

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

TÍTULO DE LA TESIS

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN NUESTRO SISTEMA DE PENSIONES

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR

RICARDO ARTURO HERRERA TOSCANO

ASESOR

DR. CÉSAR GONZÁLES HUNT

LIMA – PERÚ

2019

RESUMEN

El trabajo tiene por finalidad analizar el Principio de Solidaridad en nuestro sistema de pensiones, para validar determinadas restricciones normativas o su ausencia. Se justifica la investigación dado que pretendo determinar en qué supuestos es válido y/o necesario invocar el principio para establecer restricciones, y qué límites tiene el referido principio. De acuerdo al análisis realizado considero que *las restricciones en materia de pensiones, que tienen como fundamento el Principio de Solidaridad, son válidas por ser necesarias para cumplir con el compromiso constitucional de otorgar seguridad social a la colectividad. Adicionalmente, encuentro suficientes elementos que indican la existencia de solidaridad en el SPP.* De las restricciones normativas analizadas, concluyo lo siguiente: Topes SNP.- La aplicación de los topes en el SNP encuentra justificación en el Principio de Solidaridad, por establecer una ruptura excepcional y razonable de la relación sinalagmática entre las aportaciones y las prestaciones, en beneficio de aquellos afiliados que lo requieran. Es válida, por respetar el contenido esencial del derecho a la pensión, y por ser una disposición originaria. BdR SPP.- Es posible que los afiliados al SPP obtengan un bono inferior a las aportaciones realizadas, rompiendo el sinalagma entre prestaciones y aportaciones. Esta limitación es una manifestación válida del Principio de Solidaridad, y una medida regresiva legítima, toda vez que encuentra justificación en que el dinero que eventualmente el afiliado no obtenga permanecerá en la Caja Nacional y será usado para cubrir las pensiones del SNP. Disposición 95.5% CIC.- Carece de restricciones, por lo cual trasgrede el Principio de Solidaridad pues desprotege a los derechohabientes de los afiliados titulares sanos. Este grupo terminará definitiva e irremediabilmente excluido de nuestro sistema de pensiones y de salud en el momento en que el afiliado titular disponga del 95.5% de su fondo.

ÍNDICE

	Pág.
Carátula.....	1
Resumen.....	2
Índice.....	3
Introducción.....	6
Capítulo 1. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL Derecho de la Seguridad Social....	8
1.1. El Principio de Solidaridad	10
1.2. Manifestaciones del Principio de Solidaridad.....	13
1.2.1. Solidaridad intergeneracional.....	13
1.2.2. Solidaridad intrageneracional.....	14
1.2.3. Manifestación no tradicional del Principio de Solidaridad: Solidaridad familiar	14
1.3. El Derecho de la Seguridad Social en pensiones en la Constitución y en los tratados internacionales	18
Capítulo 2. LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	25
2.1. La pensión y el derecho de propiedad como límite del Principio de Solidaridad.....	25
2.2. El contenido esencial del Derecho a la Pensión.....	28
2.3. Principio de Progresividad y prohibición de Regresividad del Derecho a la Seguridad Social	33
Capítulo 3. RESTRICCIONES PENSIONARIAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	39
Título 3.1. LOS TOPES PENSIONARIOS DEL DL 1990.....	39
3.1.1. Naturaleza de los topes	39
3.1.2. La fórmula prevista para el caso de déficit en el Sistema Nacional de Pensiones.....	40

3.1.3. Sucesión normativa en relación a la pensión máxima otorgada en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990.....	41
3.1.4. Topes iniciales en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones: Relación proporcional entre la remuneración máxima asegurable, el aporte, y la pensión máxima.....	42
3.1.5. Variación de los topes manteniendo la proporción respecto de la remuneración máxima asegurable: ruptura de la proporción entre los aportes efectuados y la pensión otorgada a los asegurados.....	43
3.1.6. Variación de los topes dejando de lado la proporción relativa a la remuneración. Topes en monto fijo.....	43
3.1.7. El tope establecido mediante el Decreto Ley N° 22847 fue un tope proporcional, libre de excesos.....	44
3.1.8. La posibilidad de inaplicar los topes pensionarios ante un supuesto de manifiesta desproporción.....	45
3.1.9. Una alternativa de solución para evitar la manifiesta desproporción.....	48

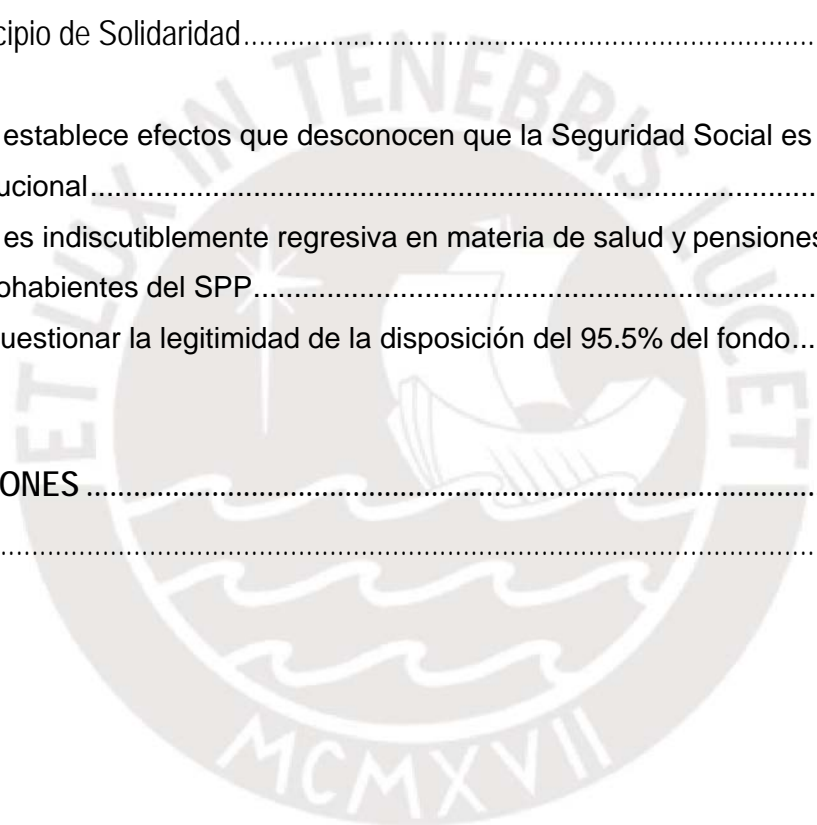
Título 3.2. EL TOPE DEL VALOR NOMINAL DEL BONO DE RECONOCIMIENTO DE LOS EX AFILIADOS AL DL 19990.....

3.2.1 Naturaleza del Bono de Reconocimiento.....	50
3.2.2. Sucesión normativa en relación al Bono de Reconocimiento.....	50
a) Bono existentes: Bono 1992, Bono 1996 y Bono 2001.....	52
b) Análisis de la fórmula del Bono de Reconocimiento: $B=0.1831 \times R \times M$	52
c) Tope del Bono de Reconocimiento calculado.....	54
3.2.3. Posibilidad de inaplicación de tope en virtud del Principio de Solidaridad.....	55

Título 3.3. RESTRICCIONES A LA POSIBILIDAD DE DISPONER DEL 95.5% DEL FONDO DE LA CIC, EN EL SPP.....

3.3.1. El Principio de Solidaridad como parte del SPP.....	58
a) El SPP como parte del sistema de seguridad social.....	58

b) Manifestaciones concretas del Principio de Solidaridad en el SPP.....	59
b.1) Derechohabientes.....	60
b.2) Límites al Bono de Reconocimiento.....	60
b.3) Fondos comunes para el SPP.....	61
b.4) Bono de Reconocimiento Complementario que sustenta la pensión mínima en el SPP, y Pensión Complementaria.....	61
3.3.2. Análisis de la norma que permite que los afiliados al SPP dispongan de sus fondos	62
3.3.3. Posibilidad de cuestionar la legitimidad de la disposición del 95.5% del fondo, en virtud del Principio de Solidaridad.....	65
a) La reforma establece efectos que desconocen que la Seguridad Social es una garantía institucional.....	67
b) La reforma es indiscutiblemente regresiva en materia de salud y pensiones de los derechohabientes del SPP.....	68
c) Forma de cuestionar la legitimidad de la disposición del 95.5% del fondo.....	70
4. CONCLUSIONES	74
Bibliografía.....	80



Introducción:

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el Principio de Solidaridad y su manifestación y efectos en nuestro sistema de pensiones, con la expectativa de determinar si es útil y suficiente para justificar determinadas restricciones en materia de pensiones.

