenta, teóricamente, en el análisis de la aplicación de las normas en el tiempo dentro del Derecho Previsional, teniendo en cuenta la teoría de los Hechos Cumplidos y la teoría de los Derechos Adquiridos, además del Principio de Retroactividad Benigna en materia pensionaria reconocido en la Constitución Política de 1979. Por otro lado, desde el punto de vista práctico, se busca orientar a una adecuada aplicación de las normas en el tiempo por parte de la Administración Pública y el Poder Judicial, en favor de las personas que se encuentran sujetas a un régimen pensionario de carácter público, buscando salvaguardar sus intereses patrimoniales. Asimismo, teniendo en cuenta el ámbito valorativo, se considera importante lograr el reconocimiento al derecho a la pensión,

dentro de nuestra sociedad, como un derecho fundamental. El derecho a la pensión debe ser tratado con la premisa de otorgar seguridad jurídica a los pensionistas y, a la vez, de desamparar el abuso del Derecho en contra de ellos. Por último, la presente investigación se centra en el desarrollo del Derecho Previsional, siendo este un tema poco tratado dentro de la doctrina nacional. La aplicación de las normas en el tiempo, como un aspecto fundamental dentro del Derecho Previsional, es considerada un tema central de debate con respecto a la adopción de la teoría de Hechos Cumplidos o la teoría de Derechos Adquiridos.

#### **1.4. Limitaciones.**

- Escasez bibliográfica en la localidad con respecto al desarrollo del Derecho Previsional en el Perú, lo mismo que denota la viabilidad de esta investigación para aportar sobre el tratamiento del sistema pensionario en nuestro país.

#### **1.5. Objetivos**

##### **1.5.1. Objetivo General**

Determinar de qué manera la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979.

### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- 1.5.2.1. Identificar el contenido esencial del derecho a la pensión.
- 1.5.2.2. Describir el funcionamiento del sistema previsional en el Perú.
- 1.5.2.3. Determinar los alcances de la reforma constitucional de la Ley N° 28389.
- 1.5.2.4. Analizar la Teoría de Hechos Cumplidos y la Teoría de Derechos Adquiridos, respecto a la aplicación de las normas en el tiempo.
- 1.5.2.5. Desarrollar el Principio de Retroactividad Benigna en materia pensionaria, consagrado en la Constitución de 1979.

## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes.

#### 2.1.1. Nacionales

- Alfaro Esparza (2004)

“El sistema previsional peruano y la necesidad de plantear una nueva reforma”; para optar el grado académico de Magíster en Administración de Negocios en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

En esta investigación se desarrolla el funcionamiento del sistema previsional peruano, realizándose la distinción necesaria y el análisis de los sistemas existentes: Sistema de Reparto (Sistema Público) con una revisión de lo normado en la Constitución Política del Perú y en el Decreto Ley N° 19990 Sistema Nacional de Pensiones y el Decreto Ley N° 20530; y Sistema de Capitalización Individual (Sistema Privado) creado con Decreto Ley N° 25897. Este trabajo tiene relación con la presente tesis para determinar el desarrollo del sistema previsional en nuestro país.

- Marcerano Frers (2009)

“Los derechos laborales de rango constitucional”; para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

En esta investigación se hace un desarrollo de los derechos laborales protegidos a nivel constitucional, dentro de los cuales se reconoce el derecho a la pensión como una expresión de la institución de la seguridad social que se encuentra contenida en el artículo 10° de nuestra Carta Magna. Esta investigación tiene relación con el presente trabajo para establecer el contenido esencial del derecho a la pensión a nivel constitucional.

### **2.1.2. Internacionales**

- Rojas Rojas (2009)

“Reforma al sistema previsional”; para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile, Santiago.

En esta investigación se desarrolla el contenido de la seguridad social y la evolución que ha tenido el funcionamiento previsional en América Latina, la misma que ha alcanzado el reconocimiento constitucional en la mayoría de legislaciones de la región. Este trabajo tiene relación con la presente tesis para comprender el origen del sistema previsional y la evolución que ha desarrollado para perfeccionar el funcionamiento previsional en América Latina.

### **2.2. Bases Teóricas**

El estudio de las bases teóricas se divide en seis capítulos: el primero relacionado a la seguridad social, el segundo referido al derecho a la pensión, el tercero sobre el sistema previsional peruano, el cuarto que contiene los alcances de la Ley N° 28389, el quinto que trata el principio de retroactividad benigna en materia previsional y el sexto que considera el criterio del Tribunal Constitucional sobre la presente investigación.

# **CAPÍTULO 1: “LA SEGURIDAD SOCIAL”**

## **1. La seguridad social**

### **1.1. Evolución:**

El artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia, en relación a lo que se entiende por derecho a la seguridad social. Como tal, es un derecho que se encuentra vinculado intrínsecamente al ser humano, debido a que se le otorga protección ante eventualidades o contingencias que pongan en riesgo su vida, salud y la posibilidad de tener una vida digna, haciendo extensiva esta protección inclusive hasta sus familiares más cercanos, denominados derechohabientes.

Antes de profundizar sobre el concepto de seguridad social, se debe conocer la historia de esta institución, cuyo contenido se relaciona a la evolución misma del ser humano sobre las necesidades de la persona ante hechos como el desempleo, la vejez, los accidentes o las enfermedades, que nos limitan a contar con los recursos básicos para coexistir de manera digna.

#### **1.1.1 El ahorro individual**

En la Edad Antigua no era necesaria la configuración de un sistema de seguridad social, dado que existía un gran apoyo social entre comunidades, facilidad de acceder a alimentos en la naturaleza y un bajo índice de riesgos sobre accidentes en el desarrollo del trabajo.

Cuando se manifestaba un estado de necesidad en alguna persona, la solución de éste se agotaba con el desarrollo individual sobre el ahorro privado, debido a que cada persona podía proveer fácilmente las posibles contingencias a enfrentar en el futuro y utilizar sus recursos para sobrellevarlas.

De esta manera, podemos considerar que este método primitivo no tenía una estructura organizativa en razón de la simplicidad de la vida diaria en aquella época y la facilidad de cada individuo para contener una emergencia con los recursos que posee.

Pero esta medida podría resultar ineficiente con la evolución de la vida humana, teniendo en cuenta que no podría afrontar contingencias onerosas y prolongadas como las graves enfermedades, la vejez o el desempleo. (Fajardo Crivillero, 1997) En ese sentido, durante la transición a la edad media la familia tradicional – grupo de personas- es reemplazada por la familia nuclear – padres e hijos- originando que la conformación de ciudades se haga necesaria. Esto conllevaría al desarrollo de una sociedad industrializada que trae consigo mayores situaciones de riesgo y contingentes para sus habitantes, tal como se evidenciaría con el elevado índice de accidentes sobre los trabajadores a causa de la futura mecanización de las labores.

### **1.1.2. El asistencialismo**

Esta figura se desarrolla en plena edad media, conociéndose como tal a la caridad privada en beneficio de los indigentes. Podría manifestarse con la entrega de una moneda, ropa usada o alimentos a la gente con menores recursos. Se trataba de un mecanismo voluntario pero no institucionalizado.

Posteriormente, con la ayuda de la Iglesia, el asistencialismo fue cobrando importancia como un avance de la seguridad social, teniendo una organización centrada en fondos privados de ayuda para los más necesitados. Tal como se puede evidenciar en la actualidad, la caridad privada es una de los principales mecanismos de ayuda de las organizaciones religiosas.

No obstante, esta medida no podía abastecer con los recursos necesarios a la totalidad de indigentes, por lo que los Estados asumieron la responsabilidad sobre ellos mediante el registro de beneficiarios y la creación de impuestos y contribuciones sobre sus habitantes.

De esta manera, con la activa participación del Estado sobre la subsistencia de la gente con menores recursos, nos encontramos con la beneficencia como etapa evolutiva de la seguridad social, transitando así de la caridad privada a la contribución obligatoria por mandato legal.

### **1.1.3. El mutualismo**

De manera paralela a la atribución propia del Estado de atender a los más necesitados mediante la beneficencia, se desarrolla un mecanismo de protección denominado mutualismo, con el que se unen personas vinculadas por afinidad, oficio, religión o nacionalidad, para sostenerse solidariamente ante cualquier eventualidad.

Con este método, quienes conformaban el grupo de auxilio mutuo debían asumir la contingencia que enfrentaba alguno de sus miembros, sobre una base solidaria y distributiva.

Esta figura se desarrolló progresivamente fijando un monto de aporte periódico entre sus integrantes, administrando los fondos ellos mismos en beneficio de algún miembro que padezca una repentina contingencia que ponga en riesgo su convivencia de manera digna.

De esta forma, podemos observar que este mecanismo utilizó elementos que posteriormente serían parte del derecho a la seguridad social: la dilución del riesgo en un ente colectivo, la idea de solidaridad y la existencia de un derecho subjetivo a obtener una cobertura. (Abanto Revilla, 2013)

### **1.1.4. El seguro social**

Finalizando el siglo XIX, gracias al desarrollo de la Revolución Industrial, un grupo de empleadores asume el costo por concepto de indemnización sobre sus trabajadores accidentados, lo que llevó a que con el paso del tiempo esta responsabilidad sea obligatoria, por mandato legal, asumiendo los empleadores los riesgos laborales sobre sus empleados.

Posteriormente, teniendo en cuenta el aumento de accidentes laborales así como la conceptualización de las enfermedades de trabajo, se originan reclamos por parte de la clase obrera que exigía una mejor protección para los trabajadores.

De tal manera, surge en Prusia -ex Alemania- la figura de un organismo estatal que vele por la seguridad de los trabajadores y sus allegados ante cualquier contingencia o eventualidad: un fondo común sostenido por los aportes obligatorios de empleadores, el Estado y los trabajadores, el mismo que se denominaría “seguro social”.

Este mecanismo, que brindaba protección solo a aquel trabajador que realizaba aportes, se crea en 1883 por el canciller Otto Von Bismarck, mediante la aprobación de la Ley del Seguro Obligatorio por Enfermedad, complementada luego por la Ley de Accidentes de Trabajo en 1884 y la Ley del Seguro por Invalidez en 1889, con la autorización del Rey Guillermo I. (Rendón Vásquez, 2008)

A pesar que esta estructura estatal representaba un gran avance sobre la seguridad social de los trabajadores, ésta devenía en insuficiente dado que solo protegía a quienes realizaban aportaciones bajo una condición formal de trabajadores, dejando de lado a quienes no se encontraban dentro de este sistema.

#### **1.1.5. La seguridad social**

La falta de cobertura sobre quienes no eran amparados por el seguro social conllevó a que distintos estados busquen otras alternativas. En ese sentido, Dinamarca introdujo en 1891 las pensiones no contributivas en favor de quienes nunca habían dado aportes.

Pero fue en Inglaterra, gracias al político y economista William Beveridge, que en 1942 surge el novedoso concepto de seguridad social, considerando un sistema

estatal organizado, basado en la universalidad y solidaridad, que garantice la cobertura a todas las personas –trabajadores y no aportantes- frente a cualquier contingencia, protegiendo la existencia del individuo desde su nacimiento hasta la muerte. (Grzetich Long, 2005)

Beveridge propone un modelo universal que libere al hombre de contingencias mediante la redistribución de la renta, sugiriendo la unificación del seguro social en uno que considere todos los riesgos posibles y ampliando la cobertura hacia todas las personas sin excepción. En ese sentido, el aporte debería ser único para asegurar simplicidad en el trámite económico y administrativo y también se basaría en un monto fijo, debiendo asumir el Estado, utilizando los impuestos, cualquier déficit que se presente. En suma, se busca un sistema con el que tanto el Estado como la sociedad en conjunto puedan asumir las contingencias de la ciudadanía, incluyendo las necesidades que no pueden ser afrontadas por todos los beneficiarios.

## **1.2. Concepto:**

La seguridad social busca consolidar un medio de protección a la persona humana cuando a ésta se le presentan contingencias que le impidan generar ingresos para cubrir sus necesidades básicas así como las de sus dependientes.

Dado que la seguridad social puede concebirse desde una óptica social, económica, política o jurídica, se pueden dar distintos conceptos sobre esta. Esto se refleja en el concepto esbozado por Martí Buffil, quien advierte que la seguridad social es, para el hombre, un derecho; para la sociedad, un factor de solidaridad; para la administración, un servicio público; y para la economía, un factor de redistribución. (Martí Buffil, 1964)

Y desde el punto netamente jurídico, podríamos considerar el concepto utilizado por Fajardo Crivillero, quien considera a la seguridad social como un sistema de

protección frente a las contingencias humanas, que procura elevar el nivel de vida del individuo –y el bienestar colectivo- a través de la redistribución de la renta.

### **1.3. Principios:**

La figura de seguridad social que se desarrolla tiene sustento en un grupo de principios tales como la universalidad, solidaridad, integralidad, unidad o internacionalidad:

#### **1.3.1. Principio de universalidad**

Este principio determina que todos los individuos deben formar parte del sistema de seguridad social, contribuyendo –directa o indirectamente- al sostenimiento financiero del mismo; por lo que comprenderá tanto a los trabajadores asalariados, sean dependientes o independientes, como a sus derechohabientes, a los empleadores y a los desocupados, hayan o no realizado aportaciones. (Abanto Revilla, 2013)

Cabe señalar que la universalidad de la seguridad social tiene un carácter progresivo, dado a que para que las prestaciones de este sistema puedan ser viables se necesita contar de manera previa con los recursos financieros que garantice la efectividad del sistema.

El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social tiene sustento constitucional en el artículo 10 de nuestra Carta Magna.

#### **1.3.2. Principio de solidaridad**

Dentro de la seguridad social, la solidaridad implica la participación de toda la sociedad para su financiamiento, teniendo cada individuo la expectativa de obtener una prestación en caso de sufrir una contingencia.

Es una característica esencial para la seguridad social, no se trata de un factor opcional sino del elemento indispensable para que sea considerada como un mecanismo de protección social. (Plá Rodríguez, 1999)

En ese sentido, también debe considerarse, desde una perspectiva económica, que la solidaridad es un precio que el ciudadano prefiere asumir para expresar su participación en el sistema u obtener algún grado de seguridad a pesar de que esta solidaridad tenga un costo creciente en términos de riqueza o eficiencia perdidas. (Valdés Prieto, 2002)

Este principio de solidaridad puede presentarse mediante dos mecanismos:

a. Solidaridad intergeneracional:

Este método implica que las aportaciones realizadas por los trabajadores asegurados en actividad se utilicen para sostener el pago de las pensiones de los actuales pensionistas, de la misma manera en que el sustento pensionario de aquellos será atendido con los aportes de los futuros trabajadores asegurados, reflejando una transición generacional en el desarrollo del sistema de pensiones.

Con este mecanismo se exige una aportación obligatoria a cada asegurado que integre el sistema para financiar las prestaciones que comprende la seguridad social, independientemente del beneficio inmediato que pueda percibir el asegurado, dado que este método busca un aprovisionamiento a futuro para sus integrantes.

No obstante, este modelo se vio afectado en los últimos años a raíz de problemas como la longevidad, informalidad del mercado laboral o la evasión en el pago de aportaciones, por lo que, tal como sucedió en el Perú, se implementó otra alternativa como el Sistema Privado de Pensiones, basado en un mecanismo de capitalización individual.

b. Solidaridad intrageneracional

Los recursos para sostener las pensiones de los actuales beneficiarios se obtienen de un fondo común al cual aportan todos los asegurados, siendo esta aportación calculada según la remuneración que perciba el asegurado.

En tanto que el porcentaje sobre la remuneración de cada trabajador es el mismo, el monto de la cotización no será igual, puesto que un funcionario principal de una reconocida empresa no aportará el mismo monto que un trabajador que percibe una remuneración mínima vital. Por ello, este método aplica topes máximos de pensión para que con la diferencia que correspondería a quienes aportaron un mayor monto, se pueda otorgar un tope mínimo a aquellos que aportaron menos, en salvaguarda de que puedan cubrir sus necesidades básicas y coexistir de manera digna.

De esta manera se presenta la solidaridad dentro del sistema que permite emparejar en cierto sentido las diferencias remunerativas entre sus integrantes.

### **1.3.3. Principio de integralidad**

Este principio determina que todas las contingencias que pueda padecer una persona durante su existencia, deben ser cubiertas por medio de la seguridad social, satisfaciendo de manera oportuna las necesidades del asegurado. La integralidad forma parte del financiamiento y las prestaciones, basándose en términos de eficiencia y calidad. (Toyama Miyagusuku, 2014)

Las contingencias que se generen deberán ser cubiertas principalmente en un sentido monetario y otro complementario que puede presentarse mediante prestaciones médicas.

Cabe señalar que este principio es difícil de concretar en países con escasos recursos, por lo que su aplicación está limitada a la cobertura de las contingencias esenciales como accidentes, enfermedades, maternidad, vejez o muerte.

Esta cobertura restringida guarda relación con el principio de sostenibilidad financiera, el mismo que se basa en criterios técnicos como los de exactitud, anticipación, anualidad, programación, estructuración y no afectación, al tener correspondencia directa con la garantía del ahorro público; sin embargo, la escasez de recursos no es una justificación para que el Estado vele por la seguridad social de su población.

#### **1.3.4. Principio de unidad**

Este principio hace referencia a la organización del sistema de seguridad social, procurando una centralización en su desarrollo operativo y normativo. Contar con una diversidad de entidades que gestionan el otorgamiento de pensiones y el acceso a prestaciones de seguridad social genera criterios de aplicación distintos sobre el mismo tema y conllevan a un descontento sobre los beneficiarios y a una sobrecarga innecesaria de la burocracia en la administración.

Se busca una estructura reducida, que si bien puede estar compuesta por varias entidades, deberá estar conectada bajo una sola dirección rectora, que aproveche al máximo los recursos humanos y materiales, bajo criterios de simplificación y eficacia. (Fajardo Crivillero, 1997)

#### **1.3.5. Principio de internacionalidad**

Este principio busca que se reconozcan los derechos ligados a la seguridad social de un trabajador que se adquieren durante su récord laboral, independientemente del país en el que se manifiesten como consecuencia de

la globalización y la rotación internacional de una persona por motivos de trabajo. Cada vínculo laboral generado en distintos países conllevan al nacimiento de derechos que deberán ser reconocidos al término de la vida activa del trabajador. (Oiz Márquez, 2006)

En ese sentido, se hace necesaria la aplicación del Derecho Internacional Público, para lo que se requiere la suscripción de tratados y convenios internacionales. De esta manera se podrá reconocer la seguridad social de los trabajadores que durante su récord laboral alternen en distintos países.

#### **1.4. Marco constitucional**

Siendo la Constitución la norma principal de nuestro ordenamiento jurídico, es ésta la que sentará las bases sobre las que se desarrolla la seguridad social. De tal manera, nuestra Carta Magna toca esta materia en las siguientes disposiciones:

##### **1.4.1. Derecho universal y progresivo a la seguridad social**

Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Tal como se desprende de la aplicación de los principios de universalidad e integralidad, la seguridad social busca proteger a todos los individuos sobre cualquier contingencia o eventualidad que sufra durante toda su existencia. Esta premisa se genera de manera gradual o progresiva debido a que al tratarse de un derecho fundamental comprendido dentro de los derechos prestacionales, éste está condicionado a la capacidad económica del Estado que permita su reconocimiento y otorgamiento.

También se señala que las contingencias serán precisadas por ley, por lo que se deja abierta la posibilidad de considerar prestaciones que puedan ser materializadas de acuerdo a los recursos dinerarios del Estado mediante un dispositivo legal.

De igual manera, con la seguridad social se busca la elevación de la calidad de vida de toda la población, siendo esto posible gracias a los mecanismos del sistema previsional que permiten cubrir nuestras necesidades básicas y mantener cierto nivel socioeconómico.

#### **1.4.2. Libre acceso a prestaciones de salud y pensiones**

Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

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

La norma postula que las prestaciones de salud y pensiones pueden ser otorgadas por órganos estatales, privados o mixtos, habilitando de esta manera la implementación del Sistema Privado de Pensiones en nuestro sistema de seguridad social.

Cuando las entidades privadas tengan a su cargo la gestión de prestaciones, el Estado tiene el deber de velar por su correcto funcionamiento, principalmente desde el ámbito normativo, mediante entidades como la Superintendencia de Banca y Seguros, en pensiones, y la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, en salud.