A través del Principio de Solidaridad se advierte la participación de los ciudadanos con la finalidad de mitigar los riesgos sociales. Como explica Antonio Vásquez Vialard, este principio se materializa a través de la afectación patrimonial de determinados ciudadanos, afectación que hace posible brindar las prestaciones a quienes las requieren¹.

En el ejercicio profesional he tenido la oportunidad de conocer casos reales de limitaciones en materia de pensiones que implican un impacto sustancial en la vida de los pensionistas, materializados a través de la simple aplicación de las restricciones legales a los casos concretos, tales como la aplicación del tope de pensión máxima en el Sistema Nacional de Pensiones – SNP (S/. 857.36), o los casos de los topes establecidos para los Bonos de Reconocimiento de aquellos que deciden trasladarse al Sistema Privado de Pensiones - SPP. En estos escenarios, los afectados acuden al fuero jurisdiccional en búsqueda de soluciones, pero suelen obtener respuestas que se limitan a desestimar las iniciativas al verificar que las restricciones están contenidas en las normas legales vigentes.

Por otro lado, se ha suscitado una reforma reciente en el SPP que brinda a sus afiliados posibilidades amplias para disponer de los fondos de su Cuenta Individual de Capitalización – CIC,

¹ VASQUEZ VIALARD, Antonio, “*Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*”, 4ª Ed. Actualizada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, Pág. 377.

incluso a costa de dejar de ser actuales o futuros beneficiarios del sistema de pensiones. Esta situación aparentemente beneficiosa podría dejar de serlo si aquellos que optan por esta nueva alternativa no tienen los resultados que esperan y necesitan nuevamente del sistema de pensiones para sobrevivir al riesgo social que supone la vejez.

De ambos escenarios se advierte que en el primer caso sería necesario verificar la legitimidad de las restricciones existentes en el sistema de pensiones, mientras que en el segundo caso se debe verificar la legitimidad de la ausencia de las restricciones necesarias que garanticen la eficacia del sistema de pensiones.

Las situaciones previamente descritas me impulsan a realizar un intento por buscar mejores respuestas, pues las restricciones en materia de pensiones no son un tema menor. Descartada la posibilidad de alegar que el derecho a la pensión es un derecho absoluto que no admite restricciones, pretendo dilucidar si el Principio de Solidaridad puede permitir dar una adecuada justificación y solución a los casos descritos, precisamente porque este principio tiene la particularidad de justificar las restricciones. Asimismo, en el entendido que no todo derecho es absoluto, se pretende destacar que no todo principio lo es, por lo que parte importante del trabajo será identificar límites para el referido principio.

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN NUESTRO SISTEMA DE PENSIONES.

CAPÍTULO 1. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La OIT explica que el derecho a la Seguridad Social comprende *“la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”*².

De la definición anterior se desprende que la Seguridad Social no solo consiste en la protección de los ciudadanos en materia de pensiones, sino que comprende todas aquellas iniciativas generales dirigidas a la protección respecto de los riesgos sociales, incluyendo los riesgos sociales en las relaciones de trabajo. En el presente trabajo se pretende estudiar específicamente la protección a través del sistema de pensiones.

Nuestro sistema de pensiones está comprendido por dos (02) regímenes principales: el Sistema Nacional de Pensiones – SNP creado mediante el Decreto Ley N° 19990 en el año 1973; y el Sistema Privado de Pensiones – SPP, creado mediante el Decreto Ley N° 25897 en el año 1992. Ciertamente existen otros regímenes previsionales, pero la generalidad, interrelación y vigencia de los previamente señalados hace que sean los regímenes representativos y principales de nuestro sistema de pensiones. Estos regímenes serán los comprendidos en la presente investigación.

Una de las diferencias más resaltadas entre ambos regímenes es la forma de uso de los fondos aportados: por un lado, en el SNP existe un fondo común al cual aportan todos los afiliados, y del cual se proveerán las pensiones a todos los jubilados; por su parte, el SPP

² OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *“Introducción a la Seguridad Social”*, Tercera Edición, Ginebra 1984, Pág. 3.

opera a través de cuentas individuales de capitalización - CIC, cuentas en las cuales se realizan los aportes de los afiliados, y en las cuales se depositan las ganancias producto del uso del dinero aportado. Como se detallará más adelante, el dinero de las referidas CIC también se suma en fondos comunes, antes de invertirse.

Los referidos regímenes previsionales, regulados por diversas disposiciones normativas y modificaciones, comprenden importantes restricciones en cuanto a las prestaciones que otorgan, restricciones que no cuentan con sustento objetivo que las justifique, como se detallará en el Capítulo III. La ausencia de la fundamentación objetiva en referencia no implica que existan lagunas, o que las normas tengan deficiencias, pero a efectos de brindar la justificación necesaria a las normas previsionales restrictivas resulta necesario recurrir a las otras fuentes de derecho, en el presente caso, a los principios aplicables a la materia.

La doctrina más autorizada reconoce como principios fundamentales de la Seguridad Social los siguientes: (i) Universalidad; (ii) Integralidad; (iii) Unidad; (iv) Internacionalidad; y, (v) Solidaridad (Pasco Cosmópolis³, Gonzáles Hunt⁴, Abanto Revilla⁵, Martín Fajardo Crivillero⁶, entre otros.) Se advierte que el único principio en materia de Seguridad Social que tiene por finalidad la justificación de la imposición de restricciones, es precisamente el Principio de Solidaridad.

En el estricto ámbito del sistema de pensiones, que es el que ocupa de modo particular el presente trabajo, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia que corresponde al Expediente N° 00050-2004-AI/TC ha dejado establecidos los principios que sustentan el derecho a la pensión: (i) el principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión, basado en el artículo 1º de la Constitución; (ii) el principio-derecho de igualdad

³ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Los Principios de la Seguridad Social y los diversos Sistemas Pensionarios”; Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia previsional; Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2008, Págs. 3 y 4.

⁴ GONZÁLES HUNT, César, “La Configuración Constitucional de la Seguridad Social en Pensiones”, Pág. 7.

⁵ ABANTO REVILLA, César, “Manual del Sistema Privado de Pensiones”, Gaceta Jurídica, 2013, Págs. 20-27.

⁶ FAJARDO CRIVILLERO, Martín, “Teoría General de Seguridad Social”, Primera Edición, Cívitas, Luis Alfredo Ediciones, Lima, 1992, Págs. 24-35.

respecto a la pensión, basado en el numeral 2 del artículo 2º de la Constitución; (iii) el Principio de Progresividad respecto a la pensión, basado en la Segunda y Décimo Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; (iv) el principio de equilibrio presupuestal, basado en los artículos 78º y 87º de la Constitución; y, (v) el Principio de Solidaridad respecto a la pensión, basado en los artículos 43º y 44º de la Constitución.

En el entendido que el Principio de Solidaridad es reconocido como fundamento en el Derecho de la Seguridad Social como en el derecho a la pensión, resulta necesario analizar su contenido y sus alcances, para determinar hasta qué punto es determinante para establecer o justificar restricciones en nuestro sistema de pensiones.

1.1. El Principio de Solidaridad.

El Principio de Solidaridad consiste en la participación ciudadana en la lucha contra los riesgos sociales. La doctrina, de modo uniforme, lo reconoce como un principio básico de la Seguridad Social, y muchos autores lo califican como el principio más importante en materia de Seguridad Social (Almansa Pastor⁷, Aparicio Tovar⁸), como el principio más particular y destacado (Sánchez Reyes y Vidal Bermúdez)⁹, como una característica esencial (Plá Rodríguez¹⁰) o como su rasgo más distintivo (González Hunt¹¹).

⁷ ALMANSA PASTOR, José Manuel, *“Derecho de la Seguridad Social”*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid 1989, Pág.124. El autor explica lo siguiente: *“La seguridad social actual en nuestro país y, paralelamente, la relación jurídica de seguridad social tienen su principio fundamental en la solidaridad. Mas el auténtico alcance de ésta viene dado a través de los resortes financieros, en cuyo momento de estudio habrá que insistir, y conectarla con la redistribución de la renta”*.

⁸ APARICIO TOVAR, Joaquín, *“La Seguridad Social y la protección de la salud”*, Primera Edición, Cívitas, Madrid, 1989, Pág. 104. El autor explica lo siguiente: *“La solidaridad para la seguridad social es un principio esencial sin el cual resulta todo incomprendible, aunque puede que suscite cautelas ante el uso abusivo del que ha sido objeto por lo que tiene de concepto a la vez cautivador y de cierta indeterminación que le hace muy apto para la utilización propagandística vacía”*.