La norma también determina que se señalará por ley a la entidad estatal que regulará el sistema público de pensiones, en aplicación del principio de unidad y

concediendo carácter constitucional a la potestad de señalar mediante ley el lineamiento rector en el funcionamiento previsional.

En ese sentido, mediante el Decreto Legislativo N° 817 y la Ley N° 26385 se designa a la Oficina de Normalización Previsional como órgano competente para administrar los derechos derivados del Decreto Ley N° 20530; no obstante, ambas normas fueron cuestionadas por el Tribunal Constitucional, por lo que se requería que se reconozca constitucionalmente la posibilidad de señalar mediante ley una entidad rectora.

### **1.4.3. La intangibilidad de los fondos y reservas previsionales**

Artículo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

Con esta norma se procura que los recursos de la seguridad social sean destinados de manera efectiva en prestaciones de salud y pensiones, evitando usos indebidos que puedan generar una crisis en el sistema previsional y la consecuente afectación del Tesoro Público.

Nuestra Constitución determina que los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles, por lo que la utilización de los mismos para fines ajenos a los que corresponden será de responsabilidad de los funcionarios encargados de administrar los regímenes previsionales, sujetándose al reproche que pueda señalar la ley.

Los fondos hacen referencia al conjunto de ingresos destinados para la atención de las prestaciones, mientras que las reservas comprenden las masas económicas que se constituyen para cubrir las futuras emergencias financieras. (Abanto Revilla, 2013)

El Decreto de Urgencia N° 067-98 determina que las reservas pueden ser dos tipos:

- a. Reserva actuarial.- El valor a fecha determinada de las obligaciones previsional resultantes del cálculo actuarial que se efectúe para un régimen específico, que comprende a las prestaciones económicas pensionarias, a las no pensionarias, a los gastos administrativos y a las contingencias judiciales, hasta la total extinción de las respectivas obligaciones.
- b. Reserva pensionaria.- Parte de la reserva actuarial, referida solamente al valor de las prestaciones económicas pensionarias, a una fecha determinada, dentro de un régimen previsional específico.

#### **1.4.4. Nuevas reglas de los regímenes pensionarios públicos**

Primera.- Declárase 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, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. 54 Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase 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.

La primera disposición final y transitoria de nuestra Constitución fue sustituida por el artículo 3 de la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, implementando las siguientes modificaciones, las mismas que serán materia de análisis en el cuarto capítulo de la presente investigación:

- Se dispone el cierre definitivo del régimen del Decreto Ley N° 20530.
- Se suprime la nivelación como mecanismo de reajuste.
- Se ordena la aplicación progresiva del tope para las pensiones cuyos montos fueran superiores a 1 UIT.
- Se establece que las futuras modificaciones a los regímenes pensionarios deberían regirse por criterios de sostenibilidad financiera.
- Se autoriza el inicio de acciones legales de declaración de nulidad en contra de las pensiones obtenidas ilegalmente.

#### **1.4.5. Condicionamiento del pago y reajuste de las pensiones**

Segunda.- El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.

Esta norma hace referencia al pago y reajuste periódico de las pensiones del sistema público, garantizando su estricto cumplimiento, por lo que no se puede inferir su aplicación sobre las prestaciones de salud o a las pensiones del Sistema Privado de Pensiones.

# **CAPÍTULO 2:**

# **“EL DERECHO A LA PENSIÓN”**

## 2. Derecho a la Pensión

### 2.1. Definición:

Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución no se limitan a los que están considerados en su artículo 2º, debido a que dicha calidad es también reconocida sobre otros derechos contemplados en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, reconocidos en el artículo 11º de nuestra Norma Fundamental, cuando se refiere que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas; y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º.

El derecho a la pensión puede ser definido como la retribución pecuniaria que se otorga en forma temporal y/o vitalicia a los trabajadores asegurados y extensivamente a la familia de estos (derechohabientes) por los servicios prestados y las aportaciones efectuadas. (Anacleto Guerrero, 1998)

Asimismo, también se puede definir al derecho a la pensión de una manera más global como, independientemente de la contingencia que la origine –tal como enfermedad, accidente, vejez o muerte-, una suma dineraria, generalmente vitalicia, que sustituirá los ingresos percibidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o transitoria, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que ésta cumpla todos los requisitos previstos legalmente. (Abanto Revilla, 2013) Cabe señalar que la regulación del derecho a la pensión debe estar relacionada a las condiciones principalmente sociales y políticas de cada país.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico-. Este derecho surge históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de

Derecho, el mismo que impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para solventar sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial”. (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 2005)

## **2.2. Configuración legal**

Un derecho constitucional será denominado de configuración legal cuando su contenido debe ser delimitado por la ley, debido a su propia funcionalidad o porque así lo ha determinado la misma Constitución.

El derecho a la pensión es un derecho de configuración legal, teniendo en cuenta que la ley es la principal fuente normativa para delimitar el contenido que protege este derecho y así pueda surtir sus efectos jurídicos.

Por otro lado, se debe señalar que no todas las regulaciones de la legislación ordinaria que buscan determinar los beneficios relacionados con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa. Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran. (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 2005)

## **2.3. Contenido esencial**

Si bien es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos por lo que, tal como en el caso del derecho a la pensión, pueden ser de configuración legal, la potestad que ostenta el legislador de delimitar estos derechos debe respetar el contenido esencial de cada derecho.

Esta garantía del contenido esencial hace referencia la limitación que tiene el legislador al regular normas relacionadas a derecho fundamentales, de tal manera que no se debe afectar la integridad de los elementos que generan un derecho, sin los cuales perdería su identidad.

El Tribunal Constitucional es el ente encargado de determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, mediante el análisis que involucra el espíritu constitucional del derecho, así como su desarrollo tanto legal, como en la doctrina y la jurisprudencia.

De tal manera, nuestro Tribunal Constitucional utiliza la garantía del contenido esencial, a pesar de no estar expresa en la Constitución de 1993, para delimitar la constitucionalidad de alguna ley. En efecto, El Tribunal Constitucional señala que aunque la Constitución de 1003 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa. (Caso Dionicio Llajaruna Sare, 2004)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado el contenido esencial del derecho a la pensión, el mismo que se encuentra compuesto por tres elementos: el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión y el derecho a una pensión mínima vital. (Caso Manuel Anicama Hernández, 2005) Estos tres elementos forman parte de lo que se conoce como núcleo derecho del derecho a la pensión, por lo que el legislador no podrá limitar su contenido.

También se debe señalar que se reconoce dentro del contenido esencial al derecho a la pensión otros elementos: no esenciales, como reajustes y topes;

y adicionales, como pensiones de sobrevivientes. Estos elementos sí pueden ser regulados por el legislador para su configuración legal.

## 2.4. Contenido constitucional

Al tratarse de derechos fundamentales, éstos requieren ser protegidos procesalmente de manera especial ante una posible agresión o vulneración, para lo cual se les confiere, en nuestro ordenamiento jurídico, los alcances del derecho procesal constitucional para velar por el correcto ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental.

La delimitación del contenido constitucional busca restringir la vía de acceso al amparo constitucional, reservándose solo para la protección de los elementos derivados del contenido esencial de un derecho fundamental. De esta manera, se evita la “amparización” de los reclamos pensionarios, los que deberán ser materializados en la vía judicial ordinaria en caso de no estar ligados al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión

Para conocer el contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión, es necesario realizar un estudio sistemático de la disposición constitucional que lo reconoce como tal –en el artículo 11- con los principios y valores que lo sostienen. Estos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.

Teniendo en cuenta dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto en relación al contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección constitucional: (Caso Manuel Anicama Hernández, 2005)

- a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
- b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.
- c) Por otra parte, dado que el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un “mínimo vital”.
- d) Asimismo, aun cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

- e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos siempre que el término de comparación propuesto resulte válido. En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a nivel constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

# **CAPÍTULO 3: “SISTEMA PREVISIONAL PERUANO”**

### **3. Sistema previsional peruano**

#### **3.1. Antecedentes:**

Desde la segunda mitad del siglo pasado, la evolución demográfica empezaba a sentirse como una preocupación para los sistemas pensionarios. Distintos organismos, entre ellos el Banco Mundial, señalaban que, debido a los grandes avances en la medicina y a las menores tasas de fecundidad, la población en diversos países del mundo envejecería rápidamente y ello afectaría los presupuestos públicos de los gobiernos, teniendo en cuenta los mayores gastos en pensiones y salud.

Las proyecciones manifestaban, por ejemplo, que en el año 2030 el número de ancianos en el mundo se triplicaría y la mayor parte de este aumento se iba a evidenciar en los países en desarrollo. (Banco Mundial, 1994)

Este crecimiento demográfico, agregado a las distorsiones del ámbito laboral, iría configurando un entorno complicado para los sistemas tradicionales de reparto que caracterizaban a los países latinoamericanos. Y la preocupación se incrementaba debido a que distintos países iban evidenciando un serio déficit financiero dentro de sus sistemas de pensiones, como producto del gran desbalance entre las aportaciones y los beneficios. Esta situación requería una corrección inmediata, debido a que América Latina vería afectada su economía, teniendo en cuenta que debería utilizar incalculables recursos para sostener sus sistemas pensionarios.

Ante esta situación, resultaba necesario disponer reformas para evitar el conflicto entre los jóvenes y sus implicancias fiscales. Se presentaba el reto de crear un nuevo sistema sostenible y diseñar un mecanismo renovado que fuera adecuado para los ancianos y a la vez no perjudicara a las nuevas generaciones. Es por ello que los estados evaluaban la propuesta de mezclar la administración pública con sistemas privados de ahorro individual que satisfagan la demanda de ingresos de los grupos de trabajadores con

mayores recursos. Esto suponía delimitar claramente la forma de articulación y funcionamiento de los esquemas público y privado utilizándose en la región el esquema previsional basado en tres pilares para atender a la vejez: un pilar público obligatorio, administrado por el Estado, con el objetivo de aliviar la pobreza al llegar a la tercera edad; un pilar obligatorio, de administración privada, autofinanciado con aportes individuales y regulado, con el objetivo de vincular actuarialmente los beneficios con los aportes de forma tal que sustituyan los ingresos en la jubilación; y un pilar voluntario para brindar protección adicional a la población que eventualmente quisiera un mayor nivel de ingresos a partir del periodo de retiro. (Holzmann & Hinz, 2005) La combinación acertada de estos elementos varía según los objetivos y propósitos de cada país, los mismos que podían ir cambiando en el tiempo en relación a las necesidades que se fueran generando.

En el caso peruano, nos agobiaba una situación de crisis financiera del entonces sistema de reparto regulado por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) por lo que a partir de 1992 se introduce un mecanismo previsional que se sustenta en la presencia de un sistema estatal de reparto parcialmente reformado y la introducción de un sistema administrado privadamente basado en cuentas individuales.

### **3.2. Marco Legal Actual:**

El sistema pensionario en Perú está conformado por dos subsistemas principales: el del Decreto Ley No. 19990, denominado Sistema Nacional de Pensiones (SNP), que es administrado por el Estado y funciona teóricamente bajo un régimen financiero de reparto; y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), administrado por entidades privadas denominadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), el mismo que se caracteriza por tener un régimen financiero de cuentas individuales donde cada trabajador ahorra para obtener una pensión. Adicionalmente, existen otros regímenes pensionarios, dentro de los cuales destaca el del Decreto Ley No. 20530 para servidores públicos, el mismo que ha sido cerrado a nivel constitucional para

nuevos trabajadores. Así, desde 1992, el sistema de pensiones peruano opera bajo un modelo en el que coexisten un marco público administrado por el Estado y un marco privado donde participan entidades con dedicación exclusiva a esta función. Este esquema, a diferencia de los existentes en otros países, no implicó un cierre del sistema nacional, sino más bien creó el sistema privado de pensiones para que exista paralelamente, por lo que los trabajadores tienen la posibilidad de optar por uno de ellos al momento que ingresan al mercado laboral. (Mesa-Lago, 2000)

Otro de los rasgos más importantes referido al marco legal actual del sistema previsional peruano, es que se trata de un sistema de contribuciones en el cual los afiliados tienen que realizar aportes para obtener una pensión. Con respecto al régimen nacional, tratándose de un sistema de reparto, las aportaciones serán el medio para financiar las pensiones de los actuales jubilados; mientras que en el sector privado, las contribuciones se van acumulando en cuentas individuales para financiar la respectiva pensión de cada uno.

Cabe destacar que es obligatorio para aquellas personas que trabajan de manera dependiente estar afiliadas al sistema de pensiones en nuestro país. Todo trabajador debe escoger el sistema pensionario del que va a formar parte. Por otro lado, los trabajadores independientes podrán optar por la afiliación al sistema pensionario de manera voluntaria.

### **3.2.1. Sistema Público de Pensiones**

#### **3.2.1.1. El Sistema Nacional de Pensiones**

El SNP comprende a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada y servidores públicos que no son beneficiarios del régimen del Decreto Ley N° 20530. Se considera un sistema de reparto, basándose en aportaciones fijas y en suficiente medida para que la contribución de los trabajadores pueda solventar las pensiones de los actuales jubilados. La

Oficina de Normalización Previsional es la encargada de administrar este régimen público (ONP).

Inicialmente, se consideraba que el SNP no tendría mayores problemas con respecto a su funcionamiento, debido a que se trataba de un sistema financiado que implicaría un adecuado manejo de sus aportaciones y lineamientos previsionales y estaría respaldado por aportes de los empleadores. No obstante, los cambios demográficos, las condiciones laborales y los factores económicos, no facilitaron la adaptación de este régimen previsional, por lo que devino en un sistema deficiente en términos financieros.

La comisión creada para evaluar el estado de los regímenes pensionarios indicaba lo siguiente: “Los sistemas de reparto creados en los años 1973 (Decreto Ley N° 19990) y 1974 (Decreto Ley N° 20530) fueron concebidos y respondían a la realidad de ese momento. Sin embargo, la falta de adecuación y ajustes requeridos como consecuencia, entre otros, de los cambios demográficos, originó que dichos sistemas devinieran en deficitarios y colapsaran”. (MEF, 2001) También debe tenerse en cuenta que la utilización de los fondos públicos durante las últimas décadas del siglo pasado no se rigieron bajo políticas correctas, siendo estos fondos malgastados por los gobiernos de turno, por lo que el SNP quedaba totalmente desestabilizado, generando grandes pérdidas para el tesoro público.

El SNP concede cinco tipos de pensión: jubilación, invalidez, viudez, orfandad y ascendencia.

#### **3.2.1.1.1. Pensión de jubilación:**

##### **a. Régimen General:**

La edad de jubilación en este régimen es de 65 años de edad, siendo necesario contar con 20 años de aportes. La tasa de aporte es de 13% de la remuneración del afiliado.

#### **b. Régimen de Jubilación Adelantada:**

En este régimen la edad de jubilación para los hombres es de 55 años y para las mujeres de 50 años, siendo necesario contar con 30 años de aportes, en el caso de los hombres, y 25 años de aportes, en el caso de las mujeres. La tasa de aporte es del 13% de la remuneración del afiliado.

La pensión a otorgar estará basada en la pensión que hubiera percibido el afiliado según el Régimen General. Este monto se reduce en 4% por cada año adelantado en relación a la edad de jubilación del régimen general

#### **c. Régimen Especial de Jubilación:**

Se considera a los afiliados nacidos antes del 1º de julio de 1931, en el caso de los hombres, o del 1º de julio de 1936 para las mujeres. Para ser beneficiario de este régimen, los afiliados deben haber estado registrados antes de la dación del Decreto Ley No. 19990 en abril de 1973.

#### **d. Otros regímenes de jubilación:**

Se idearon para grupos especiales de trabajadores; como los mineros, los periodistas, los pilotos, entre otros. Cuentan con regímenes de jubilación con requisitos y prestaciones particulares.

#### **3.2.1.1.2. Pensión de invalidez:**

Es otorgada cuando el trabajador presenta una incapacidad física o mental que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración que percibiría otro trabajador de la misma categoría, en un trabajo igual. Asimismo, es beneficiario aquél que habiendo gozado de subsidio de enfermedad durante el tiempo máximo permitido y continuara incapacitado para el trabajo. En este caso, cuando la incapacidad se produce debido a un accidente laboral o por enfermedad profesional, no se exige un período mínimo de aportaciones. Que el trabajador se encuentre realizando aportes al sistema previsional a la fecha en que se produce la invalidez es el único requisito que se exige. En algunos casos, según la cantidad de años de aportes realizados, el trabajador accede al derecho a la pensión sin que a la fecha de producido el estado de invalidez se encontrara aportando al sistema. El monto pensionario será del 50% de la remuneración del afiliado. En este régimen, incrementa en 1% la pensión a otorgar por cada año si el afiliado cuenta con más de tres años de aportes.

#### **3.2.1.1.3. Pensión de Viudez:**

En este régimen, tendrá derecho a recibir una pensión la viuda del trabajador afiliado al sistema. Cuando se trata de una mujer afiliada al sistema, el viudo de aquella accede al derecho pensionario sólo cuando se le observa condición de invalidez o cuenta con más de 60 años. Asimismo, es requisito que el cónyuge sea dependiente en términos económicos del pensionista. El monto pensionario en este régimen es equivalente al 50% de la pensión que le correspondería al empleado.

#### **3.2.1.1.4. Pensión de Orfandad:**

Tienen derecho a esta pensión los hijos de un pensionista fallecido, menores de 18 años y éste podrá subsistir hasta los 21 años siempre y cuando continúen estudiando; y los hijos inválidos mayores de 18 años. El

monto máximo de pensión que a otorgar es equivalente al 20% del monto pensionario que hubiera podido percibir el pensionario.

#### **3.2.1.1.5. Pensión de Ascendientes:**

Bajo este régimen, padre, mayor de 60 años, y madre, mayor de 55 años, o éstos en estado de invalidez del pensionista fallecido tendrán derecho a la pensión, siempre y cuando sean dependientes en términos económicos del asegurado y sin percibir ingresos superiores al monto pensionario con el que se beneficiaría. A la vez, no se deben contar con beneficiarios a una pensión de viudez u orfandad. El monto pensionario para cada ascendiente será equivalente al 20% del monto de la pensión que hubiera recibido el afiliado.

#### **3.2.1.2. Decreto Ley 20530**

El origen de éste régimen pensionario, promulgado el 26 de Febrero de 1974, se remonta a leyes antiguas que otorgaban pensiones vitalicias que eran financiadas con fondos estatales, en beneficio de un determinado grupo de funcionarios del Estado. Este régimen es uno de cese, es decir, solo exige años de servicio sin aplicar una edad mínima, a diferencia del SNP que se caracteriza por ser un régimen de reparto siendo exigible cierto período de años de aportes y una edad mínima. Inicialmente sólo un grupo mínimo de trabajadores del sector público serían los beneficiarios de éste régimen pero, en razón a los grandes beneficios que se otorgaban, se fueron ampliando el número de beneficiarios, generando un enorme déficit en cuanto a los recursos del Estado.

El 12 de julio de 1962 se intentó cerrar este régimen, por lo que cuando falleciera el último pensionista se extinguirían los grandes beneficios que se otorgaban y que vulneraban la economía nacional. Es por ello que el Decreto Ley 20530 fue expedido para ordenar y restringir este sistema, en el que quedaron comprendidos únicamente los servidores públicos que se

encontraban trabajando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962. Se considera que, a esa fecha, los pensionistas y afiliados activos comprendidos en este régimen no eran más de treinta mil. Sin embargo, éste no se extinguió y, por el contrario, fue creciendo debido tanto a las leyes posteriores que ampliaron el número de personas comprendidas y beneficios otorgados (MEF, Los Sistemas de Pensiones en el Perú, 2004):

- ✓ Se permitió el reingreso al servicio activo y acumulación de tiempo de servicios de los cesantes que habían ingresado a este régimen antes del 11 de julio de 1962. Asimismo, se incorporó a todos los servidores que a esa fecha tenían reclamaciones pendientes de resolución sobre su reincorporación (Ley No. 23329 derogada por el Decreto Legislativo No. 763, 08/11/1991).
- ✓ Se acogieron pensionistas del Ministerio de Aeronáutica que ingresaron bajo el régimen laboral de la actividad privada antes del 11 de julio de 1962, que no fueron acogidos por el Decreto Ley No. 17262 y que, al 1 de mayo de 1973, contaban con veinte o quince años de servicios, según fueran hombres o mujeres (Ley No. 23627, 15/06/1983)
- ✓ Se incorporó a los trabajadores que ingresaron al sector público antes del 27 de febrero de 1967 (Ley No. 24366, 22/11/1985).
- ✓ Se amplió el universo de posibles beneficiarios al personal contratado o nombrado que ingresó al sector público antes del 27 de febrero de 1974 y que continuaba laborando al 23 de junio de 1989 (Art. 27° de la Ley No. 25066, 23/06/1989).

- ✓ Se incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación sujetos al régimen de la actividad privada que habían ingresado a la carrera administrativa antes de 1962 (Ley No. 25146, 20/12/1989).
- ✓ Se incorporó al personal nombrado incluido en la Ley del Profesorado ingresado hasta el 31 de diciembre de 1980 (Ley No. 25212, 20/05/1990).
- ✓ Se incorporó a un grupo de trabajadores de Petroperú, sujetos al régimen laboral de la actividad privada: los que habían sido trabajadores de la Empresa Petrolera Fiscal ingresados antes del 11 de julio de 1962.8 (Ley No. 25219, 31/05/1990).
- ✓ Se aprobó la reincorporación de los trabajadores de empresas del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada que antes habían pertenecido a la carrera administrativa, habiendo pasado de la administración pública a la empresa sin interrupción (Ley No. 25273, 17/07/1990).
- ✓ Se permitió el ingreso de los magistrados que cumplían diez años laborando (Decreto Legislativo No. 767, 4/12/1991). Este beneficio es aplicable a los miembros del Ministerio Público (Decreto Legislativo No. 052).

De igual manera, se ampliaron los beneficios del Decreto Ley 20530:

- ✓ Se modificó la norma que autoriza a sumar cuatro años de estudios a los trabajadores con título universitario o de nivel equivalente, estableciéndose que los años de formación profesional pueden ser simultáneos a los años de servicios. Es decir, no sólo se adquiere el derecho a pensión al cumplir con 15 o 12,5 años de servicios efectivos o se tiene derecho a pensión nivelable al cumplir los 20 años, sino que también los años de estudios se pueden sumar para

efectos del cómputo de años en el sistema, a pesar de ser un tiempo en el que el pensionista no habría aportado al sistema. (Ley No. 24156, 08/06/1985)

- ✓ Se autorizó sumar como años de servicios los desempeñados sin remuneración por regidores y alcaldes hasta antes del 1 de enero de 1984 (Ley No. 24779, 27/12/1987).
- ✓ Se elevó las pensiones de sobrevivientes hasta el 100% del total de la pensión de cesantía (Ley No. 25008, 25/01/1989).
- ✓ Se facultó a los trabajadores sujetos a la carrera administrativa a acumular el tiempo de servicios prestado a empresas públicas, aunque hubieran aportado al régimen del Decreto Ley 19990 (Decreto Legislativo No. 556, Ley de Presupuesto de 1990, Art. 430º, 30/12/1989).

A nivel constitucional, se agregan las siguientes disposiciones:

- ✓ Si bien el régimen original establecía pensiones renovables a partir de los treinta años de servicios, la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 introdujo una nivelación progresiva a partir de los veinte años de servicios, no prevista en el Art. 49º del Decreto Ley No. 20530, el cual fijaba en 30 años el requisito para acceder a una pensión renovable. Esta Disposición Constitucional fue desarrollada por la Ley No. 23495, del 20/11/1982, indicando que: “cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad”; es decir se establece una nivelación automática y permanente hacia futuro.

- ✓ Finalmente, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna de 1993 consagró la Teoría de Derechos Adquiridos en materia pensionaria.
- ✓ Actualmente constituye un sistema cerrado para nuevas inscripciones a través de la reforma constitucional llevada a cabo en el 2004, y de acuerdo con la información disponible en ese entonces atiende a cerca de 23 mil asegurados y 295 mil pensionistas de entidades públicas.

El régimen de la Cédula Viva ofrece las siguientes pensiones: cesantía, invalidez, viudez, orfandad y ascendencia.

#### **3.2.1.2.1. Pensión de cesantía**

No tiene una edad de jubilación determinada. Se exige 15 años de aportes para los hombres y 12,5 años de aportes para las mujeres.

#### **3.2.1.2.2. Pensión de invalidez:**

El afiliado será considerado en estado de invalidez tras resolución emitida por el Instituto Nacional de Administración Pública. Para seguir percibiendo esta pensión, deberá presentarse a un examen médico cada dos años. Por otro lado, no se exige un tiempo mínimo de aportaciones.

#### **3.2.1.2.3. Pensión de viudez:**

La cónyuge de un asegurado fallecido tendrá acceso al derecho a la pensión. En el caso del cónyuge de una asegurada fallecida, solo si no tiene ingresos superiores al monto pensionario o si se encuentra en estado de incapacidad podrá beneficiarse del derecho a la pensión.

#### **3.2.1.2.4. Pensión de orfandad:**

Los hijos del afiliado fallecido que sean menores de edad; los hijos mayores de edad pero con incapacidad física o mental y las hijas solteras que no perciban ningún tipo de ingresos económicos podrán beneficiarse con el derecho a la pensión.

#### **3.2.1.2.5. Pensión de ascendiente:**

Bajo este régimen, padre y madre tendrán derecho a la pensión, siempre y cuando sean dependientes en términos económicos del asegurado y sin percibir ingresos superiores al monto pensionario con el que se beneficiaría. A la vez, no se deben contar con beneficiarios a una pensión de viudez u orfandad.

### **3.2.2. El Sistema Privado de Pensiones**

Cuando nuestro país atravesaba momentos de crisis financiera y fiscal con respecto al funcionamiento del SNP, en 1992 se establece un nuevo sistema previsional, basado en el financiamiento individual de la pensión, acumulando los aportes personales de cada afiliado. Para ello se crea el Sistema Privado de Pensiones (SPP).

El Sistema Privado de Pensiones es un régimen de capitalización individual en el cual los aportes que realiza cada asegurado se acumula en una Cuenta Individual de Capitalización, que es una cuenta propia para cada trabajador, teniendo como fin de que a través de esta misma cuenta se pueda financiar la pensión de cada afiliado. Esto implica que el monto pensionario de una persona irá en relación a los mismos aportes realizados en su ciclo laboral. La aplicación de este nuevo sistema sería necesaria para aliviar la crisis financiera y serviría para estabilizar el SNP.

Es por ello que, como uno de los principales objetivos del SPP, se definió que fuera un sistema previsional sólido, que permitiera a los trabajadores disponer

de pensiones razonables en el momento de su jubilación. (Muñoz, 2000) Con ello, se buscaba asegurar un ingreso estable al jubilarse, que guardara relación con lo percibido durante la vida activa del trabajador. (Morón & Carranza, 2004) En segundo lugar, el nuevo sistema debía contribuir al desarrollo del mercado de capitales e incrementar la eficiencia en la intermediación del ahorro interno. (Muñoz, 2000) Este objetivo permitiría potenciar la inversión al interior del país en proyectos atractivos, tanto por su rentabilidad como por su contribución al desarrollo.

Era considerado como un arma social para recuperar la fiabilidad de los afiliados a nuestro sistema previsional.

El SPP es regulado por las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP que son empresas constituidas por capitales privados que tienen única función la de administrar los fondos que las personas aporten de manera periódica en sus respectivas cuentas individuales.

Cabe señalar que el afiliado al SPP puede cambiar de AFP tal como lo considere necesario, por lo que así se genera mayor competencia entre las AFP y se garantiza mayor seguridad en el manejo de los fondos individuales de los asegurados.

La principal diferencia con el SNP radica en que éste último es un sistema de reparto y el monto pensionario no está sujeto a los aportes realizados, mientras que en el SPP los aportes serán derivados a una Cuenta Individual de Capitalización que acumulará un monto total para financiar la pensión del afiliado.

Por otro lado, las prestaciones que otorga el SPP, así como el SNP, se encargan de asegurar la subsistencia en la vejez, mediante de pensiones de jubilación; la invalidez, con pensiones de invalidez; y la muerte, a través pensiones de sobrevivencia y pagos por gastos de sepelio.

### **3.2.2.1. Pensión de jubilación**

#### **a. Régimen General:**

En este régimen la edad de jubilación es de 65 años de edad, la pensión será financiada con el monto acumulado en la CIC sin importar la cantidad de tiempo en la que se realizaron las aportaciones. La tasa de aporte es del 8% de la remuneración del afiliado. Esta jubilación se puede practicar según tres modalidades: Retiro programado, Renta Vitalicia Familiar y Renta Temporal con Vitalicia diferida; al igual que las otras asignaciones pensionarias.

#### **b. Régimen de Jubilación Anticipada Ordinaria:**

Según este tipo de jubilación, la edad del afiliado debe ser menor de 65 años. El monto pensionario también será financiado según el valor de la CIC, debiendo contar con la suma adecuada para que la pensión a otorgar sea superior al 50% del promedio de la remuneración asegurable de los últimos 10 años. La tasa de aporte es del 8% de la remuneración del afiliado. Este tipo de jubilación está destinada para los asegurados que no pueden esperar a cumplir la edad legal según el régimen general pero de igual manera cuentan con un saldo acumulado en la CIC que permitirá financiar las pensiones a otorgar. El 50 % del promedio de la remuneración asegurable en los últimos 10 años es la suma equivalente al monto pensionario mínimo y no se tiene un monto máximo de pensión como límite.

#### **c. Pensión Mínima**

Este beneficio de la pensión mínima determina que la edad de 65 años es la edad mínima de jubilación y además se establece como requisito haber nacido antes del 31 de Diciembre de 1945. Asimismo, se considera necesario haber realizado aportes durante 20 años entre el Sistema Nacional de Pensiones y/o el Sistema Privado de Pensiones.

#### **d. Regímenes Especiales de Jubilación Anticipada:**

En consideración a los trabajadores que desempeñan labores que ponen en riesgo su integridad física se crean regímenes especiales de jubilación anticipada, en virtud que el proceso de envejecimiento de estos asegurados es más prematuro debido a las actividades físicas que desarrollan.

Los regímenes de jubilación anticipada regulados son los siguientes:

- El régimen extraordinario: Mediante el cual el Estado reconoce al trabajador un beneficio excepcional en razón a los aportes efectuados durante su estadía en el SNP desempeñando labores pesadas, a través de un Bono de Reconocimiento Complementario (BRC).
- El Régimen Genérico: Es un régimen general mediante el cual se puede adelantar la edad de jubilación siempre y cuando se efectúen aportaciones complementarias.
- Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados (REJA)-. Se trataba de un régimen temporal que tuvo vigencia hasta el 1 de Diciembre de 2005 que se caracteriza por contar con requisitos más flexibles para los asegurados al SPP que no tenían una estabilidad laboral.
- Jubilación Adelantada del Decreto Ley N° 19990.- Este tipo de jubilación se destina para los afiliados que cuando se disponen a incorporarse al SPP tenían cumplidos los requisitos para obtener una jubilación adelantada según el SNP, por lo que se busca evitar una desestabilidad en éstos asegurados. En ese sentido se crea el Bono Complementario de Jubilación Adelantada (BCJA), el mismo que busca que afiliado obtenga una pensión que no sea menor a la que se le hubiese otorgado bajo el amparo del SNP.

#### **3.2.2.2. Pensión de invalidez**

Según el SPP, se otorgara una pensión de invalidez cuando el asegurado demuestre una pérdida mayor o igual al 50% de su capacidad laboral. Según el grado, la pérdida puede considerarse como parcial o total y según su naturaleza, como temporal o permanente.

Para calificar el estado de invalidez, previamente el afiliado se debe haber sometido a evaluaciones ante el Comité Médico de las AFP (COMAFP) o el Comité Médico de la SBS (COMEC). Asimismo, el asegurado no debe haber alcanzado la edad legal para jubilarse, siendo necesaria emitir a la AFP una Solicitud de Evaluación y Calificación de Invalidez.

El monto pensionario a otorgar varía según el tipo de invalidez: Si se trata de invalidez total –pérdida de capacidad laboral superior al 66%- se otorgará el 70% del promedio de las últimas 48 remuneraciones; si se trata de invalidez parcial –pérdida de capacidad laboral superior al 50% e inferior al 66%- se otorgará el 50% del promedio de las últimas 48 remuneraciones.

En cuanto al financiamiento, se debe tener en cuenta la cobertura del seguro. Ello implica el pago de una pensión de manera vitalicia, en cambio, de no contar con la cobertura del seguro, la pensión sólo será financiada con el monto acumulado en la CIC.

### **3.2.2.3. Pensión de sobrevivencia**

Este tipo de pensiones se otorgan como consecuencia del fallecimiento del asegurado y son entregadas a sus respectivos beneficiarios. Éstos serán la cónyuge o concubina, los hijos menores de 18 años, o mayores de 18 años pero en estado de invalidez y los padres mayores de 65 años siempre y cuando se acredite la dependencia económica de éstos para con el asegurado. El monto pensionario a otorgar se determina en función de los siguientes parámetros sobre la remuneración asegurable:

- 42% para el cónyuge o concubino sin hijos.
- 35% para el cónyuge o concubino con hijos.
- 14% para los hijos menores de 18 años, o mayores de 18 incapacitados en estado de invalidez.
- 14% para el padre y la madre en manera conjunta.

Por último, tal como se había adelantado, dentro del SPP se consideran 3 modalidades según las cuales se otorgan las asignaciones pensionarias: Retiro Programado, Renta Vitalicia Familiar y Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida. Éstas podrán ser adoptadas según la elección del afiliado y su conveniencia:

- Se denomina Retiro Programado (RP) a la modalidad en virtud de la cual el afiliado realiza el retiro mensual de una determinada cantidad sobre el valor acumulado en su CIC, hasta que ésta se quede sin fondos. La AFP le otorga la pensión al asegurado hasta que se agoten los recursos para el financiamiento de la misma. Si el monto acumulado es reducido, entonces la asignación pensionaria se otorgará durante un corto período de tiempo, en cambio, si se cuenta con un amplio monto acumulado, mientras que si es significativo, la asignación pensionaria se otorgará durante un largo período de tiempo.

- La Renta Vitalicia familiar (RVF) es la modalidad mediante la cual el afiliado se suscribe de manera directa a una empresa de seguro para que se haga efectivo el otorgamiento de una pensión mensual hasta el momento del fallecimiento del asegurado y, posteriormente, se otorgue las pensiones de sobrevivencia en favor de los beneficiarios.

- La Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida (RTVD), es una combinación de los dos tipos de rentas anteriores. Bajo esta modalidad el asegurado retiene en su CIC los recursos necesarios para obtener de la AFP una Renta Temporal (o Retiro Programado) y asimismo, se suscribe de acuerdo a una

RVF, y así poder recibir rentas mensuales a partir de un determinado momento. La Renta Vitalicia a la que se suscribe no debe ser menor al 50% del primer pago mensual de la Renta Temporal ni exceder al 100% del mismo.

# **CAPÍTULO 4:**

# **“LA LEY N° 28389”**

## 4. Ley N° 28389

### 4.1. Reforma Constitucional

La propuesta de reforma aprobada está compuesta por la modificación de tres artículos de la Constitución Política del Estado; de cuya lectura, en relación al régimen de la 20530, se ha identificado cinco puntos: centralizar la administración de los regímenes pensionarios, establecer constitucionalmente la teoría de los hechos cumplidos en la aplicación de normas en el tiempo, cerrar el régimen del Decreto Ley 20530, eliminar la nivelación de las pensiones y depurar las pensiones obtenidas ilegalmente.

#### 4.1.1. Centralizar la administración de los regímenes pensionarios:

Una vez creada la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para que pueda manejar el régimen pensionario del Decreto Ley 19990; se le confiere a esta institución facultades exclusivas para el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios del Decreto Ley 20530 y se crea el denominado “Registro 20530”, en el cual se inscribe a todos los trabajadores activos y asegurados del régimen de la Cédula Viva. De este modo, los distintos organismos estatales delegan a la ONP todos los casos que comprenden la afiliación y calificación de derechos de los asegurados del Decreto Ley 20530, con el fin de volver a analizarlos y ejercer una función de filtro en relación a los beneficiarios de este régimen.

Posteriormente, a través de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional se declara la inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 817, generando distintas consecuencias. (Proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 817, 1997) Uno de estos efectos sería la devolución de todos los expedientes concernientes al otorgamiento de los derechos pensionarios que fueron derivados a la ONP

hacia sus centros de origen. En consecuencia, se generan grandes deficiencias en el accionar del Estado, dejando los trámites de calificación y nulidad de derechos pensionarios realizados por la ONP sin efecto.

Considerando este contexto, se podría decir que la centralización de la administración del régimen del Decreto Ley 20530 hacia la ONP no fue muy auspiciosa, debido a que este órgano estatal se derivó en un organismo sin un buen control sobre la regulación de este régimen, generando un mayor gasto presupuestal del Estado sin tener una mejor eficacia en cuanto a la administración del régimen de la Cédula Viva.

Además, no tenía mayor sustento el centralizar la administración de los regímenes previsionales hacia la ONP para que ésta evite las incorporaciones ilegales a nuestro sistema previsional, debido a que, tomando como ejemplo el Decreto Ley 20530, éste, en teoría, se encontraba cerrado por distintas normas legales que prohibieron nuevas incorporaciones al este régimen.

#### **4.1.2. Cerrar el Régimen del Decreto Ley 20530**

Tal como se ha descrito en la presente investigación, fueron numerosos los intentos de cerrar el Decreto Ley 20530. Cabe destacar que desde la dación del Decreto Supremo del 11 de julio de 1962, se buscó cerrar el régimen de cesantía amparado por la Ley de Goces de 1850, cuyo antecedente fue la Real Cédula del 8 de noviembre de 1803.

Pero la intención de beneficiar solo a un grupo reducido de funcionarios públicos por parte del régimen no fue suficiente razón para que el Poder Legislativo promulgue distintas leyes que ampliaban la población sobre la cual surtiría efectos y se consideraban distintos sectores bajo el amparo del Decreto Ley 20530.

Teniendo en cuenta la creciente crisis económica que agobiaba nuestro país, la necesidad de cerrar el régimen de la Cédula Viva de manera constitucional se hacía necesaria, debido a los distintos intentos a nivel legislativo fueron fácilmente burlados.

Adicionalmente, el primer párrafo de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, detallaba mediante los numerales 1 y 2 otro tipo de situaciones.

El numeral 1, determina la prohibición de dar entrada al régimen de la Cédula Viva mediante una norma con rango de Ley, en concordancia con el primer párrafo del Artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, el numeral 2, ampara el supuesto normativo en el que aquellos trabajadores activos afiliados al régimen del Decreto Ley 20530, aún no han cumplido con los requisitos previstos para obtener la pensión correspondiente. De esta manera, se puede inferir que la aplicación de la teoría de los Derechos Adquiridos muestra algunos rezagos al respecto, debido a que se respetan los derechos expectaticios al amparo de la norma con la cual se produce el supuesto de hecho.

De igual manera, con directa vinculación con la modificación sobre el artículo 103 de la Constitución, sobre la determinación de la teoría de los Hechos Cumplidos; el segundo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la reforma constitucional indica que la inaplicación de la teoría de los derechos adquiridos dentro del derecho previsional tiene gran asidero basándose en el interés social.

#### **4.1.3 Eliminar la nivelación de las pensiones**

Con la Ley N° 12506, surge la nivelación de las pensiones, la misma que consideraba que las pensiones de los asegurados de 60 a más años de edad y con 40 o más años de servicios, serían modificadas otorgándoles la

remuneración actual que corresponda a los mismos puestos de trabajo en los que se desempeñaron.

Posteriormente, se fueron emitiendo gran cantidad de dispositivos legales que iban ampliando el ámbito de aplicación del beneficio de la nivelación de pensiones. De igual manera, el desbalance financiero en nuestro país iba en aumento.