⁹ VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro; SÁNCHEZ REYES, Christian, *“Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social”*, Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS "Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional", 2006, Pág. 958.

¹⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *“Estudios de la Seguridad Social”*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 1999, Págs. 407 y siguientes.

¹¹ GONZÁLES HUNT, César, *“El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, ARA Editores, 2103, Págs. 15 y 16.

Antonio Vásquez Vialard explica este principio señalando que, a través de su presencia *“los “ricos” prestan su colaboración para que los “pobres” que se ven enfrentados a esas situaciones (contingencias sociales) no sucumban, o la lucha deteriore sus posibilidades de vida en un plano compatible con su carácter de seres humanos. Por tanto, no son uno o algunos los que soportan, por lo menos, las cargas económicas que el hecho genera, sino toda la comunidad”*¹².

El autor continúa explicando los alcances del principio, precisando que *“el vínculo de solidaridad no se extiende sólo en el plano horizontal y en un solo sentido; quienes hoy ayudan a formar el fondo con que se hace frente a la lucha contra la pobreza, la miseria, las cargas, tienen también el convencimiento de que si ellos caen en esa situación, serán subsidiados por los otros, de su misma generación o de las siguientes. Todas y cada una de éstas se ayudan entre sí para que los miembros de ellas que tengan la necesidad de recibir los fondos que se disponen para ello, los perciban, y a su vez, los que aportan, tengan la seguridad de que ellos también serán “asistidos”, ya por ésta o –si no se modifica el criterio referido a la obligación fundamental del hombre de ser solidario- por la próxima, con lo cual el vínculo adquiere una dimensión vertical que se suma a la horizontal. Es ésta una manera de realizar una de las “formas” de justicia social”*¹³.

Los planos horizontal y vertical explicados por Vásquez Vialard, son debidamente detallados por César Abanto Revilla, como se verá más adelante¹⁴.

En el aspecto económico, Javier Olivera Angulo explica que la solidaridad es elemental en un sistema de Seguridad Social, pues *“es clave para promover otro de los principios básicos: la universalidad de las pensiones, sin ella no se puede pretender financiar y extender los beneficios de la seguridad social a una mayor cantidad de personas”*¹⁵.

¹² VASQUEZ VIALARD, Antonio, *“Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social”*, 4ª Ed. Actualizada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, Pág. 377.

¹³ *Ibidem*, Págs. 377 y 378.

¹⁴ ABANTO REVILLA, César, *“Manual del Sistema Privado de Pensiones”*, Soluciones Laborales, Primera Edición, 2013, Pág. 22 y siguientes.

¹⁵ OLIVERA ANGULO, Javier, *“Recuperando la Solidaridad en el Sistema de Pensiones Peruano: Una Propuesta de Reforma”*, Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES, Pág. 18.

En ese orden de ideas, resulta claro que el Principio de Solidaridad, como ejercicio de redistribución para proveer bienestar a la quienes lo requieran, es un principio básico de la Seguridad Social.

Sin embargo, independientemente de la finalidad del Principio de Solidaridad, o de la finalidad de los demás principios de la materia, debe reconocerse que nuestro sistema de pensiones no comprende a la colectividad, es decir, que no abarca a todos los “ricos” ni proveerá bienestar a todos los “pobres”, pues tanto el SNP como el SPP son regímenes contributivos, que no proveen prestaciones a quienes no realizan aportes, salvo el caso de los derechohabientes que será analizado más adelante.

Nuestro sistema legal sí cuenta con iniciativas no contributivas que brindan prestaciones de Seguridad Social, tales como la dispuesta mediante la Ley N° 29344 – Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud¹⁶, o el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM¹⁷, pero en el ámbito del SNP y SPP se debe ser claro al señalar que la colectividad no está comprendida en su totalidad, pues se trata de regímenes contributivos que sólo benefician a los aportantes y a sus derechohabientes.

Como se mencionó previamente, una diferencia resaltada entre el SNP y el SPP es que en el primero existe un fondo común al cual aportan todos los afiliados, y del cual se proveerán las pensiones a todos los jubilados, mientras que en el segundo se tienen CIC para cada afiliado; sin embargo, tal diferencia termina no siendo sustancial cuando se advierte que en el SPP comprende distintos fondos de inversión (Fondo 1 - de

¹⁶ La Ley N° 29344 fue publicada para establecer el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la Seguridad Social en salud, así como normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento. Esta norma define el aseguramiento universal en salud como *“un proceso orientado a lograr que toda la población residente en el territorio nacional disponga de un seguro de salud que le permita acceder a un conjunto de prestaciones de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo y de rehabilitación, en condiciones adecuadas de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad, sobre la base del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS)”* (art. 3°).

¹⁷ Mediante el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM se creó el Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65”, con la finalidad de otorgar subvenciones económicas a los adultos a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad, que se encuentren en condición de extrema pobreza. Este programa establece el pago de una prestación económica mensual para cada hogar donde haya una o más personas que cumplan con los requisitos del Programa.

Preservación de Capital; el Fondo 2 - Balanceado o Mixto; y, el Fondo 3 - de Apreciación de Capital), y de conformidad con el primer párrafo del artículo 19º del Texto Único Ordenado del Sistema Privado de Pensiones – TUO SPP, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 054-97-EF¹⁸, el dinero de las referidas CIC también se suma en fondos comunes, antes de invertirse. En ese orden de ideas, no sería equivocado señalar que en el SPP también existen fondos comunes que comprenden el dinero de todos los aportantes, que se invierten en conjunto y que luego se reparten en la proporción correspondiente.

Por ello, el criterio en virtud del cual se pretende descalificar al SPP como parte del sistema de Seguridad Social, y su supuesta carencia de solidaridad, se base en ideas equivocadas: la idea (equivocada) de que el SPP no cuenta con un fondo común de aportaciones; la idea (también equivocada) de que el SNP lleva a la universalidad y el SPP no lo hace; la idea (también equivocada) de que el SNP comprende a la colectividad en alguna medida mayor que el SPP; la idea (también equivocada) de que el SNP y su conocido “sistema de reparto” es sostenible económicamente a diferencia de la estructura del SPP.

Establecidas las nociones básicas del Principio de Solidaridad, es importante para el presente trabajo analizar detalladamente sus manifestaciones.

1.2. Manifestaciones del Principio de Solidaridad:

1.2.1. Solidaridad intergeneracional:

En esta manifestación del Principio de Solidaridad, los aportes de los trabajadores en actividad se usan para solventar el pago de los actuales pensionistas, así como sus pensiones serán pagadas en base a los aportes de los futuros trabajadores,

¹⁸ El primer párrafo del artículo 19º del Decreto Supremo N° 054-97-EF, establece lo siguiente:
“Artículo 19.- Cada Fondo está constituido por la suma correspondiente de las Cuentas Individuales de Capitalización de los afiliados que optaron por el mismo” (Subrayado y resaltado agregado).

*“produciéndose así un recambio generacional”*¹⁹. Es la dimensión vertical a la que hace referencia Vázquez Vialard en el texto citado previamente.

1.2.2. Solidaridad intrageneracional:

En esta manifestación del Principio de Solidaridad, *“todos los asegurados aportan a un fondo común, del cual se extraen los recursos para pagar las pensiones de los actuales beneficiarios”*²⁰. En este caso se trata de la dimensión horizontal entre generaciones que explica Vázquez.

1.2.3. Manifestación no tradicional del Principio de Solidaridad: Solidaridad familiar.

El Principio de Solidaridad no necesariamente se agota en sus manifestaciones intrageneracional e intergeneracional. Ciertamente, dichas manifestaciones son las tradicionalmente conocidas y uniformemente aceptadas, pero de acuerdo a su definición, este principio tiene un fundamento más sencillo, que es explicado por Aparicio Tovar de la siguiente manera:

*“La solidaridad (es), ... un principio jurídico que se expresa mediante técnicas precisas, como son la consideración conjunta de contingencias y la ruptura del sinalagma entre las aportaciones que realizan los sujetos protegidos y las prestaciones que reciben”*²¹.

Consideramos que el Principio de Solidaridad se identifica plenamente con la segunda técnica explicada por Aparicio Tovar: la ruptura del sinalagma entre aportaciones y prestaciones.

¹⁹ ABANTO REVILLA, César, *“Manual del Sistema Privado de Pensiones”*, Soluciones Laborales, Primera Edición, 2013, Pág. 23.

²⁰ *Ibidem*, Pág. 24.

²¹ APARICIO TOVAR, Joaquín, *“La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”*, Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 33, Núm. 2, 2015, Pág. 294.