Eliminar el beneficio de nivelación de la pensión a nivel constitucional encontraba sustento en el interés público de nuestra colectividad. De esta manera, se orientaba a llevar a cabo la reforma salarial del empleado público, considerando actualizar la política salarial dentro del Estado, la misma que nunca pudo concretarse con el pasar de los años. De igual manera, se busca evitar que los aumentos en las remuneraciones generados por la reforma salarial que promueva el Estado, altere el orden financiero de nuestro sistema previsional ante el aumento de las pensiones de los beneficiarias del Decreto Ley 20530. Y así también, con respecto a la aplicación constitucional de la teoría de los hechos cumplidos, se busca implementar la reducción de las pensiones, en mérito al principio de interés social.

En relación al tema de la reducción de las pensiones, es necesario precisar algunas ideas:

- Si bien es cierto que en nuestro sistema legal no es tan clara la concepción del principio de la condición más beneficiosa, tampoco se puede negar que ésta, desde el punto de vista del iusnaturalismo, debe ser intrínseca para la sucesión normativa en materia de seguridad social que tiene como axioma el principio protector. (Neves Mujica, 2003)
- Teniendo en cuenta que el derecho a la pensión es producto de un seguro previsional, regulado por el Estado o administrado por una AFP,

con la finalidad de proteger la subsistencia en la etapa de la vejez, éste puede ser considerado, bajo una modalidad contractual, como un contrato de seguro y de esta manera podría quedar fuera del alcance de alguna modificación legal.

#### **4.1.4. Depurar las pensiones obtenidas ilegalmente**

A través de esta reforma constitucional, se busca otorgar la capacidad al Estado para que éste pueda declarar la nulidad de todos los derechos pensionarios adquiridos sin arreglo a la ley o se inicien las acciones judiciales respectivas para obtener la declaración de nulidad del acto administrativo.

Bajo esta norma implementada en la reforma constitucional en mención, sólo se impide la opción de iniciar las acciones judiciales correspondientes en aquellas situaciones en las que la justicia ordinaria no se haya pronunciado sobre el fondo del asunto con calidad de cosa juzgada o que el tiempo para interponer tal acción judicial haya prescrito. Esta situación se reviste de gran importancia, debido a que desde la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, son escasos los procesos que alcanzaron un pronunciamiento sobre el fondo; teniendo en cuenta que con la Resolución Suprema N° 129-2002-JUS se facultó a la ONP a desistirse de los procesos judiciales sobre nulidad de actos de incorporación, reincorporación, reconocimiento y otros iniciados al amparo de la Ley 26835 y posteriormente con la Resolución Suprema N° 153-2002-JUS se determina que dicha facultad alcanzaba a los Ministerios, Organismos Públicos Descentralizados, Instituciones Autónomas, Gobiernos Locales, Empresas Públicas y demás entidades del Estado.

#### **4.1.5. Establecer constitucionalmente la teoría de los Hechos Cumplidos en la aplicación de normas en el tiempo:**

Al respecto, la reforma del artículo 103° de la Constitución Política del Estado busca adoptar lo normado por el artículo III del Título Preliminar del vigente Código Civil, que a juicio del Tribunal Constitucional, recoge la teoría de los hechos cumplidos; concluyendo éste último y distintos juristas nacionales, que es ese el sistema imperante en nuestro ordenamiento legal. (Rubio Correa, 2001)

Antes de analizar los alcances de la reforma, resulta necesario conocer y analizar las teorías que la doctrina ha determinado en cuanto a la aplicación de las normas en el tiempo: la teoría de los Derechos Adquiridos y la teoría de los Hechos Cumplidos.

Para distinguir la problemática envuelta dentro de la aplicación de las normas en el tiempo, se necesita interactuar con los conceptos de retroactividad, irretroactividad y ultractividad, situándolos según su connotación de aplicación temporal: aplicación inmediata, retroactiva y ultractiva. (Rubio Correa, 2001). Siguiendo este orden de ideas, se puede definir a los derechos adquiridos como aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos. (Areco, 1948) En cuanto a los hechos cumplidos, se considera que éstos durante la vigencia de la antigua norma se rigen por ésta, y los cumplidos después de su vigencia por la nueva norma.

De igual manera, es menester precisar el escenario en el que toma figura cada una de las teorías, a partir de los conceptos de retroactividad e irretroactividad. Por lo tanto, según la teoría de los derechos adquiridos, si

las relaciones existentes al momento en que se produce el cambio normativo se rigen por la nueva norma, habrá retroactividad de ésta y si se rige por la antigua, se hablará de irretroactividad. Mientras que según la teoría de los hechos cumplidos, si la nueva norma rige sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes habrá irretroactividad de ésta y si rige sobre los hechos en realidad cumplidos, se hablará de retroactividad. (Neves Mujica, 2003)

Estas teorías han sido desarrolladas de igual manera por la doctrina especializada, guardando siempre relación con los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad, así como con los hechos, situaciones y relaciones jurídicas.

Para llevar a cabo un análisis adecuado sobre la irretroactividad de la norma, en cuyo espacio transitan las teorías en cuestión, es necesario identificar si los hechos, situaciones y relaciones jurídicas se configuran mediante un solo momento o si su configuración se puede dar de manera progresiva, con el fin de justificar la aplicación retroactiva o ultractiva de la nueva norma. En tal razón, se debe entender que el hecho jurídico es un acontecimiento fáctico que produce efectos para el derecho, el mismo que puede ser involuntarios (hecho jurídicos) y voluntario (actos jurídico). En cuanto a la situación jurídica, se denomina como tal a las atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que concibe una persona al ostentar un determinado status frente a las normas jurídicas. Y se considera relación jurídica a las distintas vinculaciones jurídicas existentes entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. (Rubio Correa, 2001)

El hecho jurídico tiene un único momento en el que se configura, por lo que cuando se realiza un hecho voluntario, el supuesto fáctico que da origen a un derecho, éste se desarrolla y se procede a aplicar la norma vigente.

Mientras no se cumpla el supuesto fáctico de la norma, estos derechos serán solo expectaticios. (Areco, 1948).

No obstante, se debe diferenciar entre las relaciones y las situaciones jurídicas. Las relaciones jurídicas están determinadas por un acto mediante el cual se configuran, pero luego serán determinadas por nuevos supuestos de hecho. Estos nuevos supuestos fácticos son considerados como las consecuencias de las situaciones jurídicas.

En tal orden de ideas, las relaciones jurídicas pueden tener dos fuentes: convencionales y normativas.

Tratándose de las fuentes convencionales, el artículo 62º de nuestra Ley de Leyes, le concede preponderancia a la autonomía de la voluntad frente a una nueva norma, sin tratarse de un tema de ultractividad de la norma. En el caso de las fuentes normativas, se aplica dentro de la relación jurídica el momento específico en el que se configura el supuesto fáctico que da pie a su cumplimiento para la aplicación inmediata de la norma vigente.

Con respecto a las situaciones jurídicas, también se debe diferenciar un momento específico, en el cual se empieza a ostentar un status frente a la norma jurídica y a partir del cual se generan un haz de atribuciones, aplicándose la norma vigente a la fecha en la que se adopta el mencionado status. Sin embargo, estas atribuciones son solo facultades expectaticias cuyo origen se determina con la situación jurídica y que pueden ser modificadas sin necesidad de estar hablando sobre retroactividad de la nueva norma, debido a que mientras no fueron ejercidas, éstas no se regirán por la norma que las regulaba en el sentido de aplicación inmediata de la misma.

Bajo esta misma línea de idea, se debe señalar que aquellas atribuciones ejercidas con arreglo a ley, como consecuencia de su aplicación inmediata, deben ser protegidas en su contenido, efecto y consecuencias, de acuerdo al principio de seguridad jurídica.

Las ideas esbozadas parten de la premisa de que en relación y situación jurídica, tanto como en sus respectivas consecuencias, existe siempre un momento estático, en el que se cumple el supuesto fáctico regulado en la fuente normativa y en cuyo momento se aplica la ley vigente. Asimismo, la configuración progresiva tiene lugar con supuestos de hecho diferentes, siempre tratando de aplicar la norma inmediatamente.

Por último, habiéndose tratado los conceptos inmersos dentro de la aplicación de la norma en el tiempo, se puede afirmar que la reforma constitucional que es materia de estudio, tiene como finalidad la de determinar a nivel constitucional los límites en cuanto a la retroactividad, irretroactividad y ultractividad, considerando la aplicación inmediata de las normas, teniendo su única excepción en la tratativa del ámbito penal.

En suma, el objeto de esta reforma es que la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, con respecto Disposición Final y Transitoria de la Constitución, referida a la consideración constitucional de los derechos adquiridos como excepción de la teoría de los hechos cumplidos, sea proscrita dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

#### **4.1.5.1 Teoría de los derechos adquiridos vs. Teoría de los hechos cumplidos**

Según la teoría de los derechos adquiridos, habrá irretroactividad cuando se siga aplicando la norma anterior a los derechos que fueron adquiridos respecto de las relaciones existentes al momento del cambio de norma. Mientras que habrá retroactividad cuando los mencionados derechos se

regulan de manera inmediata por la nueva norma, desde su entrada en vigencia. Por ejemplo, si la norma anterior otorgaba una pensión de 1000 soles y la nueva norma incrementa dicho monto a 2000, el beneficiario seguiría recibiendo 1000 soles; pero si el caso fuera contrario y se reduce el monto de 2000 soles a 1000 soles, el monto que debería recibir el beneficiario no sería de 1000 sino de 2000. Una forma que permita beneficiar al pensionario en el primer supuesto, sería que la nueva norma se pueda aplicar de manera retroactiva, por lo que el monto pensionario se podría incrementar de 1000 soles a 2000 soles. Pero, actualmente, tal situación no tendría cabida según nuestro esquema constitucional sobre la materia.

Por otro lado, la teoría de los hechos cumplidos considera que habrá irretróactividad cuando la nueva norma rige de manera inmediata sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, desde el momento en que aquella entre en vigencia. Mientras que habrá retróactividad cuando los hechos ya cumplidos son regulados en función de la nueva norma. Siguiendo el ejemplo anterior, si se incrementa el monto pensionario de 1000 soles a 2000 soles, el beneficiario recibiría el nuevo monto mayor; pero si el caso fuera contrario y se reduce el monto de 2000 soles a 1000 soles, la pensión también se rebajaría inmediatamente. Sólo en el primer supuesto la nueva norma podría considerarse retróactiva, debido a su grado de benignidad, pero ello no podría ser posible según nuestro actual ordenamiento constitucional. Cabe señalar que si nuestro ordenamiento, considerando los derechos humanos a cabalidad, siguiera una tendencia progresiva, la teoría de los hechos cumplidos podría ser más provechosa que la de los derechos adquiridos, en aras de buscar el beneficio de los pensionistas y proteger su derecho a la pensión; debiendo tenerse en cuenta que, según la primera situación, se facilitaría a los beneficiarios la adaptación a la sucesión de mejora, mientras que en la segunda situación se permitiría a conservar el beneficio menor.

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

La clave para fundamentar cada teoría se encuentra en el momento que en el que se adquiere un derecho y cuando se configura un hecho. Sobre el momento en el que se adquiere un derecho, existen tres vertientes doctrinarias: según la primera, es suficiente que la relación jurídica se haya establecido durante la vigencia de la norma anterior; según la segunda, se hace imprescindible que se configure el supuesto fáctico previsto por esa norma; y según la tercera, es necesario que se empiece a gozar del beneficio antes de su derogación. Considero que la segunda postura es la más adecuada. En cuanto al momento de configuración del supuesto de hecho, se deben distinguir los sucesos que se cumplen una sola vez, como lo es el cumplimiento de la edad necesaria para acceder a una pensión, de los hechos que se generan de manera periódica, tal como lo es la percepción de una pensión.

La Constitución de 1979 no se inclinó por alguna de las teorías que son materia de estudio. El Código Civil fue quien asumió tal rol, debido a que en su artículo III del Título Preliminar, se adopta la teoría de los hechos cumplidos al determinar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Pero al tratarse de una ley, otros dispositivos legales con el mismo rango podían adoptar la teoría de los derechos adquiridos, tal como sucedió durante las últimas décadas, sobre todo en lo que relacionado al ámbito previsional. (Neves Mujica, 2008)

Con la actual Carta Magna parece suceder lo mismo. Pero, debido a que se consideran figuras mixtas que combinan la teoría de los Hechos Cumplidos con la teoría de los Derecho Adquiridos dentro del campo pensionario, en su Primera Disposición Final y Transitoria, se puede afirmar que adopta para el resto de nuestro ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Considero que la mencionada disposición concibe una figura mixta, debido a que no queda claro, en caso de darse un cambio normativo que implementa una sucesión de mejora, si la nueva norma debería regir de manera inmediata; o si tal cambio normativo provoca una sucesión de reducción de beneficios, si debería seguir imperando la norma anterior. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto.

# **CAPÍTULO 5: “PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA”**

## 5. Principio de retroactividad benigna

La retroactividad de la norma jurídica se presenta cuando puesta en vigencia produce efectos sobre situaciones anteriores a tal fecha, y cuando, como consecuencia de un cambio en el criterio de su interpretación, surte efectos distintos, desde su vigencia, a los que tenía inicialmente.

En relación al primer caso, la regla es la irretroactividad, a excepción que la nueva norma sea más favorable para el sujeto de derecho. En el segundo caso, la regla es la retroactividad del cambio de sentido en la interpretación de la norma.

### 5.1. Noción

Frecuentemente se observa que en la práctica jurídica hay un manejo inadecuado de ese concepto de la retroactividad. Es por ello que se hace necesario esbozar ideas a partir de las que puedan observarse situaciones en las cuales surge la figura de la retroactividad.

#### 5.1.2. ¿Cuándo existe retroactividad?

La norma tendrá efecto retroactivo si desde un momento anterior a su vigencia estableciera, suprimiera o modificara la conexión entre un hecho y su respectiva consecuencia jurídica. Se pueden detallar tres situaciones de retroactividad de la norma:

- Cuando un hecho no previsto como supuesto normativo, adquiere tal denominación luego de su realización, debido a una norma posterior y desde un momento anterior a su vigencia.
- Cuando un hecho contemplado como supuesto normativo, deja de ser denominado como tal luego de su acaecimiento, debido a una norma posterior y desde un momento anterior a su vigencia.

- Cuando la consecuencia jurídica de un hecho realizado durante la vigencia de una norma es modificada por otra posterior y desde un momento anterior a su vigencia.

### **5.1.2. ¿Cuándo no existe retroactividad?**

Fuera del caso en el que la realización del supuesto normativo con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, se pueden observar otras situaciones en las que tampoco existe retroactividad.

- No habrá retroactividad cuando una situación cumplida solo es tomada en cuenta para enunciar la norma que entrará en vigencia posteriormente.
- No habrá retroactividad si el supuesto normativo no se hubiera llevado a cabo en su totalidad al momento de darse la modificación de dicha norma.
- No habrá retroactividad cuando se modifica, con la entrada en vigor de la nueva norma, la consecuencia jurídica de un hecho llevado a cabo con anterioridad.

## **5.2. Constitución Política de 1979**

El artículo 187, segundo párrafo, de la Constitución de 1979, dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente”.

### **5.2.1. Antecedente**

La Constitución de 1933 también sancionaba la irretroactividad de la ley, sin contemplar excepción alguna. Su artículo 25 expresaba que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos”.

### **5.2.2. Alcances**

El artículo 187 de la Constitución vigente prohíbe dictar leyes, o aplicarlas, con efectos retroactivos. Esta prohibición hace referencia tanto a leyes de orden público o de carácter privado.

Esta norma constitucional también rige para los decretos legislativos que dicte el Poder Ejecutivo, a través de la delegación de facultades legislativas por el Congreso, con arreglo al primer párrafo del artículo 188 de la Constitución.

Si bien este artículo de nuestra Constitución sólo hace mención a la ley, se debe entender que resulta aplicable a las normas de menor jerarquía, como los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y las resoluciones municipales.

### **5.2.3. Retroactividad benigna en Derecho previsional**

La consagración expresa de la retroactividad benigna en materia laboral, dentro de la cual se encuentra el ámbito previsional, es el aspecto novedoso del artículo 187 de la Constitución de 1979, antes transcrito. También ha de ser el aspecto que más debate suscite en cuanto a sus alcances.

El texto constitucional no hace distinción entre las normas previsionales según su contenido para determinar su retroactividad cuando son más benignas al pensionistas. De modo que toda norma previsional, cualquiera sea el tipo de la relación jurídico previsional por ella regulada, es susceptible de tener efectos retroactivos si resulta benigna al pensionista.

La benignidad de la norma puede apreciarse in abstracto, por su comparación con la norma anterior; o in concreto, en función de lo que resulta de su aplicación al caso particular.

Hay situaciones en las que la apreciación de la benignidad de la norma sólo puede realizarse in concreto, debido a que la mayor o menor benignidad del nuevo régimen sólo podrá ser apreciada en función de cada pensionista en particular. En este tipo de situaciones en que la benignidad de la nueva norma sólo puede apreciarse in concreto, podría disponerse que corresponde al pensionista elegir la aplicación del antiguo o nuevo régimen.

# **CAPÍTULO 6: “CRITERIO JURISPRUDENCIAL”**

## 6. Criterio jurisprudencial

### 6.1. 1417-2005-AA/TC

El 8 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho a la seguridad social y, básicamente, al derecho a la pensión, a raíz del recurso de agravio constitucional interpuesto por Manuel Anicama Hernández contra sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara improcedente la demanda de amparo sobre solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Se define a la seguridad social como un sistema de prestaciones que busca prevenir riesgos y redistribuir recursos para mejorar la calidad de vida dentro de una comunidad, dentro del cual el principio de solidaridad tiene una gran incidencia. De esta manera, el Estado tiene la obligación de otorgar las prestaciones adecuadas a sus ciudadanos en base a requisitos determinados legislativamente.

El derecho a la pensión, regulado en el artículo 11° de nuestra Constitución Política, tiene la naturaleza de derecho social con contenido económico, que está orientado a la protección de la dignidad de la persona y se le denomina un derecho de configuración legal debido a que la ley será la principal fuente normativa para delimitar el contenido protegido por este derecho fundamental.

Asimismo, el Tribunal Constitucional delimita el contenido esencial del derecho a la pensión en tres componentes: el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión y el derecho a una pensión mínima vital. Estos componentes forman parte de lo que se conoce como núcleo derecho del derecho a la pensión, por lo que el legislador no podrá limitar su contenido.

No obstante, también se reconoce dentro del contenido esencial al derecho a la pensión otros componentes: no esenciales, como reajustes y topes; y adicionales,

como pensiones de sobrevivientes. Estos elementos sí pueden ser regulados por el legislador para su configuración legal.

En ese sentido, dentro del contenido esencial a la pensión se puede considerar al quantum pensionario, que guarda relación con la norma a aplicar para la configuración del derecho a la pensión; así como las pensiones de sobrevivientes, sobre los cuales se deben respetar los derechos expectaticios en consideración con el derecho pensionario primigenio.

## **6.2. 005-2002-AI/TC**

El 10 de marzo del 2003, el Tribunal Constitucional emite una sentencia estableciendo la figura de derechos expectaticios en temas pensionarios, en virtud a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil ciudadanos contra la Ley N.º 27617, que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.º 19990 y modifica el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Nuestro Tribunal Constitucional, en su fundamento 17, considera como derecho expectaticio a aquel que exige el cumplimiento de un hecho a futuro para obtener un derecho de naturaleza previsional. En línea con lo anterior, en el caso de pensiones de sobrevivientes, se determina que éstas son prestaciones derivadas de una pensión original otorgada al titular del derecho adquirido; por lo que no se puede pretender la modificación y, consecuentemente, reducción de beneficios en pensiones de sobrevivientes al estar estos contemplados según la dación del derecho pensionario primigenio.

En ese sentido, esta sentencia determina que las condiciones de las pensiones de sobrevivencia se rigen por la pensión adquirida por el titular, por tanto las prestaciones de sobrevivencia modificadas solo se podrán aplicar sobre los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria aún no hubieran adquirido su derecho a la pensión.

Esta figura guarda relación con la presente investigación, dado que una norma modificatoria sobre las prestaciones de pensiones de sobrevivientes, no podrá ser aplicada sobre quienes tienen un derecho expectatio ligado a un derecho originario de naturaleza previsional, a menos que pueda implicar una situación de mejoría en atención al Principio de Retroactividad Benigna, siempre y cuando el derecho primigenio se haya concretado bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979.

### **6.3. 050-2004-AI/TC**

El 3 de junio de 2005 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia mediante la cual declaró la constitucionalidad de la reforma planteada a través de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449, en mérito al proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos. Esta última fue promulgada el 10 de Diciembre del 2004 y establece nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530 de acuerdo a la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú implementada por la Ley N° 28389 anteriormente.

Sobre lo concerniente a la presente investigación, el demandante alega que la Ley N° 28389 es inconstitucional debido a que con la modificación del artículo 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria, se determina que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, lo que en materia pensionaria significa que se está despojando a los pensionistas de sus derechos ya adquiridos. Se señala que la modificación debería orientarse a quienes aún no han adquirido el derecho, en adelante, y no en forma retroactiva en términos objetivos.

El mencionado pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, hace referencia, en su punto 127, al caso de trabajadores que antes de la reforma

habían cumplido requisitos para obtener una pensión dentro del régimen del Decreto Ley 20530. En este apartado se menciona que cuando una persona cumple con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de un determinado régimen pensionario, y su incorporación a dicho régimen queda consumada, resultaría manifiestamente inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución, y la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que en dicho supuesto, una ley futura pretenda imponerle su desincorporación. Por ello se cita el artículo 2 de la Ley N° 28449, el mismo que estipula lo siguiente:

“(...) se consideran incorporados en el régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N.º 20530”.

En tal sentido, para determinar quiénes deben recibir una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530, se toman en cuenta las normas vigentes al momento de la

obtención del derecho, y no aquellas normas que hubiesen entrado en vigencia con posterioridad.

De igual manera, esta sentencia, en su punto 129, trata sobre la aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias del Decreto Ley 20530. Al respecto se considera que no se puede impedir que una nueva ley no pueda reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas a algunos pensionistas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, debido a que ello implicaría, de un lado, negar la capacidad de la fuente legal (hoy constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución) de regular hechos, no sólo que aún no terminan de consumarse, sino que, en estricto, aún no se inician; y de otro, reconocer la calidad de derecho adquirido a un monto específico de las pensiones o una pensión nivelable, lo que carece actualmente de sustento constitucional. (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 2005)

Sobre lo expuesto se debe señalar que no se toma en cuenta la regulación de los derechos expectaticios adquiridos antes de la reforma en cuestión. Los derechos expectaticios son considerados como la posibilidad de acceder a un derecho al ocurrir un suceso que se prevé o al hacerse efectiva determinada eventualidad. (Cabanellas, 2008). Es decir, aquellos derechos latentes que entran a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, que serán perfeccionados con la configuración de un hecho que está previsto en una norma. En relación a la presente investigación, no se hace referencia a los trabajadores que han sido incorporados al Decreto Ley 20530 pero aún no cumplen con todos los requisitos establecidos para tener acceso a un derecho pensionario; tratamos sobre personas que tienen reconocido su derecho a la pensión, el mismo que posteriormente puede extenderse en virtud a la realización de un hecho previsto en el Decreto Ley 20530; tal como es el caso de las pensiones de sobrevivencia.

En consideración al punto 127 expuesto en la sentencia en análisis, los alcances del derecho a otorgar se deben regir según la norma vigente a la obtención del

referido derecho obtenido. Tal situación se podría aplicar, de manera conexa, al derecho que se otorga haciendo efectivo un derecho expectatio, gracias a la realización de un hecho previsto en la norma previsional.

Sin embargo, la incorrecta aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, permite que este tipo de derechos adquiridos con anterioridad a la reforma constitucional, sean recortados en mérito a la dación de una regla pensionaria establecida en la Ley N° 28449. Es decir, estos derechos expectatios no son reconocidos según la norma vigente al momento de su obtención, sino en cuanto a los alcances de la nueva reforma constitucional y las nuevas modificatorias del Decreto Ley 20530.

#### **6.4. 08389-2006-PA/TC**

El 7 de Noviembre del 2007, el Tribunal Constitucional emite una sentencia delimitando el tema de la aplicación de las normas en el tiempo sobre las pensiones de sobrevivencia dentro de nuestro marco previsional, en mérito al proceso de amparo interpuesto por Rosa Angélica Zúñiga de Estrella contra resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la cual se declara improcedente la demanda sobre otorgamiento de pensión de viudez.

Nuestro Tribunal Constitucional, en el punto 3 de la sentencia en análisis, determina que el derecho a la pensión de sobrevivencia es uno de naturaleza latente, existente desde que el titular del derecho a la pensión principal cumple con los requisitos para acceder a ella. Sin embargo su goce está supeditado a una condición, el fallecimiento del causante. Debe precisarse, a su vez, que la legislación aplicable no será la vigente al cumplimiento de dicha condición. Ello en virtud de que las pensiones de sobrevivencia están ligadas a la pensión adquirida por su titular, por lo que tendrán que aplicarse las normas vigentes al momento en que el titular accedió al derecho a la pensión. Precisamente por tal argumento es que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 6.1. de la Ley N° 27617, el mismo que establecía que las pensiones de sobrevivencia por

otorgarse en el Régimen del Decreto Ley N.° 20530, correspondientes a trabajadores y pensionistas, se regirán por las disposiciones vigentes a la fecha de su fallecimiento. (Caso Rosa Zuñiga de Estrella, 2007)

Bajo esta premisa, se debe entender que los derechos expectaticios perfeccionados en una pensión de sobrevivencia, se deberán regir según la norma vigente al momento en que se adquiere el derecho originario. En relación a la presente investigación, los beneficios pensionarios deberán ser otorgados según la norma vigente al momento de adquirir la pensión de cesantía del titular en el Decreto Ley 20530. No se debe tomar en cuenta la norma vigente al momento del fallecimiento del causante, debido a que se trata de un derecho adquirido anteriormente, de naturaleza latente, que está supeditado al cumplimiento de una condición ya prevista en la norma anterior.

En tal sentido, si se cumple la condición que permite efectivizar un derecho expectaticio con posterioridad a la reforma que aplica la teoría de hechos cumplidos, no se podrá tomar en cuenta las nuevas reglas pensionarias establecidas en la Ley N° 28449 para determinar el beneficio pensionario a obtener. Se debe establecer el alcance al derecho a la pensión de sobrevivencia según la norma vigente al momento en que se ha adquirido.

#### **6.5. 01694-2010-PA/TC**

El 13 de Enero del 2013, el Tribunal Constitucional emite una sentencia determinando un nuevo lineamiento en relación a la aplicación de las normas en el tiempo sobre la pensión de sobrevivencia dentro de nuestro marco previsional, en mérito al proceso de amparo interpuesto por Blanca Perpetua Llarraondo Úrquiza de Álvarez contra resolución de la Primer Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante la cual se declara improcedente la demanda sobre otorgamiento de pensión de viudez.

En el apartado 6 de esta sentencia, nuestro Tribunal Constitucional determina que se debe cambiar el sentido de interpretación sobre la aplicación de las normas en

el tiempo en las pensiones de sobrevivencia, de acuerdo a la reforma constitucional que implementa la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Se considera que tal situación importa que la revisión de este tipo de controversias deba necesariamente realizarse de conformidad con el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que suponen la aplicación inmediata de la nueva normativa pensionaria. (Caso Blanca Llarraondo Úrquiza, 2011)

De acuerdo a este criterio, en virtud de la teoría de los hechos cumplidos, se aplicarán las nuevas reglas pensionarias establecidas en la Ley N° 28449 a las relaciones jurídicas existentes al momento de su dación. Sin embargo, no se hace especial trato al tema de los derechos expectaticios. Estos derechos, en algunos casos, pueden haberse adquirido bajo la protección del principio de retroactividad benigna, consagrado en la Constitución de 1979, el mismo que determina que una norma podrá aplicarse a relaciones jurídicas anteriores siempre y cuando impliquen una situación de mejoría en relación a lo dispuesto en la norma anterior.

Teniendo en cuenta que las modificatorias del Decreto Ley 20530 determinan reducciones en cuanto a beneficios pensionarios, la aplicación de una nueva regla pensionaria, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, se estaría vulnerando el mencionado principio de retroactividad benigna.

## **6.6. Informe N° 38/09 CIDH**

Entre agosto y diciembre de 2005 se presentan seis peticiones, por parte de distintas asociaciones, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuestionando la reforma constitucional implementada sobre el régimen pensionario contenido en el Decreto Ley 20530.

El cuestionamiento se centraba en la supuesta vulneración al derecho a la nivelación del monto pensionario a la remuneración percibida por el trabajador activo que tenga el mismo puesto o realice funciones análogas a las que realizaba

el pensionista a la fecha de cese. Al respecto se alegó una violación al derecho a la propiedad, al considerar que el derecho a la nivelación de pensiones es un derecho adquirido que forma parte de la esfera económica de cada pensionista, por lo que la restricción de este beneficio, con la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, atenta contra el derecho a la propiedad contemplado en el artículo 21 de la Convención Americana.

No obstante, la Comisión estimó que el Estado peruano no incurrió en violación alguna de derechos inherentes a los pensionistas del Decreto Ley 20530, dado que la reforma constitucional se llevó a cabo obedeciendo a un fin legítimo como el de preservar el bienestar general de una sociedad con la implementación de las nuevas reglas pensionarias.

Sobre este informe emitido por la CIDH no se hace referencia a los derechos expectaticios que se vienen tratando en la presente investigación. De tal manera que no se tiene un criterio de aplicación sobre los derechos pensionarios de los futuros sobrevivientes de un pensionista, en relación a sus derechos expectaticios y la norma vigente al momento de su obtención con las normas implementadas con la reforma constitucional.

### **2.3. Definición de términos básicos.**

- Decreto Ley 20530: Régimen del sistema previsional público que otorga pensiones de cesantía, invalidez, viudez, orfandad y ascendencia a un reducido grupo de trabajadores del Estado.
  
- Derecho a la pensión: Manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, representada en el pago, temporal o de por vida, que recibe una persona cuando se encuentra en una situación que la hace acreedora de hecho de una cantidad económica, ya sea de los sistemas públicos de previsión nacional o de entidades privadas.
  
- Derecho expectatio: Aquel derecho latente que está a la espera de la configuración de un hecho para poder hacerse efectivo.
  
- Ley N° 28389: Precepto normativo que implementa una reforma constitucional sobre el funcionamiento del sistema previsional peruano.
  
- Principio de Retroactividad Benigna: Principio consagrado en la Constitución Política de 1979 que deslinda la posibilidad de aplicar una norma de manera retroactiva solo cuando es más favorable para el sujeto de derecho en materia penal, laboral y tributaria.

## CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

### 3.1. Formulación de la hipótesis

La Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide negativamente en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979 al vulnerar el Principio de Retroactividad Benigna del Derecho Previsional sobre los derechos adquiridos, debido a que esta reforma constitucional implica la utilización de la Teoría de Hechos Cumplidos sin tener en cuenta los derechos expectaticios, sobre los futuros sobrevivientes, regulados en una norma anterior.

### 3.2. Operacionalización de variables

- Variables:
  - Ley N° 28389.
  - Los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Sub Dimensiones	Ítems
Ley N° 28389	Precepto normativo que implementa una reforma constitucional sobre el funcionamiento	<b>Reforma Constitucional:</b> Artículo 3° de la Ley N° 28389	- Teoría de Hechos Cumplidos	-¿Cómo se interpreta la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional? -¿Cómo se

	del sistema previsional peruano.		- Teoría de Derechos Adquiridos	interpreta la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional?
<b>Derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979</b>	Reconocimiento de una contraprestación pecuniaria según el régimen de la Cédula Viva bajo la tutela de nuestra anterior Carta Magna.	<p><b>Sistema Previsional Peruano:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sistema Público de pensiones</li> <li>- Sistema Privado de pensiones</li> </ul> <p><b>Constitución Política de 1979:</b> Irretroactividad de las normas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho a la pensión</li> <li>- Historia</li> <li>- Decreto Ley 20530 (Cédula Viva)</li> </ul> <p>Retroactividad benigna en</p>	<p>¿Cuál es el contenido esencial del derecho a la pensión?</p> <p>-¿Cómo se desarrolló el sistema previsional en el Perú?</p> <p>-¿Cuáles son los alcances, características y modificaciones legales del Decreto Ley 20530?</p>

			materia previsional	¿Cuáles son los alcances del Principio de retroactividad benigna en materia previsional?
--	--	--	------------------------	--

## **CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **4.1. Tipo de diseño de investigación.**

Transeccional o transversal: Correlacional; teniendo en cuenta la descripción de lo contenido en la Ley N° 28389 y su incidencia sobre los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, encontrando la interrelación entre ambos conceptos y lo concerniente al Principio de Retroactividad Benigna en materia previsional.

### **4.2. Material de estudio.**

#### **4.2.1. Unidad de estudio.**

- Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979.
- Criterio de especialistas en Derecho del Trabajo

#### **4.2.2. Población.**

- Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979, bajo la administración de EsSalud en la ciudad de Trujillo entre el año 2010 y el año 2014.
- Criterio de especialistas en Derecho de la Seguridad Social y Derecho Previsional

#### **4.2.3. Muestra.**

- Población muestral: 13 Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979, bajo la administración de EsSalud en la ciudad de Trujillo entre el año 2010 y el año 2014.
- Criterio de especialistas en Derecho Laboral con especialización el Derecho Previsional:

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU	Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de la Universidad de Piura, ESAN, Universidad del Pacífico y de la Academia de la Magistratura.
FRANCISCO ROMERO MONTES	Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con Doctorado en Derecho de la Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Martín de Porres.
LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ	Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con Maestría en Derecho de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República.

- Criterio de especialista en Derecho de la Seguridad Social y ejercicio de función jurisdiccional:

EDUARDO PACHECO YÉPEZ	Presidente de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
RICARDO MIRANDA RIVERA	Magistrado de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
SABINA SALAZAR DÍAZ	Magistrado de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

#### 4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

##### 4.3.1. Para recolectar datos.

<b>TÉCNICAS</b>	<b>INSTRUMENTOS</b>	<b>PROCEDIMIENTO</b>	<b>MÉTODOS</b>
<b>Análisis de resoluciones administrativas</b>	<b>Guía de análisis de resoluciones administrativas</b>	Análisis de resoluciones administrativas emitidas por EsSalud a fin de determinar la si existe o no vulneración del Principio de Retroactividad Benigna con la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos.	<b>Análisis</b>  <b>Síntesis</b>
<b>Entrevista</b>	<b>Guía de entrevista</b>	Realización de las preguntas contenidas en la guía de entrevista semiestructurada a especialista en Derecho de la Seguridad Social y/o Derecho Previsional para obtener un mayor	<b>Inductivo</b>  <b>Deductivo</b>

		alcance sobre el problema de investigación.	
--	--	---	--

#### 4.3.2. Para analizar información.

- Deductivo, realizando la investigación desde lo general a lo particular, partiendo por el funcionamiento del sistema previsional peruano para luego priorizar la aplicación de la teoría de los Hechos Cumplidos sobre el Decreto Ley 20530.
- Sistemático, analizando la reforma constitucional expresada en la Ley N° 28389 de acuerdo a lo contenido en nuestra Constitución Política y el Decreto Ley 20530
- Síntesis, estudiando lo relacionado a la seguridad social, el derecho a la pensión, el sistema previsional peruano, la Ley N° 28389 y el Principio de Retroactividad Benigna en materia previsional

## CAPÍTULO 5.RESULTADOS

### 5.1. Tablas de resultados de entrevistas

**TABLA 1**

¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<b>Dr. Eduardo Pacheco Yépez</b>	Lamentablemente no se puede dar marcha atrás y por el bien de nuestro sistema financiero se debe tomar este tipo de medidas aunque lo óptimo hubiese sido dictar una norma que solo permita seguir gozando de una pensión según el Decreto Ley 20530 a los originarios receptores de este sistema pensionario
<b>Dra. Sabina Salazar Díaz</b>	El derecho a la pensión se sustenta en un principio de solidaridad, por lo que el Estado debe procurar que este derecho sea obtenido por el mayor número de ciudadanos que cumplen los requisitos de ley. Por el bien de la salud presupuestal del Estado es correcta la medida de prever nuevas condiciones pensionarias y así reestructurar nuestro sistema financiero y aliviar las cifras en déficit del tesoro público.

<p><b>Dr. Ricardo Miranda Rivera</b></p>	<p>La crisis financiera no abarca solo nuestro sistema previsional, sino del Estado en general y que parte de ella deriva en la afectación de nuestro sistema previsional. Se critica que el Estado no gestiona ni hace rentables los fondos para financiar el sistema previsional. Verbigracia, la ONP puede convertirse en una AFP y los fondos previsionales que cada trabajador aporta serían invertidos y rentabilizados; más aún si la actividad previsional no está privatizada. Mediante esta salida, la última medida a tomar sería la de modificar los beneficios pensionarios.</p>
<p><b>Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</b></p>	<p>Evidentemente existe una vulneración de derechos pero se debe priorizar el bien común de la sociedad, aplicando los principios de solidaridad e igualdad. Nuestro sistema previsional necesita una redistribución que mejore los ínfimos montos pensionarios que perciben algunos beneficiarios.</p>
<p><b>Dr. Francisco Romero Montes</b></p>	<p>Por supuesto que no, el Decreto Ley 20530 es un régimen pensionario que se debe respetar. El Estado debió reestructurar su sistema financiero para cumplir con los derechos de los pensionistas y no reducir sus beneficios. La Comisión Interamericana de DD. HH. no debió aceptar el recorte de derechos adquiridos, debiéndose recurrir a la Corte Interamericana, pero el Estado por razones políticas no reaccionó a tiempo.</p>

**Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez**

De ninguna manera, una crisis no debe influir para vulnerar derechos fundamentales. En este caso no se podía hablar de una crisis significativa, pero sí nos encontrábamos ante una desnaturalización del sistema previsional que podía ser manejable para el Estado.

## TABLA 2

Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<b>Dr. Eduardo Pacheco Yépez</b>	A partir de la Ley N° 28389 en el año 2004, se adecua totalmente la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional sobre el Decreto Ley 20530. Por lo tanto, hasta tal fecha se debe respetar la teoría de derechos adquiridos a pesar de lo dispuesto en artículo 103 de Constitución Política de 1993.
<b>Dra. Sabina Salazar Díaz</b>	La teoría de derechos adquiridos se debe aplicar hasta situaciones relevantes a al año 2004, hasta antes de la dación de la Ley 28389. De igual manera, la Constitución se debe aplicar como tal para todos por igual, teniendo en cuenta la coyuntura actual del Estado, el mismo que tiene cada vez mayor necesidades y urge de aplicar modificatorias en nuestro sistema previsional.
<b>Dr. Ricardo Miranda Rivera</b>	Hasta el año 2004 se respeta la situación de derechos adquiridos, donde el status jurídico anterior puede ser contemplado hasta su fin, incluyéndose la protección de los derechos expectaticios. Todos los derechos pensionarios

	<p>validados hasta antes del año 2004 pueden ser reclamados en la actualidad, porque estos derechos son imprescriptibles.</p>
<p><b>Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</b></p>	<p>Actualmente se aplica la teoría de hechos cumplidos a nivel occidental, dado que el Derecho es una ciencia dinámica que va evolucionando y debe adaptarse a los cambios coyunturales que sufre nuestra sociedad. En ese sentido, se debe considerar la teoría de la modernidad, que conlleva a la modificación de normas según el bienestar del género humano. De esta manera queda atrás la aplicación de la teoría de derechos adquiridos en el ámbito previsional desde el año 2004 con la dación de la Ley N° 28389.</p>
<p><b>Dr. Francisco Romero Montes</b></p>	<p>Esta reforma busca seguir la tendencia del Código Civil sobre la aplicación de la teoría de hechos cumplidos, por lo que su preponderancia ahora en nuestro sistema previsional es absoluta. Sin embargo, el Estado no debió optar por esta medida de solución, lo correcto hubiese sido reconocer los derechos ganados por el pensionista y cumplir con su financiamiento, en lugar de perjudicar sus derechos recortando los montos pensionarios.</p>

**Dr. Leopoldo Gamarra  
Vílchez**

La aplicación de la teoría de hechos cumplidos es de carácter constitucional, por lo que abarca distintos ámbitos jurídicos, no solo dentro del derecho previsional. Esta implementación se da con el riesgo de afectar la seguridad jurídica de muchos sujetos de derecho. Esta reforma fue buena, dado que alivió en cierto sentido las arcas del Estado destinadas al sistema previsional, pero insuficiente, porque vulneró muchas instituciones amparadas por nuestro ordenamiento legal.