De acuerdo con la elemental definición del Principio, éste tiene lugar precisamente cuando los “ricos” colaboran para que se materialicen prestaciones para los “pobres”, sin importar si los “pobres” pertenecen a la presente generación o las futuras.

Por ello, en conformidad con esta noción básica del Principio de Solidaridad no sería necesario determinar qué generación de aportantes se beneficia, sino, simplemente bastaría con identificar si se produce la ruptura de la relación entre las aportaciones y las prestaciones que se perciben del mismo, para alegar la existencia de solidaridad en el sistema de pensiones.

En ese sentido, basta encontrar manifestaciones de la ruptura del sinalagma entre aportaciones y prestaciones para reconocer al Principio de Solidaridad en nuestro sistema de pensiones, situación que otorga suficiente justificación para que, en observancia de la definición tradicional del Principio, nos podamos alejar de las manifestaciones tradicionales del mismo.

Respecto de las manifestaciones no tradicionales, José Almansa Pastor al referirse al Principio de Solidaridad, lo reconoce como un principio fundamental de la Seguridad Social, y señala que la solidaridad puede clasificarse en múltiples criterios, los cuales “reduce” a cinco: (i) De acuerdo al tipo de interacción, se tiene la solidaridad directa y la solidaridad indirecta; (ii) De acuerdo a los sujetos, se tiene la solidaridad interpersonal y la solidaridad intergrupala; (iii) De acuerdo a la motivación, se tiene la solidaridad ética o moral y la solidaridad normativa o jurídica; (iv) De acuerdo a la extensión material, se tiene la solidaridad total y la solidaridad parcial; (v) De acuerdo al ámbito de desarrollo, se tiene la solidaridad familiar, la solidaridad nacional, y la solidaridad universal²². De la descripción anterior se advierten diversas manifestaciones del Principio de Solidaridad, que no se agotan en las tradicionales, y que incluyen a la Solidaridad Familiar.

Por su parte, Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero indican que la redistribución de recursos como elemento para alcanzar la finalidad de protección es parte integrante de la

²² ALMANSA PASTOR, José Manuel, “*Derecho de la Seguridad Social*”, Sexta Edición, Tecnos, Madrid 1989, Págs. 123 y 124.

noción de Seguridad Social. En ese orden de ideas, explican que la redistribución puede entenderse en un triple sentido, a saber:

“- Redistribuyendo los recursos de cada individuo y los de su familia a lo largo de su vida, de forma que ahorre durante los periodos de actividad para proveerse fondos con qué atender a los de inactividad; señaladamente, durante los años de trabajo para los años de jubilación por vejez.

- Redistribuyendo los recursos entre quienes los tienen en un periodo determinado y quienes no los tienen en ese mismo periodo: del empleado al parado, del sano al enfermo, del activo al jubilado, etc.

- Redistribuyendo los recursos, típico esto de los sistemas llamados de reparto: los de las generaciones presentes para atender las necesidades de las generaciones pasadas, en espera de que los recursos de las generaciones futuras atiendan, cuando sin tiempo llegue, las necesidades de las generaciones hoy presentes²³.

Los autores concluyen que los procesos de redistribución para proveer bienestar a la colectividad constituyen el sustento de solidaridad social.

De los sentidos de redistribución descritos por Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero se advierte que el segundo y tercero coinciden con las nociones tradicionales del Principio de Solidaridad (intrageneracional e intergeneracional); sin embargo, resulta evidente que el primer sentido de redistribución no está comprendido en el sentido tradicional de solidaridad, pues se trata de una Solidaridad Familiar, que se ocupa del bienestar del aportante, pero especialmente de los derechohabientes que están a cargo del aportante.

Los regímenes previsionales del SNP y SPP coinciden en un elemento afín: reconocen prestaciones a los derechohabientes, es decir, al cónyuge, hijos y padres que se encontraban a cargo del aportante que fallece: en el SNP, el artículo 50º del Decreto Ley

²³ ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA, “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo Cuarta Edición, Madrid: Civitas, 1995. Pág. 37.

Nº 19990 establece que el régimen reconoce pensiones de sobrevivientes en los supuestos de viudez, orfandad y ascendientes²⁴; a su vez, en el SPP, el artículo 50º del TUO SPP establece que las causales que originan pensiones de sobrevivencia se establecen reglamentariamente, en virtud de lo cual el artículo 113º del Reglamento del TUO SPP aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 004-98-EF, reconoce pensiones de sobrevivientes para el cónyuge o concubino, hijos menores, hijos mayores mientras sigan estudios satisfactoriamente, hijos discapacitados, y a padres inválidos o dependientes del causante²⁵. A continuación, se expone un cuadro de resumen y comparación:

PRESTACIONES A DERECHOHABIENTES EN EL SNP Y SPP

PRESTACIONES DE SOBREVIVIENTES DESDE SU CREACIÓN	SNP	SPP
CÓNYUGE	Pensión equivalente al 50% de la pensión de jubilación.	Pensión equivalente al 35% o 42% de la pensión de jubilación, dependiendo de si tiene hijos o no.
HIJOS MENORES, MAYORES QUE SIGUEN ESTUDIOS, Y MAYORES DISCAPACITADOS	Pensión prorrateada equivalente al 50% de la pensión de jubilación.	Pensión equivalente al 14% de la pensión de jubilación, para cada hijo.
PADRES	Pensión equivalente al 20% de la pensión de jubilación, para cada padre.	Pensión equivalente al 20% de la pensión de jubilación, para cada padre.

²⁴ El primer párrafo del artículo 47º del Reglamento del Decreto Ley Nº 19990 aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 011-74-TR, establece lo siguiente:

“Artículo 47.- Para los efectos de los Artículos 29, 43 y 53 del Decreto Ley Nº 19990, se considera que una persona está a cargo del asegurado, cuando éste proporciona los medios de subsistencia de dicha persona y esta última reside en el país y no percibe remuneración o ingresos superiores a media remuneración mínima vital anual correspondiente a la zona urbana de Lima, cualesquiera fueren el origen y la época del año que las obtuviera y el lugar del país donde se encuentre”.

²⁵ El Decreto Ley Nº 25897, norma que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP, estableció en el Sub Capítulo II, artículos 47º al 51º, reconoció el derecho de prestaciones de sobrevivientes.

De acuerdo a la breve descripción realizada, tanto el SNP como el SPP han reconocido desde las normas que los crearon prestaciones a favor de los derechohabientes de los aportantes, rompiendo desde su constitución el sinalagma entre prestaciones y aportaciones, y dando lugar a la existencia de la Solidaridad Familiar, manifestación no tradicional del Principio de Solidaridad.

Es fácil advertir que en los grupos familiares que se subsumen en el supuesto de hecho comprendido en el SNP y SPP la situación económica del aportante puede y suele ser distinta de situación económica de la familia a su cargo. El primero tiene ingresos, genera su pensión y la mantiene; los segundos están a cargo del primero mientras subsista, y sólo tendrán una pensión cuando el primero fallezca. En este caso es viable identificar al aportante en el grupo de “ricos” descrito por Vásquez Vialard, aportante que presta su colaboración para que sus derechohabientes subsistan, siendo estos últimos los “pobres”.

En virtud de lo previamente señalado, la Solidaridad Familiar resulta ser una manifestación válida del Principio de Solidaridad.

1.3. El Derecho de la Seguridad Social en pensiones en la Constitución y en los tratados internacionales:

Finalmente, resulta necesario analizar el desarrollo del Principio de Solidaridad como parte del derecho a la Seguridad Social en pensiones, a través de su desarrollo en la Constitución y en los tratados internacionales pertinentes, a efectos de comprender su necesaria finalidad y sus implicancias.

En principio, se debe partir señalando que el derecho a la Seguridad Social está reconocido en el artículo 10° de la Constitución:

*“Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social
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”.

El artículo 11° de la Constitución reconoce el libre acceso a las pensiones y a las prestaciones de salud, a través de instituciones públicas, privadas o mixtas:

“Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

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”.

Por su parte, el artículo 12° de la Constitución, reconoce la condición de la intangibilidad de los fondos de la Seguridad Social:

“Artículo 12.- Fondos de la Seguridad Social

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”.

En la misma línea de regulación, el artículo 43° de la Constitución prevé la cláusula del Estado social. Al respecto, Blancas Bustamante explica que *“es innegable que ese “camino intermedio” hacia el cual conduce, entre otros elementos, un sistema de Seguridad Social universal, de cuya existencia es responsable el Estado, es, precisamente, el Estado social”*²⁶:

“Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

...”.

²⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *“La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales”*, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 2011, Pág. 46.