**TABLA 3**

¿Qué se entiende por derecho expectatio?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<b>Dr. Eduardo Pacheco Yépez</b>	Es aquel derecho latente que se reconocerá con la configuración de un hecho jurídico contemplado en la ley. Sobre el caso en cuestión debe de observarse el principio que regula la condición más beneficiosa, debido a que la consecuencia jurídica se encontraba prevista en la primera regulación, por lo que se debe respetar los alcances de esta siempre y cuando se cumplan los requisitos legales para acceder a un derecho pensionario.
<b>Dra. Sabina Salazar Díaz</b>	Se trata de un derecho que aún no se adquiere por falta de cumplimiento de un hecho. Sobre el tema en cuestión, cuando este hecho va a derivar de una situación jurídica anterior, estamos hablando de un derecho que se debe regir bajo la misma línea del contenido pensionario primigenio.
<b>Dr. Ricardo Miranda Rivera</b>	El derecho expectatio nace de un derecho potencial y determinado en una norma que exige ciertas condiciones. El tiempo de cumplimiento de esas condiciones hace que el ciudadano tenga la idea de poder gozar de un derecho futuro que asegure su calidad de vida. Es un derecho virtual, sin contar con el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en ley ya se puede gozar de él, debido a que el beneficiario da pie a este

	derecho con el cumplimiento de alguna condición que asegura el goce de éste.
<b>Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</b>	Un derecho expectatio es aquel derecho latente que está supeditado a la realización de un hecho para que se pueda hacer efectivo. En este caso, una vez cumplidos los requisitos para obtener una pensión se debe materializar este derecho en favor del beneficiario.
<b>Dr. Francisco Romero Montes</b>	El derecho expectatio implica una posibilidad de ejercer de manera plena un derecho a falta del cumplimiento de un hecho para que se pueda dar su reconocimiento. Sobre el tema en cuestión, estos están comprendidos dentro de los derechos adquiridos, por lo que también son tutelables dentro del sistema previsional.
<b>Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez</b>	Sobre el tema en cuestión, el derecho expectatio, a criterio del Tribunal Constitucional, es aquel que tiene un carácter latente, existente desde que el derecho primigenio es concedido al beneficiario titular. Sin embargo, su goce está condicionado a la realización de un hecho, en este caso, el fallecimiento del causante.

**TABLA 4**

¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<b>Dr. Eduardo Pacheco Yépez</b>	Sobre el presente caso, cuando éste es reconocido mediante una resolución administrativa, la misma que se debe respetar en cuanto a los alcances otorgados.
<b>Dra. Sabina Salazar Díaz</b>	Se adquiere un derecho pensionario cuando se cumplen los requisitos estipulados por ley para ser merecedor de tal. Hasta antes de la reforma invocada por la Ley 28389, según el Decreto Ley 20530, se puede acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para poder ser acreedor de un derecho pensionario bajo este régimen previsional, debido al cierre del mismo con posterioridad a la dación de la Ley 28389.
<b>Dr. Ricardo Miranda Rivera</b>	Cuando se reúnen todas las condiciones y requisitos legales. Sobre los derechos expectaticios cabe señalar que éstos pueden ser de buena fe o de mala fe. La reforma constitucional en cuestión no puede vulnerar derechos previsionales futuros. El derecho pensionario no se configura en un solo momento, se debe considerar los derechos expectaticios teniendo en cuenta la teoría de derechos adquiridos, por lo que la reforma constitucional debió prever estas condiciones

<p><b>Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</b></p>	<p>Se adquiere un derecho pensionario cuando se cumplen con todos los supuestos de manera copulativa que establece la norma previsional. En el caso de pensionistas sobrevivientes, éstos adquieren el derecho con el fallecimiento del causante, donde también pueden resguardarse los derechos expectaticios de los sobrevivientes.</p>
<p><b>Dr. Francisco Romero Montes</b></p>	<p>Se adquiere un derecho pensionario cuando el trabajador corta su actividad laboral y cumple los requisitos establecidos en ley para acceder al beneficio pensionario. En el caso de los futuros sobrevivientes, éstos tienen un derecho expectaticio adquirido desde la fecha en que el causante adquiere el derecho primigenio, por lo que se le debe aplicar la misma norma aplicada al titular según el tiempo.</p>
<p><b>Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez</b></p>	<p>Simplemente cumplir con los requisitos legales para acceder al derecho a la pensión. En el caso de pensiones de sobrevivientes, éstas se adquieren desde el fallecimiento del causante, por lo que sí es posible hablar de una tutela efectiva sobre los derechos expectaticios.</p>

**TABLA 5**

¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<b>Dr. Eduardo Pacheco Yépez</b>	Retroactividad benigna implica que una norma nueva se aplique a una situación anterior, en este caso esta norma no se puede aplicar ni para perjudicar ni para beneficiar, teniendo en cuenta que los derechos reconocidos bajo la vigencia de la constitución de 1979 se deben respetar los derechos adquiridos a pesar de lo dispuesto con el artículo 103 debido a lo prescrito en la primera disposición transitoria de la Constitución actual.
<b>Dra. Sabina Salazar Díaz</b>	Se puede aplicar en el Derecho Previsional teniendo en cuenta que sobre el derecho a la pensión, éste no puede ser disminuido cuando ha sido reconocido. El único límite dentro del Derecho Previsional mediante el cual se puede recortar beneficios pensionarios se da en lo referente a las nivelaciones de pensiones.
<b>Dr. Ricardo Miranda Rivera</b>	En materia previsional, una norma podrá ser aplicada a una situación anterior cuando regule una situación de mejoría.

<p><b>Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</b></p>	<p>En nuestra legislación se considera como principio general la irretroactividad de las normas, siempre en concordancia con la teoría de hechos cumplidos que se aplica en materia previsional. Pero también se trata el principio de retroactividad benigna como excepción a la regla. Sobre el tema en cuestión, se podría haber delimitado dos grupos sobre los cuales aplicar este principio en temas pensionarios: los antiguos beneficiarios, quienes han cumplidos los requisitos para adquirir el derecho a la pensión o tienen el derecho expectativo latente, o los nuevos beneficiarios dentro del régimen de la Cédula Viva, tal como se pudo realizar con la derogación de la bonificación por tiempo de servicio en 1991.</p>
<p><b>Dr. Francisco Romero Montes</b></p>	<p>Bajo el Principio de Retroactividad Benigna, una nueva ley se puede aplicar al sujeto de derecho siempre y cuando implique una mejora en el contenido del derecho pensionario no contemplado en la norma anterior. Cabe precisar que el derecho se debe haber obtenido durante la vigencia de la Constitución de 1979 para gozar de los efectos de este principio, debido a que la Carta Magna de 1993 solo contempla la aplicación de la retroactividad benigna en materia penal.</p>
<p><b>Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez</b></p>	<p>Según el principio de retroactividad benigna en materia previsional, se podrá aplicar una nueva norma sobre un pensionista siempre y cuando éste implique una situación de mejora, en concordancia con el principio de la condición</p>

más beneficiosa. Ahora esta situación no es posible de considerar debido a la vigente aplicación de la teoría de hechos cumplidos.

## 5.2. Tabla de resultados de análisis de resoluciones administrativas

**TABLA 6**

RESOLUCIÓN	SOLICITANTE	PETITORIO	PRONUNCIAMIENTO
326-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	MARÍA SIVERIA MURILLOS ESQUIVEL	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 50% del monto percibido por el causante.
773-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	MERICIA DÁVALOS DE RONDÓN	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
935-OA-RALL-ESSALUD-2011	ELSA MARGOT DÁVALOS DE RODRÍGUEZ	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 50% del monto percibido por el causante.
609-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	LUISA FERMINA GARCÍA VDA. DE LOYOLA	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 50% del monto percibido por el causante.

182-OA-G-RALL-ESSALUD-2013	ANGELA FLORES VDA. DE ZURITA	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
762-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	RODE DYRIDOT LEIVA LEÓN VDA. DE MORILLAS	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 50% del monto percibido por el causante.
772-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	TERESA PALACIOS DE BUÑÓN	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
42-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	MANUELA CABALLERO DE IRRIBARREN	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
638-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	CONSUELO NELLY VALLEJO DE SERRANO	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.

662-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	BLANCA FLOR GUERRA DE BARRIGA	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
636-OA-G-RALL-ESSALUD-2014	CARLOS MANUEL SABOGAL GUTIÉRREZ	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 50% del monto percibido por el causante.
432-OA-RALL-ESSALUD-2011	ESPERANZA BERTHA GUTIÉRREZ ORMEA	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.
141-OA-G-RALL-ESSALUD-2013	JORGE WALTER RUÍZ SANTA MARÍA	OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE VIUDEZ	Según norma vigente al momento en que el titular adquiere el derecho pensionario, el monto de la pensión de viudez será igual al 100% del monto percibido por el causante.

### 5.3. Descripción de resultados

#### Resultado 1: Contenido esencial del derecho a la pensión

- Teniendo en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, el contenido esencial al derecho a la pensión hace referencia al libre acceso al sistema de seguridad social, el cumplimiento de requisitos legales para acceder a este derecho, la

protección del derecho concreto a un mínimo vital, pensiones de sobrevivencia y el derecho a la igualdad. Por otro lado, la doctrina considera que el derecho a la pensión es un derecho de configuración legal debido a que su contenido debe ser delimitado por ley, siendo ésta la principal fuente normativa.

## **Resultado 2: Funcionamiento del sistema previsional en el Perú.**

- Según nuestro marco legal actual, el sistema previsional de nuestro país está conformado, principalmente, por tres regímenes previsionales: El Sistema Nacional de Pensiones – SNP (Decreto Ley 19990), el Régimen de la Cédula Viva (Decreto Ley 20530) y el Sistema Privado de Pensiones – SPP (Decreto Ley 25897). El Estado se encarga de administrar los dos primeros regímenes, los mismos que conforman el sistema público de pensiones, mientras que el tercero es administrado por instituciones privadas, las denominadas AFP.

## **Resultado 3: Alcances de la Ley N° 28389**

- La Ley 28389 dispone, a nivel constitucional, centralizar la administración de los regímenes pensionarios, establecer constitucionalmente la teoría de los hechos cumplidos en la aplicación de normas en el tiempo, cerrar el régimen del Decreto Ley 20530, eliminar la nivelación de las pensiones y depurar las pensiones obtenidas ilegalmente.
- El derecho pensionario, dentro del sistema público, debe adaptarse a las necesidades y situación presupuestal del Estado. Éste puede ser susceptible de modificaciones de acuerdo a ley. Debido a la crisis financiera que sufre nuestro país, es necesario tomar medidas que modifiquen los beneficios que han otorgado a los pensionistas. Sobre todo en el régimen del Decreto Ley 20530, debido a que éste es el que genera mayores egresos de nuestro tesoro público. Hasta la fecha de la promulgación de la Ley N° 28389, en el año 2004, se contempla la teoría de derechos adquiridos. Posteriormente, se debe aplicar la teoría de los hechos cumplidos. Cabe señalar que quienes han cumplido todos los requisitos de ley

tienen derecho a que se reconozcan según Decreto Ley 20530 siempre y cuando sean anteriores a la dación de la Ley N° 28389, incluyéndose la protección de los derechos expectaticios.

#### **Resultado 4: La teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos, respecto a la aplicación de las normas en el tiempo.**

- La doctrina del derecho previsional considera que, según la teoría de los derechos adquiridos, si las relaciones existentes al momento en que se produce el cambio normativo se rigen por la nueva norma, habrá retroactividad de ésta y si se rige por la antigua, se hablará de irretroactividad. Por otro lado, según la teoría de los hechos cumplidos, si la nueva norma rige sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes habrá irretroactividad de ésta y si rige sobre los hechos en realidad cumplidos, se hablará de retroactividad.

#### **Resultado 5: El Principio de retroactividad benigna en materia previsional, consagrado en la Constitución Política de 1979.**

- La norma tendrá efecto retroactivo si desde un momento anterior a su vigencia estableciera, suprimiera o modificara la conexión entre un hecho y su respectiva consecuencia jurídica. En ese sentido, El principio de retroactividad benigna implica que una norma nueva se aplique a una situación anterior solo cuando regule una situación de mejoría. Una norma no puede beneficiar ni perjudicar a situaciones existentes en materia previsional, debido a su protección según la Constitución de 1979 y guardando relación con la teoría de derechos adquiridos según esta misma Carta Magna y la Constitución actual. La única situación mediante la cual se puede recortar beneficios pensionarios se da en lo referente a las nivelaciones de pensiones.

#### **Resultado 6: Afectación de la Ley 28389 al principio de retroactividad benigna en materia previsional sobre los derechos adquiridos bajo el**

**imperio del Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución de 1979.**

- La Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, afecta el Principio de Retroactividad Benigna debido a que no contempla la protección de derechos expectaticios, los mismos que pueden ser vulnerados con la aplicación de una norma que implica la reducción de un beneficio pensionario, en virtud de la teoría de hechos cumplidos, a una situación jurídica anterior. Un derecho expectaticio es aquel que aún no se reconoce por falta de cumplimiento de un hecho. Cuando este hecho está regulado en una norma anterior, se debe respetar la teoría de derechos adquiridos, debido a que la consecuencia jurídica se encontraba prevista en la norma primigenia, siendo ésta situación aplicable a la protección de los derechos de futuros sobrevivientes.

## CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

### Discusión 1: Contenido esencial del derecho a la pensión

Se puede observar que el contenido esencial del derecho a la pensión, bajo nuestro actual marco constitucional, se limita sobre las situaciones que regulan el goce adecuado de un derecho pensionario, teniendo en cuenta lo establecido por la ley previsional, como principal fuente normativa. En ese sentido, toda persona tiene derecho a formar parte de un seguro social siempre y cuando cumpla con los requisitos legales establecidos, debido a que el derecho a la pensión es un derecho de configuración legal.

De igual manera, en base al principio-derecho de dignidad, se debe respetar el concepto del mínimo vital como remuneración de un derecho pensionario, teniendo en cuenta que este derecho es de primer orden en cuanto al desarrollo integral de una persona.

También tienen protección constitucional las pensiones de sobrevivencia, debido a que si bien no forman parte del derecho pensionario primigenio, también está previsto el cumplimiento de sus requisitos legales y el posterior otorgamiento de estas. La consideración de este concepto es acertada, debido a que se debe proteger la esfera de los derechos expectaticios con respecto a un derecho pensionario originario, siendo el derecho a la pensión un derecho que vela por la protección no solo del trabajador jubilado, sino también la de su propio entorno familiar, sobre todo de los futuros sobrevivientes.

El valor de igualdad también forma parte del derecho esencial a la pensión, por lo no se pueden utilizar parámetros subjetivos para justificar el tratamiento desigual a distintos sujetos de derecho. Este punto es importante para tener en cuenta que nuestra norma previsional no está exenta a sufrir modificaciones legales, tal como ha venido ocurriendo con nuestro sistema previsional en los últimos años. Se debe tener presente el principio

de solidaridad que sostiene el derecho a la pensión, por lo que este debe adecuarse a las necesidades de un Estado debiendo gozar este derecho la mayor cantidad de personas.

## **Discusión 2: Funcionamiento del sistema previsional en el Perú.**

Actualmente, nuestro sistema previsional se sustenta en tres principales regímenes: El Sistema Nacional de Pensiones y el Régimen de la Cédula Viva (ambos administrados por el Estado) y el Sistema Privado de Pensiones (administrado por instituciones privadas).

Teniendo en cuenta que en el inicio de la década de 1990 nuestro país se enfrentaba a una gran crisis financiera debido a que el sistema previsional peruano solo estaba conformado por los regímenes administrados por el Estado, la inclusión de un nuevo régimen privado para aliviar la carga financiera fue acertada, por lo que se pudo adoptar esta medida e imitar a los demás países de la región que ya contaban con un seguro social de naturaleza privada.

El Sistema Nacional de Pensiones es un sistema de reparto, el mismo que tiene sustento en aportaciones fijas que se realizan en suficiente medida para que la contribución de los trabajadores activos pueda solventar las pensiones de los actuales jubilados. Es el régimen de pensiones público por excelencia. Por otro lado, también se tiene el Régimen de la Cédula Viva, el mismo que es un sistema de cese, por lo que solo se exige años de servicio sin aplicar una edad mínima, a diferencia del SNP. Cabe señalar que este sistema, originalmente, estaba destinado a beneficiar a un selecto grupo de funcionarios. Lamentablemente, en virtud a los grandes beneficios pensionarios que se otorgaban en relación al SNP, se fue ampliando el margen de personas que se verían beneficiadas por este régimen. Se emite una serie de modificaciones que permite el ingreso y reingreso de trabajadores de distintos sectores del Estado, en lo que se puede considerar como el mayor error dentro del desarrollo de nuestro sistema previsional, debido al gran déficit económico que se generaría en contra de las arcas estatales.

Pero el surgimiento del Sistema Privado de Pensiones en el año de 1992, iba implicar una restauración de nuestro marco previsional, debido a que se iba a permitir que la carga del seguro social no solo recaiga sobre el Estado, puesto que las entidades privadas también podrían mostrar una salida a este problema social.

El Sistema Privado de Pensiones es un régimen de capitalización individual en el cual los aportes que realiza cada asegurado se acumula en una Cuenta Individual de Capitalización, que es una cuenta propia para cada trabajador, teniendo como la misma que busca que a través de esta misma cuenta se pueda financiar la pensión de cada afiliado. De esta manera, cada persona podría acceder a un seguro social sin depender de la economía del Estado.

### **Discusión 3: Alcances de la Ley N° 28389**

La creación del “Registro 20530” mediante el cual se faculta a la Oficina de Normalización Previsional para manejar la administración del régimen del Decreto Ley 20530 fue un total desacierto. La falta de capacidad para resolver situaciones relevantes a este régimen previsional hizo caer en métodos burocráticos que generaban mayor gasto al Estado y no se mostraba eficiencia en su accionar.

Se cierra el régimen de la Cédula Viva, debido al excesivo costo financiero que generaba al Estado. Esta disposición debía tener carácter constitucional puesto que anteriormente hubo muchos intentos legislativos de cerrar este régimen que no tuvieron mayor éxito. Se considera que este punto de la Ley N° 28389 tiene asidero constitucional, teniendo en cuenta que no colisiona con el derecho de cada persona a acceder a un seguro social porque se cuenta con el Sistema Nacional de Pensiones, el mismo que sigue vigente para las personas que adquieran un derecho a la pensión bajo el sistema público.

Se elimina la nivelación de pensiones, por la misma razón del gran desbalance patrimonial que generaba en contra del Estado, por lo que esta medida encontraba sustento en el interés público nacional. A pesar que un sector de la doctrina considera a

la pensión como el resultado de una modalidad contractual contenida en un contrato de seguro, por lo que esta podría quedar exenta de cualquier modificación legal al tener sustento en una fuente contractual, esta carece de validez debido a que en este caso el derecho a la pensión es otorgada por el Estado, el mismo que va adecuando las prestaciones previsionales a su coyuntura. También se debe tener en cuenta que la obligación que asume el cumplimiento de otorgar una pensión ya no sería a cargo del empleador sino del total del tesoro público del Estado.

Asimismo, se dispone depurar las pensiones obtenidas ilegalmente, disposición que también tiene sustento en el interés público de la colectividad para evitar mayores egresos en nuestra economía nacional. Al respecto, se considera que se pudo actuar con mayor drasticidad y emplear una medida que permita seguir gozando del derecho a la pensión a los beneficiarios originarios del Decreto Ley 20530 y marginar a quienes fueron ingresando a este régimen debido a modificatorias legales que en su mayoría respondían a intereses políticos.

Sobre la disposición de implementar la teoría de los hechos cumplidos sobre la aplicación de las normas en el tiempo, se debe señalar que el derecho pensionario debe adecuarse a la situación financiera del Estado por lo que se éste puede ir sufriendo modificaciones legales de acuerdo a nuestra coyuntura nacional. Se debe hacer hincapié en el ámbito de aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, la misma que se deberá aplicar con posterioridad a la dación de la Ley N° 28389, debiéndose respetar la teoría de derechos adquiridos sobre las situaciones anteriores a la mencionada ley. Esta última acotación tiene gran validez puesto que no se pueden dejar de lado los derechos de quienes han cumplido con todos los requisitos antes de la promulgación de la Ley N° 28389, debiéndose proteger, de igual manera, los derechos expectaticios generados a la fecha.

#### **Discusión 4: La teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos, respecto a la aplicación de las normas en el tiempo.**

Sobre la aplicación de las normas en el tiempo en el derecho previsional, la teoría de derechos adquiridos determina que habrá irretroactividad cuando se mantenga la aplicación de la norma que regulan los derechos que fueron adquiridos en relación a las situaciones jurídicas existentes al momento del cambio de norma. Por otro lado, habrá retroactividad cuando estos derechos adquiridos anteriormente pasan a ser regulados por la nueva norma, desde su entrada en vigencia.

En cambio, la teoría de los hechos cumplidos determina que habrá irretroactividad cuando la nueva norma regula los hechos no cumplidos de las relaciones jurídicas existentes, desde el momento de su entrada en vigencia. Por otro lado, habrá retroactividad cuando la nueva norma pasa a regular las relaciones de los hechos que ya han sido cumplidos.

La aplicación de la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional, podría permitir la retroactividad de la norma cuando esta muestre cierto grado de benignidad en relación a los derechos adquiridos; pero actualmente esta situación no cuenta con sustento constitucional debido a que esta posibilidad solo se puede aplicar en el ámbito penal. Pero habiéndose adquirido un derecho pensionario bajo la regulación de nuestra anterior Constitución, la misma que protege el principio de retroactividad benigna para la rama previsional, cabe la posibilidad de que la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos sea más provechosa, pudiendo otorgar mayores beneficios pensionarios cuando una nueva norma determine una relación de mejoría en cuanto al derecho adquirido.

### **Discusión 5: El Principio de retroactividad benigna en materia previsional, consagrado en la Constitución Política de 1979.**

Una norma tendrá efecto retroactivo cuando regula una situación jurídica anterior a su vigencia y sobre su respectiva consecuencia. En la Constitución de 1979, en su artículo 187, se estipula el principio de retroactividad benigna en materia penal, laboral y tributaria. Es decir, una norma solo podrá aplicarse a situaciones jurídicas anteriores cuando favorezca al sujeto de derecho. Sobre la presente investigación, se considera

como sujeto de derecho al pensionista, teniendo en cuenta que el ámbito previsional también está amparado por este principio como consecuencia del derecho laboral y su expresión en cuanto a la seguridad social.

En virtud a este principio, todo aquel derecho pensionario adquirido durante la vigencia de la Constitución de 1979 no podrá ser regulado por una nueva norma a menos que esta genere un mayor beneficio al pensionario.

**Discusión 6: Incidencia de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, sobre los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979.**

Según los resultados obtenidos, se puede apreciar que la reforma constitucional implementada por la Ley 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, afecta el principio de retroactividad benigna en materia previsional, debido a que esta no prevé la regulación de los derechos expectaticios. De esta manera, aun habiendo adquirido un derecho pensionario que se podrá hacer efectivo posteriormente, la aplicación de una norma en virtud de la teoría de los hechos cumplidos puede implicar la reducción de beneficios pensionarios establecidos en una norma anterior y vigente al momento de adquirir el mencionado derecho.

Un importante número de nuestra población cuenta con un seguro previsional según el régimen del Decreto Ley 20530, el mismo que actualmente se encuentra cerrado debido a los grandes beneficios que otorgaba a sus asegurados y el consecuente desbalance patrimonial que originaba en las arcas del Estado.

Asimismo, muchos de estos derechos fueron adquiridos durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, guardando relación con la época en la que se incluía a distintos sectores de trabajadores estatales sin haber estado previstos de manera originaria. Esta Carta Magna regulaba el principio de retroactividad benigna en materia

laboral, la misma que resulta aplicable en el ámbito previsional, siendo ésta una materia que nace del derecho laboral como parte de la expresión de la seguridad social. En suma, estos derechos adquiridos están protegidos por los efectos del principio de retroactividad benigna, el mismo que determina que una norma podrá ser aplicada a situaciones jurídicas anteriores solo cuando ofrezcan una situación de mejoría en relación al status que ofrecía la norma anterior.

La reforma constitucional expresada en la Ley 28389 dispone la aplicación de la teoría de hechos cumplidos en el campo del derecho previsional, desterrando de esta manera, constitucionalmente, la aplicación de la teoría de derechos adquiridos. La teoría de derechos adquiridos determinaba que las relaciones jurídicas se regirán de acuerdo a la normatividad vigente al momento de su nacimiento. Mientras que la teoría de hechos cumplidos establece que una norma surte efectos desde el momento de su dación, incluso sobre las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes.

En ese sentido, la teoría de derechos adquiridos solo podrá ser argumentada hasta el 1 de Diciembre del 2004, fecha en que entra en vigencia la Ley 28389 y la aplicación de la teoría de hechos cumplidos. Pero esta ley no regula la situación de los derechos expectaticios, siendo éstos aquellos que se han adquirido y se espera la configuración de un hecho para poder gozarlos de manera plena. Estos pueden haberse adquirido durante la vigencia de la Constitución de 1979 y concretizarse con posterioridad a la dación de la Ley 28389, por lo que no se podría aplicar una norma que recorta beneficios establecidos por otra al momento de haber adquirido el derecho pensionario. En estas situaciones se evidencia la vulneración del principio de retroactividad benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior la misma que va a implicar la reducción de beneficios pensionarios, teniendo en cuenta que la tendencia de normas modificatorias en materia previsional buscan aliviar la economía nacional a costa de recortar derechos pensionarios. La aplicación incorrecta de la teoría de los hechos cumplidos suele estar presente, mayormente, en el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia según el Decreto Ley 20530.

Se analizaron 13 resoluciones administrativas sobre otorgamiento de pensión de sobrevivientes, dentro de las cuales 7 evidenciaban afectación del principio de retroactividad benigna en materia previsional, debido a que al momento de adquirir el derecho a la pensión se encontraba vigente la Ley N° 25008, la misma que determinaba que el monto pensionario a otorgar en pensiones de sobrevivencia sería equivalente al 100% de lo otorgado al cesante. En este caso, el derecho expectaticio se debería hacer efectivo según el quantum mencionado, pero al configurarse el fallecimiento del cesante con posterioridad a la dación de la Ley N° 28389 se aplica de manera incorrecta la teoría de hechos cumplidos, aplicándose lo dispuesto en la Ley N° 28449 y recortando el monto pensionario a otorgar al 50 % de lo establecido según la norma vigente al momento en que se adquiere el derecho expectaticio. En tal sentido, no se considera la regulación de los derechos expectaticios al momento de expedir la resolución administrativa que otorga un derecho de pensión de sobreviviente.

Sobre las otras 6 resoluciones administrativas, no se afecta el principio de retroactividad benigna debido a que la norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario, determinaba que el monto a otorgar en pensiones de sobrevivencia sería equivalente al 50 % otorgado al cesante, al igual que lo dispuesto por la Ley N° 28449, norma vigente al momento de acaecer el fallecimiento del cesante.

Siendo el derecho a la pensión un derecho de rango constitucional, al cual todos deben tener acceso como una base de la seguridad social, se debe delimitar de manera correcta la aplicación de la teoría de hechos cumplidos y salvaguardar los beneficios pensionarios establecidos en los derechos expectaticios, respetando el principio de retroactividad benigna en materia previsional.

## CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

- El derecho a la pensión es un derecho de configuración legal, cuyo contenido esencial hace referencia al libre acceso al sistema de seguridad social, el cumplimiento de requisitos legales para acceder a este derecho, la protección del derecho concreto a un ingreso mínimo vital, pensiones de sobrevivencia y el derecho a la igualdad.
- El sistema previsional peruano cuenta con tres principales regímenes: El Sistema Nacional de Pensiones y el Régimen de la Cédula Viva (ambos administrados por el Estado) y el Sistema Privado de Pensiones (administrado por instituciones privadas). El Sistema Nacional de Pensiones es un sistema de reparto, basándose en aportaciones fijas y en suficiente medida para que la contribución de los trabajadores pueda solventar las pensiones de los actuales jubilados. Por otro lado, el régimen de la Cédula Viva es un sistema de cese, es decir, solo exige años de servicio sin aplicar una edad mínima, a diferencia del SNP. Asimismo, el Sistema Privado de Pensiones es un régimen de capitalización individual en el cual los aportes que realiza cada asegurado se acumula en una Cuenta Individual de Capitalización, que es una cuenta propia para cada trabajador, teniendo como fin que a través de esta misma cuenta se pueda financiar la pensión de cada afiliado.
- Con la Ley N° 28389 se emiten las siguientes disposiciones: centralizar la administración de los regímenes pensionarios, establecer constitucionalmente la teoría de los hechos cumplidos en la aplicación de normas en el tiempo, cerrar el régimen del Decreto Ley 20530, eliminar la nivelación de las pensiones y depurar las pensiones obtenidas ilegalmente.
- Según la teoría de los derechos adquiridos, una norma derogada aún podrá surtir efectos más allá de la vigencia de una norma que la modificó o la derogó. Si las relaciones existentes al momento en que se produce el cambio normativo se rigen

por la nueva norma, habrá retroactividad de ésta y si se rige por la antigua, se hablará de irretroactividad. Por otro lado, según la teoría de los hechos cumplidos, se podrá aplicar las normas a todos los hechos y situaciones jurídicas que se generen durante su vigencia, así se hayan originado con normas anteriores. Si la nueva norma rige sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes habrá irretroactividad de ésta y si rige sobre los hechos en realidad cumplidos, se hablará de retroactividad.

- El principio de Retroactividad benigna es un principio consagrado en nuestra anterior Carta Magna, el mismo que implica que una norma nueva se aplique a una situación anterior solo cuando regule una situación de mejoría. En el ámbito previsional, una norma podrá tener efecto retroactivo cuando favorezca a un pensionista en cuanto a los beneficios establecidos en su derecho pensionario, siempre que este haya sido adquirido durante la vigencia de la Constitución de 1979.
- Un derecho expectatio es aquel derecho virtual que será reconocido con posterioridad a la realización de un hecho previsto en la norma. Este derecho puede ser vulnerado con la aplicación de una norma que implica la reducción de un beneficio pensionario, en virtud de la teoría de hechos cumplidos, a una situación jurídica anterior. Cuando este hecho está regulado en una norma anterior, se debe respetar la teoría de derechos adquiridos, debido a que la consecuencia jurídica se encontraba prevista en la norma primigenia. En ese sentido, la Ley N° 28389 incide negativamente en los derechos pensionarios en los derechos adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979 dado que afecta el Principio de Retroactividad sobre los derechos expectatios de los futuros sobrevivientes al aplicar una norma que, en mérito a las nuevas reglas pensionarias, va a implicar la reducción de un monto pensionario sobre un derecho adquirido bajo la regulación de una norma que determina el reconocimiento de un quantum superior.

## **CAPÍTULO 8. RECOMENDACIONES**

En base a lo expuesto en la presente investigación, se considera necesaria la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, mediante la cual se establezca que las prestaciones derivadas –tales como las pensiones de sobrevivencia- de un derecho pensionario adquirido con anterioridad a la Ley N° 28389 no estarán sujetas a la aplicación de la teoría de hechos cumplidos, salvaguardando los derechos expectaticios bajo la protección del principio de retroactividad benigna consagrado en la Constitución de 1979, por lo que no se podrán aplicar las nuevas reglas pensionarias que impliquen una reducción de beneficios pensionarios:

### **FÓRMULA LEGAL**

#### **PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Modifíquese la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de Perú, quedando redactado de la siguiente manera:

“Declárase 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, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. Las pensiones de sobrevivencia, por ser prestaciones derivadas, se regirán según la normatividad con la que se adquirió el derecho primigenio.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley.

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

Autorizase 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.”

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **1. Derecho constitucional a la pensión**

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico-. Este derecho surge históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, el mismo que

impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para solventar sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial”. (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 2005)

De igual manera, se puede considerar al derecho a la pensión como como la retribución pecuniaria que se otorga en forma temporal y/o vitalicia a los trabajadores asegurados y extensivamente a la familia de estos (derechohabientes) por los servicios prestados y las aportaciones efectuadas. (Anacleto Guerrero, 1998)

En ese sentido, se trata de un derecho fundamental que exige un correcto desarrollo dentro de nuestra legislación, al ser considerado un derecho de configuración legal, a fin de salvaguardar su contenido esencial, el mismo que reconoce el otorgamiento de las pensiones de sobrevivencia.

## **2. Derechos expectaticios sobre las pensiones de sobrevivencia**

El Tribunal Constitucional determinó que se considera como derecho expectaticio a aquel que exige el cumplimiento de un hecho a futuro para obtener un derecho de naturaleza previsional. De tal manera que, en el caso de pensiones de sobrevivientes, se determina que éstas son prestaciones derivadas de una pensión original otorgada al titular del derecho adquirido; por lo que no se puede pretender la modificación y, consecuentemente, reducción de beneficios en pensiones de sobrevivientes al estar estos contemplados según la dación del derecho pensionario primigenio.

En línea con lo anterior, siendo el derecho a la pensión un derecho de rango constitucional, al cual todos deben tener acceso como una base de la seguridad social, se debe delimitar de manera correcta la aplicación de la teoría de hechos cumplidos y salvaguardar los beneficios pensionarios establecidos en los derechos expectaticios. Por tanto, se hace necesario precisar la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos que

implementa la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, en relación a las pensiones de sobrevivencia, solo sobre los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria aún no hubieran adquirido su derecho a la pensión. De tal manera que las pensiones de sobrevivencia, por ser prestaciones derivadas, se deben regir según la normatividad con la que se adquirió el derecho primigenio.

### **ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no genera costos sobre el Tesoro Público; por el contrario, esta norma brindará un beneficio, principalmente, social a raíz del fortalecimiento de la seguridad jurídica sobre los derechos pensionarios reconocidos a los beneficiarios de nuestro sistema de pensiones con una correcta aplicación de la normatividad que le corresponde. De igual manera, se genera un beneficio económico sobre cada beneficiario y su núcleo familiar.

### **EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

El efecto de la vigencia de la presente iniciativa legislativa se circunscribe en precisar la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos en materia pensionaria, mediante la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política, a fin de que los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia no vean alterados sus condiciones pensionarias con la aplicación de una norma posterior al momento en que se origina el derecho a la pensión.

## CAPÍTULO 9. REFERENCIAS

Abanto Revilla, C. (2013). *Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica

Alfaro Esparza, E. (2004). *El sistema previsional peruano y la necesidad de plantear una nueva reforma*. Lima

Anacleto Guerrero, V. (1998). *Manual de seguridad social*. Lima: Editorial San Marcos.

Areco, J. (1948). *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires.

Banco Mundial (1994). *Evitando la crisis de la vejez*. Nueva York: Oxford University Press

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires:  
Heliasta.

Caso Blanca Llarraondo Úrquiza, 01694-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 13 de  
Enero de 2011).

Caso Dionicio Llajaruna Sare, 1593-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 30 de enero de  
2004)

Caso Manuel Anicama Hernández, Exp. 1417-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 8 de  
Julio de 2005).

Caso Rosa Zuñiga de Estrella, 8389-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 7 de  
Noviembre de 2007).

Fajardo Crivillero, M. (1997). *Teoría general de la seguridad social*. Lima: Editorial San Marcos

Grzetic Long, A. (2005). *Derecho de la seguridad social, Parte General*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Holzmann, R., & Hinz, R. (2005). Old-Age Income Support in the Twenty-first Century: An International Perspective on Pension System and Reform. *The World Bank*.

Marcenaro Frers, R. (2009). *Los derechos laborales de rango constitucional*. Lima

Martí Buffil, C. (1964). *Derecho de la seguridad social, Las Prestaciones*. Madrid: Artes Gráficas.

MEF. (2001). *Informe de la Comisión especial encargada de estudiar la situación de los regímenes pensionarios de los decretos leyes Nos 19990 y 20530 y otros a cargo del estado. (Decreto Supremo 003-2001)*. Lima.

MEF. (2004). *Los Sistemas de Pensiones en el Perú*. Lima: Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales.

Mesa-Lago, C. (2000). *Estudio comparativo de los costos fiscales en la transición de ocho reformas de pensiones en América Latina*. CEPAL.

Morón, E., & Carranza, E. (2004). *Diez años del Sistema de Pensiones: Avances, Retos y Reformas*. Lima: Universidad del Pacífico.

Mundial, B. (1994). *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press.

- Muñoz, Í. (2000). *La reforma del sistema privado de pensiones*. En R. Abusada, F. Du Bois, E. Morón, & J. Valderrama, *La reforma incompleta* (págs. 451 - 452). Lima: Universidad del Pacífico.
- Neves Mujica, J. (2003). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Neves Mujica, J. (2008). *La reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530 en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Oiz Márquez, R. (2006). *La seguridad social internacional*. Montevideo: AA. VV.
- Plá Rodríguez, A. (1999). *Estudios de la seguridad social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria
- Proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 817, STC 008-96-I-TC (Tribunal Constitucional 23 de Abril de 1997).
- Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, 050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de Junio de 2005).
- Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y contra la Ley N° 28449, STC 0050-2004-AI (Tribunal Constitucional 3 de Junio de 2005).
- Rendón Vásquez, J. (2008). *Derecho de la seguridad social*. Lima: Editorial Grijley
- Rojas Rojas, J. (2009). *Reforma al sistema previsional*. Santiago de Chile.
- Rubio Correa, M. (2001). *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Toyama Miyogusuku, J. (2014). *Principios de la Seguridad Social*. Lima: Gaceta Jurídica.