Es en el artículo 43º previamente citado que el Tribunal Constitucional advierte la manifestación directa del Principio de Solidaridad en materia de pensiones, según se desprende del Fundamento Jurídico 48 de la Sentencia que corresponde al Expediente Nº 00050-2004-AI/TC. A través de dicho fundamento el Tribunal señala que *“Este principio, derivado directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario”*.

Por otro lado, el sexto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, vigente a partir de noviembre de 2004, establece que las modificaciones a los regímenes previsionales deberán observar el criterio de sostenibilidad financiera:

*“..
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.
...”*

En el mismo sentido, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que el pago de las pensiones administradas por el Estado tiene lugar con arreglo a las previsiones presupuestarias y a la economía nacional:

*“Segunda (Disposición Final y Transitoria).- Pago y reajuste de pensiones que administra el Estado
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”*.

De lo expuesto se advierte que la Constitución reconoce el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la pensión, y la importancia de contar con fondos para su procura, en el contexto de un Estado social; sin embargo, no deja de lado, en esta regulación, los criterios de sostenibilidad financiera, previsión presupuestaria y economía nacional, que son necesarios en todo sistema de pensiones que pretende alcanzar los principios del derecho a la Seguridad Social. De ello se desprende la importancia de la Seguridad Social sumada a la necesidad de establecer restricciones en pro de aquellos que las requieren.

Ahora bien, conforme la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las disposiciones constitucionales deben interpretarse conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

En ese sentido, el artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948, reconoce lo siguiente:

“Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a (...) los seguros en caso de (...) invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).”

El artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948) establece lo siguiente:

“Artículo XVI. 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.”

El artículo 9º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1966:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social”.

Por su parte, el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como deber de los Estados parte:

“Artículo 26.- Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador” establece lo siguiente:

“Artículo 9.- Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (...).”.

En este sentido, los instrumentos citados denotan sólidas implicancias sociales, de los cuales se desprende como finalidad primordial de los sistemas de seguridad social la tendencia a la progresividad.

Al respecto, conforme se explica en la Sentencia que corresponde al Expediente N° 00050-2004-AI/TC y en la Sentencia que corresponde al Expediente N° 0011-2002-AI/TC, la Seguridad Social es en nuestro sistema una *garantía institucional*, cuya finalidad es plasmar el compromiso del Estado asumido a nivel constitucional y ratificado internacionalmente, de preservar a sus ciudadanos y protegerlos contra los riesgos sociales. Esta *garantía institucional* comprende al sistema de pensiones, e implica, como se establece en el Fundamento Jurídico 54 “*la Seguridad Social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido*”.

Como señala acertadamente el Tribunal Constitucional, el derecho a la Seguridad Social es parte de nuestro sistema jurídico y lo seguirá siendo independiente de cualquier eventual iniciativa legal peyorativa.

En ese orden de ideas, al analizar el Principio de Solidaridad no se deberá perder de vista que su finalidad es, desde el punto de vista constitucional desarrollado en el presente sub apartado, no sólo establecer restricciones, sino establecer las referidas restricciones con la expectativa de proveer bienestar a aquellos miembros de la colectividad que lo requieran.

Como se ha señalado previamente, el desarrollo constitucional obliga a comprender el Principio de Solidaridad, como un instrumento para lograr el compromiso social del Estado, plasmado en la universalidad, progresividad y la elevación de la calidad de vida de los ciudadanos (artículo 10° de la Constitución).

En materia de pensiones, el compromiso social en referencia se logrará otorgando pensiones para aquellos que no las perciben, y mejorando las pensiones de aquellos que las perciben.

No obstante, la decisión de otorgar y mejorar las pensiones siempre estará limitada a las posibilidades económicas y financieras del sistema de pensiones. Es por ello que las restricciones en materia de pensiones, que tienen como fundamento el Principio de Solidaridad, son válidas por ser necesarias para cumplir con el compromiso constitucional de otorgar Seguridad Social a la colectividad.

El compromiso constitucional, de acuerdo a la descripción de Vázquez Vialard, tiene por finalidad lograr proveer Seguridad Social a los “pobres”, y en el caso del Principio de Solidaridad, en detrimento de los “ricos”. Es este compromiso el que valida y otorga al principio la fuerza necesaria para establecer aquellas restricciones que resulten ser acordes a su finalidad.



CAPÍTULO 2. LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

Teniendo en cuenta la importancia del Principio de Solidaridad en materia de pensiones, consideramos necesario analizar la posibilidad de establecer legítimamente limitaciones a la aplicación de dicho principio.

Ciertamente, reconocer a un Principio de la Seguridad Social la posibilidad de establecer restricciones que perjudican a los potenciales beneficiarios es un tema delicado. Por ello, las restricciones establecidas teniendo como fundamento el Principio de Solidaridad, deben contar con límites claros e identificables, los cuales se estudiarán en el presente capítulo.

Para efectos de la elaboración del presente trabajo, se ha considerado la posibilidad de reconocer tres criterios que podrían limitar las posibles restricciones al derecho a la pensión: (i) La posibilidad de considerar al derecho a la pensión como un derecho de propiedad; (ii) La vigencia del contenido esencial del derecho a la pensión; (iii) La aplicación del Principio de Progresividad y prohibición de Regresividad del Derecho a la Seguridad Social. Corresponde al presente capítulo evaluar la idoneidad de los límites propuestos.

2.1. La pensión y el derecho de propiedad como límite del Principio de Solidaridad.

En principio, considero necesario iniciar este aspecto señalando que, conforme el inciso 7 del artículo 886 del Código Civil, “*Son muebles: (...) 7. Las rentas o pensiones de cualquier clase*”. En virtud de ello, prestación económica percibida por los pensionistas está reconocida como un bien mueble, siendo pasible ejercerse sobre dicho bien un derecho de propiedad.

Ello ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el “Caso Cinco Pensionistas”, y el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2004, Expedientes acumulados No. 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC, los

cuales han reconocido un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión:

“13. (...) de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención —el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N.º 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N.º 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana” (párrafo 103).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia que corresponde al Expediente N° STC 0001-2013-PI.p, de fecha 27 de mayo de 2013, siguiendo el criterio establecido en la STC 0050-2004-AI/TC y otros, ha explicado con suficiente claridad que la pensión es parte del patrimonio de la persona, y que, si bien se tiene un derecho de propiedad sobre sus efectos patrimoniales, el derecho a la pensión no es una forma de propiedad:

“88. En relación con el tema antes analizado, también se alega que las normas impugnadas afectan el derecho a la propiedad sobre los fondos privados pensionarios. El derecho a la propiedad, establecido en los artículos 2.14, 2.16 y 70 de la Constitución, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a

una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, a través del cual el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la propiedad se “(...) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley” (artículo 70), máxime si todos los derechos pueden ser objeto de limitación, restricción o intervención justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional (STC 0004-2010-PI/TC9. Al respecto, admitiendo su doble carácter, como derecho subjetivo y objetivo (STC 0050-2004-AI/TC y otros) debe resaltarse su función social.

...

90.

...

A pesar de tal afirmación, la pensión no comparte los atributos privativos de la propiedad, por lo que no corresponde asimilarlas. El derecho a la pensión no es una forma de ejercicio del derecho de propiedad, pues entre ambos existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse con ellas, en el modo de su transferencia y en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, seguida en STC 0030-2004-AI/TC). Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados

requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de sus beneficiarios.

91. Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad.

...”

En ese orden de ideas, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional, la pensión no es una forma de propiedad. Por ello, se debe interpretar que el inciso 7 del artículo 886º del Código Civil hace referencia a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, no al derecho a la pensión propiamente.

En ese sentido, dado que la pensión no es un derecho de propiedad, no se puede alegar tal condición para establecer límites a las manifestaciones del Principio de Solidaridad, o para restringir los alcances de las restricciones en materia de pensiones.

2.2. El contenido esencial del Derecho a la Pensión.

En segundo lugar, reconociendo que los derechos no son absolutos y pueden ser limitados, precisamente el contenido esencial de los derechos debe ser entendido como un límite de límites, o en palabras de Martínez Pujalte, como elemento que sirve para “establecer un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, mandato que se dirige también al legislador, que no puede por tanto limitar los derechos fundamentales”²⁷.

Específicamente en materia previsional, a través de la STC 0050-2004-AI y otros, el Tribunal Constitucional estableció el contenido esencial del derecho a la pensión. El Tribunal basó su criterio en un análisis acertado, sosteniendo que los derechos

²⁷ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Lima, 2005, Tabla XIII Editores, Trujillo, Pág. 61.

fundamentales no son absolutos, admiten límites, no obstante lo cual los referidos límites no pueden afectar el contenido esencial del derecho.