Valdés Prieto, S. (2002). *Políticas y mercados de pensiones*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

# ANEXOS

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

### Título: La Ley N° 28389 y la afectación del Principio de Retroactividad Benigna en materia previsional

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MUESTRA	DISEÑO	TÉCNICA E INSTRUMENTO	ESTADÍSTICA
¿De qué manera la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979?	<b>Objetivo General:</b> Determinar de qué manera la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979	La Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional en materia pensionaria, incide negativamente en los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979 al vulnerar el Principio de Retroactividad Benigna del Derecho Previsional sobre los derechos adquiridos, debido a que esta reforma constitucional implica la utilización de la Teoría de Hechos Cumplidos sin tener en cuenta los derechos expectaticios, sobre los futuros sobrevivientes, regulados en una norma anterior.	<b>Variable 1</b> Ley N° 28389.	<b>Unidad de investigación:</b> - Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979. - Criterio de especialistas en Derecho del Trabajo  <b>Población:</b> - Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos	<b>Método:</b> Transeccional  <b>Nivel de Investigación:</b> Básica  <b>Diseño:</b> Correlacional	<b>Entrevista:</b> cuestionario.  <b>Análisis:</b> Guía de análisis de resoluciones	No se utiliza

				<p>adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979, bajo la administración de EsSalud en la ciudad de Trujillo entre el año 2010 y el año 2014.</p> <p>- Criterio de especialistas en Derecho de la Seguridad Social y Derecho Previsional</p> <p><b>Muestra:</b></p> <p>- Población muestral: 13 Resoluciones administrativas que aplican la teoría de los Hechos Cumplidos en materia previsional sobre derechos adquiridos según el Decreto Ley 20530, durante la vigencia de la Constitución de 1979, bajo la administración de EsSalud en la ciudad de Trujillo entre el año 2010 y el año 2014.</p> <p>- Criterio de especialistas en Derecho Laboral con especialización el Derecho Previsional:</p> <p>o Dr. Jorge Toyama Miyagusuku</p> <p>o Dr. Francisco Romero Montes</p> <p>o Dr. Leopoldo Gamarra</p>		
--	--	--	--	---	--	--

				<p>Vilchez</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Criterio de especialista en Derecho de la Seguridad Social y ejercicio de función jurisdiccional.</li> <li>o Dr. Eduardo Pacheco Yépez</li> <li>o Dr. Ricardo Miranda Rivera</li> <li>o Dra. Sabina Salazar Díaz</li> </ul>			
	<p><b>Objetivos Específicos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Identificar el contenido esencial del derecho a la pensión.</li> <li>-Describir el funcionamiento del sistema previsional en el Perú.</li> <li>-Analizar los alcances de la reforma constitucional de la Ley N° 28389.</li> <li>-Analizar la Teoría de Hechos Cumplidos y la Teoría de Derechos Adquiridos, respecto a la aplicación de las normas en el tiempo.</li> <li>-Desarrollar el Principio de Retroactividad Benigna en materia pensionaria, consagrado en la Constitución de 1979.</li> </ul>		<p><b>Variable 2</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los derechos pensionarios adquiridos conforme al Decreto Ley 20530 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1979</li> </ul>				

## Entrevista a Dr. Eduardo Pacheco Yépez

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

La crisis financiera se da porque el Estado lo permite, debido a que el Decreto Ley 20530 solo era destinado a servidores públicos pero luego se beneficia a trabajadores de empresas estatales que recibían altas remuneraciones. El mismo Tribunal Constitucional ha dado cabida a esta situación dando muchas facilidades de acceso a éstas personas, debido a que solo se consideran los años de servicio. Lamentablemente no se puede dar marcha atrás y por el bien de nuestro sistema financiero se debe tomar este tipo de medidas aunque lo óptimo hubiese sido dictar una norma que solo permita seguir gozando de una pensión según el Decreto Ley 20530 a los originarios receptores de este sistema pensionario y no beneficiar a quienes han “ingresado por la ventana”.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

En el Código Civil de 1984 se establece teoría de hechos cumplidos, la misma que también se adopta en materia laboral. Por otro lado, la Constitución de 1979 mantiene la teoría de derechos adquiridos. La Constitución de 1993 en su primera disposición transitoria sigue manteniendo la postura de los derechos adquiridos a pesar de la presencia de la teoría de hechos cumplidos en su artículo 103, debido a que la ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de relaciones jurídicas existentes. A partir de la Ley N° 28389 en el año 2004, se adecua totalmente la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional sobre el Decreto Ley 20530. Por lo tanto, hasta tal fecha se debe respetar la teoría de derechos adquiridos a pesar de lo dispuesto en artículo 103 de Constitución Política de 1993.

Quienes han cumplido todos requisitos tienen derecho a que se reconozcan según Decreto Ley 20530 con anterioridad a la Ley 28389, debido a que esta ley cierra este régimen. La contingencia de éste régimen se basa en los años de servicio sin importar la edad, a diferencia del Decreto Ley 19990.

- ¿Qué se entiende por derecho expectatio?

Es aquel derecho latente que se reconocerá con la configuración de un hecho jurídico contemplado en la ley. Sobre el caso en cuestión debe de observarse el principio que regula la condición más beneficiosa, debido a que la consecuencia jurídica se encontraba prevista en la primera regulación, por lo que se debe respetar los alcances de esta siempre y cuando se cumplan los requisitos legales para acceder a un derecho pensionario.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Sobre el presente caso, cuando éste es reconocido mediante una resolución administrativa, la misma que se debe respetar en cuanto a los alcances otorgados.

¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

Retroactividad benigna implica que una norma nueva se aplique a una situación anterior, en este caso esta norma no se puede aplicar ni para perjudicar ni para beneficiar, teniendo en cuenta que los derechos reconocidos bajo la vigencia de la constitución de 1979 se deben respetar los derechos adquiridos a pesar de lo dispuesto con el artículo 103 debido a lo prescrito en la primera disposición transitoria de nuestra actual Carta Magna.

Cabe señalar que la Ley 28389 no ha derogado el Decreto Ley 20530, por lo que a las personas que han adquirido su derecho pensionario se debe respetar la situación

anterior, no pudiendo aplicarse las modificaciones de ley como consecuencia de la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos de manera retroactiva.

- ¿Qué opinión le merece la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con respecto al proceso de inconstitucionalidad planteado a la Ley 28389?

No tiene sentido plantear la acción de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que ésta ley se da con arreglo a la reforma constitucional que implica la aplicación de la teoría de hechos cumplidos. De igual manera, el magistrado puede hacer un control difuso sobre esta ley de acuerdo a cada caso específico.

## Entrevista a Dra. Sabina Salazar Díaz

- Considerándose el derecho a la pensión, bajo una modalidad contractual, como un contrato de seguro, ¿Puede estar exento de alguna modificación legal?

No se podría considerar al derecho a la pensión como uno de naturaleza contractual, debido a que el derecho a la pensión es otorgada por el Estado y las necesidades del mismo y la sociedad van cambiando, por lo que el derecho a la pensión debe adecuarse a las circunstancias y coyuntura del Estado. La obligación que asume el cumplimiento y respeto del derecho a la pensión ya no sería a cargo del empleador sino del total del tesoro público del Estado. El derecho a la pensión no se trata de un derecho indefinido.

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

El derecho a la pensión se sustenta en un principio de solidaridad, por lo que el Estado debe procurar que este derecho sea obtenido por el mayor número de ciudadanos que cumplen los requisitos de ley.

Con el Decreto Ley se privilegiaba a muchas personas con pensiones elevadas, a través de las conocidas “pensiones doradas”. Por el bien de la salud presupuestal del Estado es correcta la medida de prever nuevas condiciones pensionarias y así reestructurar nuestro sistema financiero y aliviar las cifras en déficit del tesoro público.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

Al optarse por la teoría de hechos cumplidos, una ley será aplicable para todas las situaciones de hecho vigentes al momento de su promulgación. Por lo que si durante la

vigencia de una ley se obtuvo un beneficio que luego se deroga, se debe dar la aplicación inmediata de la nueva ley.

La teoría de derechos adquiridos se debe aplicar hasta situaciones relevantes a al año 2004, hasta antes de la dación de la Ley 28389. De igual manera, la Constitución se debe aplicar como tal para todos por igual, teniendo en cuenta la coyuntura actual del Estado, el mismo que tiene cada vez mayor necesidades y urge de aplicar modificatorias en nuestro sistema previsional.

- ¿Qué se entiende por derecho expectatio?

Se trata de un derecho que aún no se adquiere por falta de cumplimiento de un hecho. Sobre el tema en cuestión, cuando este hecho va a derivar de una situación jurídica anterior, estamos hablando de un derecho que se debe regir bajo la misma línea del contenido pensionario primigenio. Esta situación se refleja constantemente en casos de pensiones de sobrevivencia, tanto de orfandad y de viudez, por lo que se debe respetar este tipo de derecho tal cual como el derecho a pensión del causante.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Se adquiere un derecho pensionario cuando se cumplen los requisitos estipulados por ley para ser merecedor de tal. Hasta antes de la reforma invocada por la Ley 28389, según el Decreto Ley 20530, se puede acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para poder ser acreedor de un derecho pensionario bajo este régimen previsional, debido al cierre del mismo con posterioridad a la dación de la Ley 28389.

- ¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

Se puede aplicar en el Derecho Previsional teniendo en cuenta que sobre el derecho a la pensión, éste no puede ser disminuido cuando ha sido reconocido. El único límite dentro del Derecho Previsional mediante el cual se puede recortar beneficios pensionarios se da en lo referente a las nivelaciones de pensiones.

## Entrevista a Dr. Ricardo Miranda Rivera

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

La crisis financiera no abarca solo nuestro sistema previsional, sino del Estado en general y que parte de ella deriva en la afectación de nuestro sistema previsional.

Se critica que el Estado no gestiona ni hace rentables los fondos para financiar el sistema previsional. Verbigracia, la ONP puede convertirse en una AFP y los fondos previsionales que cada trabajador aporta serían invertidos y rentabilizados; más aún si la actividad previsional no está privatizada. Mediante esta salida, la última medida a tomar sería la de modificar los beneficios pensionarios.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

Hasta el año 2004 se respeta la situación de derechos adquiridos, donde el status jurídico anterior puede ser contemplado hasta su fin, incluyéndose la protección de los derechos expectaticios. Todos los derechos pensionarios validados hasta antes del año 2004 pueden ser reclamados en la actualidad, porque estos derechos son imprescriptibles.

Luego de la reforma constitucional serán acreedores a derecho a la pensión cuando cumplan los requisitos según la teoría de los hechos cumplidos.

- ¿Qué se entiende por derecho expectaticio?

El derecho expectatio nace de un derecho potencial y determinado en una norma que exige ciertas condiciones. El tiempo de cumplimiento de esas condiciones hace que el ciudadano tenga la idea de poder gozar de un derecho futuro que asegure su calidad de vida. Es un derecho virtual, sin contar con el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en ley ya se puede gozar de él, debido a que el beneficiario da pie a este derecho con el cumplimiento de alguna condición que asegura el goce de éste.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Cuando se reúnen todas las condiciones y requisitos legales. Sobre los derechos expectatios cabe señalar que éstos pueden ser de buena fe o de mala fe. La reforma constitucional en cuestión no puede vulnerar derechos previsionales futuros.

El derecho pensionario no se configura en un solo momento, se debe considerar los derechos expectatios teniendo en cuenta la teoría de derechos adquiridos, por lo que la reforma constitucional debió prever estas condiciones.

- ¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

En materia previsional, una norma podrá ser aplicada a una situación anterior cuando regule una situación de mejoría.

## Entrevista a Dr. Jorge Toyama Miyagusuku

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

Evidentemente existe una vulneración de derechos pero se debe priorizar el bien común de la sociedad, aplicando los principios de solidaridad e igualdad. Nuestro sistema previsional necesita una redistribución que mejore los ínfimos montos pensionarios que perciben algunos beneficiarios.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

Actualmente se aplica la teoría de hechos cumplidos a nivel occidental, dado que el Derecho es una ciencia dinámica que va evolucionando y debe adaptarse a los cambios coyunturales que sufre nuestra sociedad. En ese sentido, se debe considerar la teoría de la modernidad, que conlleva a la modificación de normas según el bienestar del género humano. De esta manera queda atrás la aplicación de la teoría de derechos adquiridos en el ámbito previsional desde el año 2004 con la dación de la Ley N° 28389.

- ¿Qué se entiende por derecho expectatio?

Un derecho expectatio es aquel derecho latente que está supeditado a la realización de un hecho para que se pueda hacer efectivo. En este caso, una vez cumplidos los requisitos para obtener una pensión se debe materializar este derecho en favor del beneficiario.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Se adquiere un derecho pensionario cuando se cumplen con todos los supuestos de manera copulativa que establece la norma previsional. En el caso de pensionistas sobrevivientes, éstos adquieren el derecho con el fallecimiento del causante, donde también pueden resguardarse los derechos expectaticios de los sobrevivientes.

- ¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

En nuestra legislación se considera como principio general la irretroactividad de las normas, siempre en concordancia con la teoría de hechos cumplidos que se aplica en materia previsional. Pero también se trata el principio de retroactividad benigna como excepción a la regla. Sobre el tema en cuestión, se podría haber delimitado dos grupos sobre los cuales aplicar este principio en temas pensionarios: los antiguos beneficiarios, quienes han cumplidos los requisitos para adquirir el derecho a la pensión o tienen el derecho expectativo latente, o los nuevos beneficiarios dentro del régimen de la Cédula Viva, tal como se pudo realizar con la derogación de la bonificación por tiempo de servicio en 1991.

## Entrevista a Dr. Francisco Romero Montes

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

Por supuesto que no, el Decreto Ley 20530 es un régimen pensionario que se debe respetar. El Estado debió reestructurar su sistema financiero para cumplir con los derechos de los pensionistas y no reducir sus beneficios. La Comisión Interamericana de DD. HH. no debió aceptar el recorte de derechos adquiridos, debiéndose recurrir a la Corte Interamericana, pero el Estado por razones políticas no reaccionó a tiempo.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

Esta reforma busca seguir la tendencia del Código Civil sobre la aplicación de la teoría de hechos cumplidos, por lo que preponderancia ahora en nuestro sistema previsional es absoluta. Sin embargo, el Estado no debió optar por esta medida de solución, lo correcto hubiese sido reconocer los derechos ganados por el pensionista y cumplir con su financiamiento, en lugar de perjudicar sus derechos recortando los montos pensionarios.

- ¿Qué se entiende por derecho expectatio?

El derecho expectatio implica una posibilidad de ejercer de manera plena un derecho a falta del cumplimiento de un hecho para que se pueda dar su reconocimiento. Sobre el tema en cuestión, estos están comprendidos dentro de los derechos adquiridos, por lo que también son tutelables dentro del sistema previsional.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Se adquiere un derecho pensionario cuando el trabajador corta su actividad laboral y cumple los requisitos establecidos en ley para acceder al beneficio pensionario. En el caso de los futuros sobrevivientes, éstos tienen un derecho expectatio adquirido desde la fecha en que el causante adquiere el derecho primigenio, por lo que se le debe aplicar la misma norma aplicada al titular según el tiempo.

- ¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

Bajo el Principio de Retroactividad Benigna, una nueva ley se puede aplicar al sujeto de derecho siempre y cuando implique una mejora en el contenido del derecho pensionario no contemplado en la norma anterior. Cabe precisar que el derecho se debe haber obtenido durante la vigencia de la Constitución de 1979 para gozar de los efectos de este principio, debido a que la Carta Magna de 1993 solo contempla la aplicación de la retroactividad benigna en materia penal.

## Entrevista a Dr. Leopoldo Gamarra Vélchez

- ¿La crisis financiera de nuestro sistema previsional es suficiente sustento legal para modificar y recortar los beneficios de los pensionistas?

De ninguna manera, una crisis no debe influir para vulnerar derechos fundamentales. En este caso no se podía hablar de una crisis significativa, pero sí nos encontrábamos ante una desnaturalización del sistema previsional que podía ser manejable para el Estado.

- Tras la reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la teoría de derechos adquiridos y de la teoría de hechos cumplidos?

La aplicación de la teoría de hechos cumplidos es de carácter constitucional, por lo que abarca distintos ámbitos jurídicos, no solo dentro del derecho previsional. Esta implementación se da con el riesgo de afectar la seguridad jurídica de muchos sujetos de derecho. Esta reforma fue buena, dado que alivió en cierto sentido las arcas del Estado destinadas al sistema previsional, pero insuficiente, porque vulneró muchas instituciones amparadas por nuestro ordenamiento legal.

- ¿Qué se entiende por derecho expectatio?

Sobre el tema en cuestión, el derecho expectatio, a criterio del Tribunal Constitucional, es aquel que tiene un carácter latente, existente desde que el derecho primigenio es concedido al beneficiario titular. Sin embargo, su goce está condicionado a la realización de un hecho, en este caso el fallecimiento del causante.

- ¿Cuál es el momento mediante el cual se adquiere un derecho pensionario?

Simplemente cumplir con los requisitos legales para acceder al derecho a la pensión. En el caso de pensiones de sobrevivientes, éstas se adquieren desde el fallecimiento del causante, por lo que sí es posible hablar de una tutela efectiva sobre los derechos expectaticios.

- ¿Cuál es el alcance del Principio de Retroactividad Benigna dentro del Derecho Previsional según la Constitución Política de 1979?

Según el principio de retroactividad benigna en materia previsional, se podrá aplicar una nueva norma sobre un pensionista siempre y cuando éste implique una situación de mejora, en concordancia con el principio de la condición más beneficiosa. Ahora esta situación no es posible de considerar debido a la vigente aplicación de la teoría de hechos cumplidos.

## **Resolución N° 326-OA-G-RALL-ESSALUD-2014**

### **MARÍA SIVERIA MURILLOS ESQUIVEL**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 1 de Noviembre de 1983
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:

- 15 de Mayo del 2014

- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:

- o *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:*

*(...)*

- b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.

## Resolución N° 773-OA-G-RALL-ESSALUD-2014

### MERICIA DÁVALOS DE RONDÓN

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 22 de Julio de 1992
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:

- 31 de Octubre del 2014
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante
- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:
  - Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## Resolución N° 935-OA- RALL-ESSALUD-2011

### ELSA MARGOT DÁVALOS DE RODRÍGUEZ

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 1 de Abril de 1987
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 24 de Octubre del 2011

- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante
- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:
  - No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.

## **Resolución N° 432-OA-RALL-ESSALUD-2011**

### **LUISA FERMINA GARCÍA VDA. DE LOYOLA**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Diciembre de 1983
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante:

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 08 de Junio del 2011

- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.

## Resolución N° 609-OA-G-RALL-ESSALUD-2014

### ANGELA FLORES VDA. DE ZURITA

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Julio de 1992
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 05 de Septiembre del 2013

- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante
- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:
  - Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## Resolución N° 182-OA-G-RALL-ESSALUD-2013

### RODE DYRIDOT LEIVA LEÓN VDA. DE MORILLAS

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Octubre de 1983
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 22 de Marzo del 2013
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.

## Resolución N° 762-OA-G-RALL-ESSALUD-2014

### TERESA PALACIOS DE BUÑON

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Agosto de 1990
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 31 de Octubre del 2014
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:*  
(...)  
*b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## **Resolución N° 772-OA-G-RALL-ESSALUD-2014**

### **MANUELA CABALLERO DE IRRIBARREN**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Abril de 1992
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 05 de Septiembre del 2013
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:*  
(...)  
*b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## **Resolución N° 42-OA-G-RALL-ESSALUD-2014**

### **CONSUELO NELLY VALLEJO DE SERRANO**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Enero de 1993
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 29 de Enero del 2014

- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## **Resolución N° 638-OA-G-RALL-ESSALUD-2014**

### **BLANCA FLOR GUERRA DE BARRIGA**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 06 de Abril de 1992
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 26 de Septiembre del 2014
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## **Resolución N° 662-OA-G-RALL-ESSALUD-2014**

### **CARLOS MANUEL SABOGAL GUTIÉRREZ**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Mayo de 1987
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes.*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:

- 06 de Octubre del 2014
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos.
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.  
c. Se otorgará al varón solo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de renta afecta a ingresos superiores al monto de la pensión y no este amparado por algún sistema de seguro social. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante
- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:
  - No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.

## Resolución N° 636-OA-G-RALL-ESSALUD-2014

### ESPERANZA BERTHA GUTIÉRREZ ORMEA

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 22 de Octubre de 1990
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será el 100% por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (...)*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 100 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 26 de Septiembre del 2014
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos:

- Decreto Ley 20530:
  - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:  
(...)  
b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital. (...)*

- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:

- Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante

- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:

- Sí existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 100 % del monto percibido por el causante, recortándose beneficios con la aplicación de la nueva norma, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante.

## **Resolución N° 141-OA-G-RALL-ESSALUD-2013**

### **YOLANDA ABANTO BAZÁN**

#### 1. Parte Considerativa:

- Determinar fecha en que se adquiere derecho pensionario:
  - 01 de Setiembre de 1983
- Determinar norma vigente al momento de adquirir el derecho pensionario:
  - Decreto Ley 20530:
    - o *Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento.*
    - o *Artículo 32.- La pensión de viudez se otorgará de acuerdo a las normas siguientes:*
      - a. *Si solo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes.*
- Determinar beneficios pensionarios según tal normatividad vigente:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante.

#### 2. Parte Resolutiva:

- Determinar fecha en que se otorga, modifica o extingue el derecho pensionario:
  - 09 de Marzo del 2011
- Determinar la norma aplicada según la teoría de los hechos cumplidos.
  - Decreto Ley 20530:
    - *Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:*  
(...)  
*b. Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.*  
*c. Se otorgará al varón solo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de renta afecta a ingresos superiores al monto de la pensión y no este amparado por algún sistema de seguro social. (...)*
- Determinar beneficios pensionarios según la nueva norma:
  - Monto pensionario: 50 % del monto percibido por el causante
- Determinar si existe afectación o no al Principio de Retroactividad Benigna:
  - No existe afectación al Principio de Retroactividad Benigna, debido a que se aplica una norma a una situación jurídica anterior en la que se reconoce como monto pensionario el 50 % del monto percibido por el causante, en mérito a la teoría de los hechos cumplidos, según la cual se impone el mismo monto pensionario.