A través del Fundamento Jurídico N° 107 de la Sentencia en referencia, el Tribunal explica que basa su delimitación del contenido esencial del derecho a la pensión en las disposiciones que otorgan sustento al reconocimiento del derecho fundamental a la pensión: (i) el deber del Estado y de la sociedad de asumir las prestaciones necesarias en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, en virtud de los artículos 10 y 11 de la Constitución, son el sustento inicial del reconocimiento del derecho, y, (ii) el principio de dignidad humana y los valores superiores de igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar.

Dicho contenido está constituido por el conjunto elementos mínimos que identifican a un derecho sin los cuales perdería su identidad. Es el núcleo duro del derecho, que no puede en ningún supuesto ser restringido o limitado.

El esquema establecido por el propio Tribunal es el siguiente:

Contenido esencial

Libre acceso
No privación arbitraria
Pensión mínima vital

Contenido no esencial

Reajuste
Tope o pensión máxima

Contenido adicional

Pensiones sobrevivientes

Para el Tribunal, “mediante el derecho fundamental a la pensión , la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad” y “este derecho también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este

derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión”.

A su vez, a través de la Sentencia que corresponde al Expediente 1417-2005-AA/TC, se determinó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Este comprende las pretensiones que pueden formularse a través de un proceso de amparo, siendo que las pretensiones no comprendidas deben formularse ante el Poder Judicial, a través de la vía ordinaria. Al respecto, el Tribunal señala textualmente lo siguiente:

*“Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, **pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume**” (Subrayado y resaltado agregado).*

En ese orden de ideas, el Tribunal concluye la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión reafirmando la importancia e intangibilidad del contenido esencial del derecho a la pensión.

La importancia del contenido esencial del derecho a la pensión como límite mínimo ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que corresponde al Expediente N° 2868-2004-AA/TC, a través de la cual, al analizar los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad, señala que *“... la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.*

Consideramos que el análisis respecto de las limitaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad es aplicable a las limitaciones en materia previsional, motivo por el cual es evidente que los límites establecidos legalmente tienen una primera limitación, que

consiste en el respeto irrestricto del contenido esencial, establecido en materia pensionaria a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, resulta importante analizar si el contenido esencial final emanado del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es suficiente, es decir, si no existe algún elemento calificado como parte del contenido no esencial o como parte del contenido adicional, que debiera estar incluido en el contenido esencial del derecho a la pensión, y que no debiera ser excluido de ningún régimen previsional.

Al respecto, teniendo en cuenta la importancia que en el primer capítulo del presente trabajo se ha brindado a la cobertura de los derechohabientes en los regímenes previsionales del SNP y SPP, es coherente cuando menos preguntarse si las prestaciones de sobrevivientes ocupan el lugar que les corresponde excluidas del contenido esencial del derecho a la pensión.

En cuanto respecta sólo al contenido esencial del derecho a la pensión como límite a las restricciones normativas, el hecho de estar fuera del contenido esencial implicaría que se podrían producir sendas sucesiones normativas que excluyeran del SNP y SPP toda forma de protección para los derechohabientes de los beneficiarios que se encuentren en estado de necesidad.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema legal sí se cuenta con regímenes previsionales que no tienen la protección de derechohabientes, como es el caso particular del régimen instituido mediante la Ley N° 10772. La Ley N° 10772 estableció un régimen de jubilación especial por el que reconoció pensiones de jubilación a los trabajadores de las Ex - Empresas Eléctricas Asociadas, después Electrolima S.A., y de la Empresa Nacional de Tranvías. Este régimen de jubilación no regula ni reconoce prestaciones a favor del cónyuge, hijos y padres que se encontraban a cargo del pensionista que fallece.

No obstante lo previamente señalado, se debe tener en cuenta que el régimen previsional regulado por la Ley N° 10772 es complementario y no contributivo, es decir, que no se financió con los aportes de ningún afiliado, y que no es la única pensión que les corresponde a los beneficiarios, los cuales están también afiliados y aportan a los

regímenes de pensiones del SNP y SPP. Por ello, su falta de reconocimiento de prestaciones a los derechohabientes no dejará en desamparo a dicho grupo en caso de fallecimiento del titular.

Resulta oportuno, entonces, volver a revisar los fundamentos que dieron lugar a la configuración del contenido esencial del derecho a la pensión a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: (i) el deber del Estado y de la sociedad de asumir las prestaciones necesarias en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, basa; (ii) el principio de dignidad humana y los valores superiores de igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar.

Al respecto, resulta posible cuestionar que el Tribunal Constitucional hubiera limitado la protección que emana de los artículos 10° y 11° de la Constitución a asumir las prestaciones necesarias en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, pues del texto de dichas disposiciones constitucionales no se desprende tal limitación, y más aún, como se ha mencionado en el primer capítulo, el derecho a la Seguridad Social comprende todas aquellas iniciativas generales dirigidas a la protección respecto de los riesgos sociales, sin limitarse a la protección relativa a la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo. Sin la exclusión que se realiza a través de la Sentencia del TC, e incluyendo en el ámbito de protección de los artículos 10 y 11 de la Constitución a los derechohabientes a cargo de un pensionista, que ciertamente se encuentran en estado de necesidad, sería razonable incluir a este necesitado grupo dentro del contenido esencial del derecho a la pensión.

En ese orden de ideas, considerando que el estado de necesidad y la cobertura que requieren los jubilados del SNP y SPP es igual o menor a la necesidad que padecen aquellos que están a cargo de dichos pensionistas, resulta razonable cuestionar su exclusión dentro del contenido esencial del derecho a la pensión, pues dicha exclusión incide precisamente en un grupo sustancialmente necesitado.

No obstante, independientemente de la idea que se pueda llegar a tener al respecto, lo cierto es que el contenido esencial está fijado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con calidad de precedente vinculante de observancia obligatoria, y

mientras dicho precedente no sea modificado, las pensiones de sobrevivientes quedarán excluidas del contenido esencial del derecho a la pensión.

2.3. Principio de Progresividad y prohibición de Regresividad del Derecho a la Seguridad Social.

En tercer lugar, se debe analizar si la prohibición de regresividad de los derechos sociales es un límite válido para establecer restricciones a la aplicación del Principio de Solidaridad como medida limitativa de derechos pensionarios.

Se debe tener en cuenta que la condición de derechos sociales nace de la clasificación de derechos humanos siguiente: (i) Derechos Individuales, Civiles y Políticos, llamados también derechos de primera generación; (ii) Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamados también derechos de segunda generación; y finalmente; (iii) Derechos de solidaridad, llamados también derechos de tercera generación. Como explica Blancas Bustamante, la calificación de las generaciones no corresponde a un motivo de importancia o prioridad, sino, “*en un sentido estricto cronológico*”, de acuerdo a su aparición y reconocimiento histórico²⁸.

Específicamente, los derechos sociales son aquellos que no surgen como manifestaciones de los derechos de libertad (primera generación), sino como “*la aspiración a prestaciones públicas en favor de sujetos considerados necesitados de ayuda*”²⁹. Estos derechos fundamentales, “*en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas*

²⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “*La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*”, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 2011, Pág. 195. El autor explica que lo siguiente: “*Por estas razones, el reconocimiento jurídico de los derechos sociales, en una perspectiva histórica, aparece como la continuación o extensión de los derechos de libertad. Para García-Pelayo, una característica del Estado social de Derecho es que a los derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y, en general, los derivados de la función de la procura existencial, lo que significa no solo incluir derechos que limitan la acción del Estado, sino aquellos que exigen prestaciones por parte de éste*”.

²⁹ De Vergottini, Giuseppe, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “*La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*”, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 2011, Pág. 193.

sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o pueda ejercerlos de manera plena".

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional explica que los derechos sociales son una categoría de derechos humanos cuya configuración requiere la asistencia de la Ley, sin ser esta condición un obstáculo para su exigibilidad a los poderes públicos (STC 1417-2005-AA/TC FJ 12).

Los derechos sociales no son meras declaraciones, dado que tienen la posibilidad de exigirse judicialmente, en determinados supuestos: (i) como parámetro de constitucionalidad a través de su contenido esencial que servirá para evaluar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales; (ii) como límite negativo respecto de las disposiciones públicas o decisiones privadas; (iii) como sustento para superar tratos desiguales injustificados o discriminatorios mediante el otorgamiento de prestaciones que no fueron otorgadas al grupo social necesitado en su integridad; (iv) supuestos de trasgresiones individualizadas y concretas; (v) situaciones en que se despoja a una persona del derecho del cual disfrutaba, o se le impide acceder a él; (vi) cuando la vulneración de un derecho social conlleva a la de un derecho civil o político³⁰.

Es en el contexto de la exigencia de los derechos sociales que surge el Principio de Progresividad, que consiste en *"una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales"*³¹.

A nivel Constitucional, el elemento progresivo se encuentra en el artículo 10º y la Undécima Disposición Final y Transitoria, en cuanto ésta última señala que *"las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente"*.

Ahora bien, es del Principio de Progresividad de los derechos sociales que se desprende la prohibición de regresividad, que a su vez implica la prohibición de sucesión normativa

³⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *"La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales"*, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 2011, Págs. 271 – 278.

³¹ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *"Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación"*, IUS Labor 1, 2008, Pág.9.

peyorativa en materia de los derechos sociales. Este es reconocido por Omar Toledo como la “*dimensión negativa*” del Principio de Progresividad³², y por Héctor-Hugo Barbagelata como el Principio de Irreversibilidad, complemento necesario del Principio de Progresividad³³.

Ciertamente, resulta ser contrario al mandato de progresividad de los derechos sociales que se establezcan medidas legislativas que restrinjan o que impliquen retrocesos en cuanto a la protección de los derechos sociales; sin embargo, determinadas circunstancias pueden justificar las medidas de ese tipo.

A través de la Sentencia de fecha 27 de setiembre de 2004, que corresponde a los EXPS. Nº 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados), el Tribunal Constitucional ha desarrollado acertadamente la relación entre el derecho a la seguridad social, el Principio de Progresividad y la prohibición de regresividad.

El Tribunal inicia explicando cómo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas interpreta el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas... estableció que: “(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [...] [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente

³² TOLEDO TORIBIO, Omar, “*El Principio de Progresividad y no regresividad en materia laboral*”, Págs. 2 y 3.

³³ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “*Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación*”, IUS Labor 1, 2008, Pág.9.

posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. (Fundamento Jurídico N° 54, subrayado original).

Seguidamente, el Tribunal explica que *“el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”* (Fundamento Jurídico N° 55). A su vez, continúa explicando que *“el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia”* (Fundamento Jurídico N° 56).

El supremo intérprete de la Constitución concluye, por ello, que las medidas restrictivas que se justifiquen y alineen con el propio derecho a una pensión acorde con el principio de dignidad humana, no implican trasgresión del Principio de Progresividad.

Por su parte, a través de la Sentencia de 28 de febrero de 2003 que corresponde al caso “Cinco Pensionistas” Vs Perú emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han podido conocer criterios interpretativos del Principio de Progresividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos expone los siguientes criterios: (i) la importancia de la proporción de la medida legislativa peyorativa; (ii) la excepcionalidad de la medida legislativa peyorativa, por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de

San Salvador³⁴, que se basa en preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de los derechos en cuestión.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función su cobertura, de la cobertura del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. Es decir, la Corte consideró que una medida legislativa peyorativa que tenga por finalidad un beneficio general en materia del derecho social en cuestión, no es regresiva, por cuanto, no es ilegítima.

En dicho orden de ideas, compartimos lo explicado por Magdalena Sepúlveda, quien, basada en criterios de interpretación del Principio de Progresividad emitidos por el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, a través de sus Observaciones Generales, explica que sobre las medidas *“deliberadamente regresivas existirá una fuerte presunción de incumplimiento del Pacto, y recaerá sobre el propio Estado la obligación de justificar las medidas adoptadas”*³⁵.

Para tal fin, la profesora Sepúlveda resume en tres (03) elementos los parámetros para determinar si se supera o no la presunción de ilegitimidad de las medidas legislativas peyorativas: (i) Que la medida se hubiera aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles; (ii) Que la medida esté debidamente justificada por referencia a todos los derechos enunciados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) Que se haga una aprovechamiento máximo de los recursos disponibles por el Estado.

³⁴ El artículo 5° del Protocolo de San Salvado establece lo siguiente:

“Artículo 5 - Alcance de las Restricciones y Limitaciones.-

Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

³⁵ SEPÚLVEDA, Magdalena, *“La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”*”, en *“Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”*; Editores del Puerto, 2006, Pág. 135.

En síntesis, en adición al criterio del contenido esencial del derecho a la pensión, el Principio de Progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales, y entre ellos, del Derecho a la Seguridad Social, son un límite adicional para la aplicación de las restricciones, y específicamente, para la aplicación del Principio de Solidaridad. Ciertamente, como bien explica el Tribunal Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no toda medida peyorativa será ilegítima, pero requerirá de una minuciosa evaluación para de su motivación y sus alcances para reconocer su legitimidad.



Capítulo 3. RESTRICCIONES PENSIONARIAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

Título 3.1. LOS TOPES PENSIONARIOS DEL DL 1990:

3.1.1. Naturaleza de los topes.

Los topes pensionarios han sido definidos por el TC - Expedientes acumulados No. 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC:

“20. “Tope pensionario” es la denominación coloquial asignada al monto máximo de pensión que puede recibir un pensionista de un determinado régimen. Tiene por función imponer un límite objetivo al monto de las pensiones, de manera tal que se permita al Estado un control en el reajuste periódico y progresivo de las pensiones, ponderando el derecho constitucional a un sistema de Seguridad Social que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. Así pues, el pago de la pensión del cesante o jubilado tendrá como “tope” el monto máximo previsto en el ordenamiento jurídico, aun cuando, conforme al sistema de cálculo de la pensión, ésta alcance un monto superior”.

Conforme a la definición que brinda el Tribunal, los topes pensionarios son una manifestación del Principio de Solidaridad, que permite asegurar a la colectividad de pensionistas una vida digna. En este caso, para seguir el ejemplo citado de Vásquez Vialard, aquellos pensionistas que tienen derecho a una pensión mayor a la máxima otorgada, serían los “ricos”, quienes prestarían su colaboración para ayudar a solventar las pensiones de aquellos que tengan pensiones inferiores al monto mínimo, que serían los “pobres”.

Esto tiene lugar en el supuesto (que ocurre en el Decreto Ley N° 19990) que los aportes de los activos no resulten ser suficientes para asumir el pago de las pensiones de los jubilados.

Ciertamente, en el Sistema Nacional de Pensiones, el Tope estuvo reconocido desde su creación como posibilidad, mediante el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990:

“Artículo 78.- El Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales previo estudio actuarial propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones el que será fijado por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

No obstante, se debe tener en cuenta que dicha norma no estableció el tope en monto fijo o proporcional, sino, que lo reconoció como una legítima posibilidad. El tope máximo de las pensiones fue establecido con posterioridad, mediante el Decreto Ley N° 22847.

3.1.2. La fórmula prevista para el caso de déficit en el Sistema Nacional de Pensiones.

No obstante lo previamente señalado, en el artículo 20° del Decreto Ley N° 19990 se estableció otra legítima posibilidad para viabilizar el pago de las pensiones, una fórmula distinta a la imposición de topes pensionarios para los supuestos de déficit de los fondos del sistema, la cual consistía en incrementar las aportaciones de los trabajadores en actividad:

“Artículo 20.- Si por causas imprevisibles el total de los egresos de un año calendario superara a los ingresos, produciendo un déficit que pudiere ser evaluado como permanente, las aportaciones serán aumentadas por Resolución Ministerial a propuesta del Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales, en uno y medio por ciento de

las remuneraciones o ingresos asegurables, distribuyéndose el pago de este porcentaje en la forma prevista en el artículo 7.

En la fecha en que entre en vigencia el aumento a que se refiere el párrafo anterior, el Gerente General dispondrá la realización de un estudio actuarial con el objeto de que en un plazo no mayor de seis meses se ratifique o reajuste la tasa de incremento de conformidad con el artículo 7; en este último caso, el nuevo porcentaje de aportación no se aplicará a los períodos devengados”.

En virtud de lo expuesto, no obstante la seria dificultad que supondría disponer el incremento del porcentaje de aportación de los trabajadores activos, es ésta la primera fórmula establecida en el Decreto Ley N° 19990 para contrarrestar un eventual déficit de fondos: el incremento de los aportes de los activos.

A su vez, se advierte que esta alternativa de solución ante el déficit financiero es también una manifestación del Principio de Solidaridad. En este caso, tomando nuevamente el ejemplo de Vásquez Vialard, “los ricos” serían los trabajadores activos, y “los pobres” serían los pensionistas cuyas pensiones no pueden ser solventadas.

Finalmente, se debe tener en cuenta que esta fórmula, aunada a la posibilidad de que los pensionistas perciban siempre una pensión máxima proporcional al promedio de sus últimas aportaciones y nunca menor, es decir, durante el periodo comprendido entre la vigencia del Decreto Ley N° 22847 y el Decreto Ley N° 25967, sería beneficiosa para los trabajadores activos también. Ello, debido a que durante el periodo de pensión máxima proporcional al aporte, un incremento de la aportación hubiera significado para los aportantes una expectativa de incremento de la pensión que les correspondería, dado que la pensión máxima siempre sería proporcional al aporte.

3.1.3. Sucesión normativa en relación a la pensión máxima otorgada en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990.

Inicialmente, el artículo 78º del Decreto Ley N° 19990 reconoció el tope máximo como una legítima posibilidad. Esta posibilidad fue materializada mediante las siguientes normas:

- ★ D.L. N° 22847
- ★ D.S. N° 078-83-PCM
- ★ D.S. N° 077-84-PCM
- ★ D.L. N° 25967
- ★ D.S. N° 106-97-EF
- ★ D.S. N° 056-99-EF
- ★ D.U. N° 105-2001

Sin embargo, se debe advertir que las fórmulas utilizadas para determinar el tope en las normas previamente citadas, tienen sustanciales diferencias.

3.1.4. Topes iniciales en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones: Relación proporcional entre la remuneración máxima asegurable, el aporte, y la pensión máxima.

De la revisión de la modalidad de topes establecidos en las disposiciones legales previamente mencionadas, se advierte que no es cierto que el Régimen del Decreto Ley N° 19990 haya establecido por su propio diseño la posibilidad de imponer topes pensionarios fijos y desproporcionados respecto de los aportes de los asegurados.

En principio, se debe tener en claro que mediante el Decreto Ley N° 22847 se estableció el tope pensionario real inicial, el cual fijaba como límite máximo de la pensión el 80 % de la Remuneración Asegurada; sin embargo, no en todos los casos se aseguraba el total de las remuneraciones, dada la existencia de una “Remuneración Máxima Asegurable”. Esta Remuneración Máxima Asegurable surgía en el caso que la remuneración de un trabajador fuera superior a 5 Remuneraciones Mínimas Vitales, supuesto en que sólo correspondía asegurarlo en proporción a las 5 Remuneraciones Mínimas Vitales, y dicho trabajador sólo aportaba al seguro sobre estas 5 Remuneraciones Mínimas Vitales y no sobre el total de su remuneración.

En ese orden de ideas, si bien el Decreto Ley N° 19990 siempre contempló la posibilidad de imponer un tope al monto de las pensiones otorgadas, el tope inicial establecido era calculado en justa proporción a la remuneración asegurada, con el límite máximo de la Remuneración Máxima Asegurable, y tal sistema de topes no generaba supuestos de desproporción entre los aportes efectuados y el monto de la pensión que de ellos se obtenía.

El mencionado Decreto Ley N° 22847 que estableció una Remuneración Máxima Asegurable que ascendía a 5 remuneraciones mínimas vitales y que preveía que el límite máximo o tope máximo de la pensión otorgada era el 80% de la Remuneración Asegurada, fue posteriormente modificado por el Decreto Supremo N° 078-83-PCM y el Decreto Supremo N° 077-84-PCM, que variaron los montos de la Remuneración Máxima Asegurable a 7.5 y 10 Remuneraciones Mínimas Vitales respectivamente, pero no variaron el porcentaje de cálculo de la pensión máxima (80% de la Remuneración Asegurada).

3.1.5. Variación de los topes manteniendo la proporción respecto de la remuneración máxima asegurable: ruptura de la proporción entre los aportes efectuados y la pensión otorgada a los asegurados:

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 140-90-PCM fue modificado por el Decreto Supremo N° 179-91-PCM, que estableció que las aportaciones de los asegurados se realizaran sobre el total de su remuneración, sin topes. Es decir, el citado Decreto Supremo eliminó el concepto de “Remuneración Máxima Asegurable” como tal, ya que, a partir de la vigencia de esta norma (21 de octubre de 1990), los trabajadores realizarían sus aportes al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990 sobre el total de la remuneración que percibían.

3.1.6. Variación de los topes dejando de lado la proporción relativa a la remuneración. Topes en monto fijo.

Por último, mediante el Decreto Ley N° 25967, el Decreto Supremo N° 056-99-EF y el Decreto de Urgencia N° 105-2001, se rompió la proporción que existía entre los aportes de los asegurados, la remuneración asegurada y la pensión otorgada, ya que las citadas normas establecieron un tope máximo para las pensiones, que es fijo y no guarda ninguna proporción con los aportes efectuados ni con la remuneración asegurada (que es el total de la remuneración), suponiendo para los asegurados una situación que es desproporcional.

La desproporcionalidad, como posibilidad, radica precisamente en que aquellos que perciban remuneraciones altas aportarán un porcentaje del total de dichas remuneraciones, pero no tendrán la expectativa de gozar de una pensión que guarde ninguna proporción con los aportes realizados.

3.1.7. El tope establecido mediante el Decreto Ley N° 22847 fue un tope proporcional, libre de excesos:

El tope pensionario primigenio establecido mediante el Decreto Ley N° 22847 fijaba como límite máximo de la pensión el 80% de la Remuneración Asegurada, y no contemplaba la posibilidad de que el monto de la pensión que se obtuviera fuera mayor a la remuneración del trabajador, o desproporcional a ella. Es decir, el sistema de topes máximos aplicado antes de la vigencia de la Ley N° 25967, el Decreto Supremo N° 056-99-EF y el Decreto de Urgencia N° 105-2001, era proporcional para los trabajadores y, a su vez, no generaba ningún perjuicio a la economía del Estado, ya que no contemplaba el supuesto de que se otorguen pensiones desproporcionales elevadas e irracionales.

Si bien nuestro sistema pensionario ha contemplado desde un inicio la posibilidad de imponer topes para mantener un equilibrio, la imposición de los topes aplicados no puede estar exenta del análisis de razonabilidad, proporcionalidad, y, sobre todo, de constitucionalidad, para verificar si la imposición de éstos obedece a criterios técnicos específicos que no causarán perjuicios a los asegurados o al Estado, o si tal aplicación resulta ser desproporcionada, injustificada y arbitraria. Esto, con mayor razón si el propio sistema pensionario del Decreto Ley N° 19990 ya aplicó en el pasado un sistema de topes máximos que eran proporcionales a los aportes de los asegurados.

En ese sentido, si las normas que regulan nuestro sistema actual de topes máximos resultaran ser inconstitucionales, el actualmente vigente Decreto de Urgencia N° 105-2001 podría y debería ser inaplicado en los casos concretos, en atención a la facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas, facultad jurisdiccional de vital importancia en nuestro sistema legal.

3.1.8. La posibilidad de inaplicar los topes pensionarios ante un supuesto de manifiesta desproporción.

El artículo 138° de la Constitución regula la posibilidad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las normas, a efectos de inaplicarlas en caso sean contrarias a la Constitución.

La aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas legales es necesaria para la protección de los derechos fundamentales, y su efectividad. Al respecto, Blancas Bustamante explica que *“los derechos fundamentales son, necesariamente, “eficaces” ..., de no serlo, resultarían completamente inocuos”*³⁶.

En relación a la posibilidad y la idoneidad de la aplicación o inaplicación de determinadas normas cuya constitucionalidad se está evaluando, para la protección de derechos fundamentales, Humberto Nogueira señala lo siguiente:

“En un sentido estricto o restringido, con el vocablo justicia constitucional se alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material, determinando la posible inconstitucionalidad de dichas normas o actos, determinando su inaplicabilidad, su anulación o su nulidad. La justicia constitucional es aquella desarrollada por los diversos

³⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *“Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo”*, 2da. ED., Fondo Editorial PUCP, 2013, Pág. 81.

*tribunales y jueces de todos los órdenes con competencia en materia constitucional y de protección de los derechos fundamentales, mediante las acciones y recursos previstos en la respectiva Constitución y leyes que aseguran la integridad de la Constitución*³⁷.

No obstante, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema legal rige el Principio constitucional de Interpretación Conforme a la Constitución. En virtud de este principio, una norma no debe ser declarada nula o inaplicada cuando por lo menos alguna de sus acepciones, puede ser interpretada en concordancia con la Constitución.

Esta posición ha sido recogida en el primer párrafo del artículo IV del Código Procesal Constitucional, que establece lo siguiente:

*“Art. VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional
Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.
...”*

A su vez, dicha posición ha sido recogida en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

“SEGUNDA.- Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur”, Palestra Editores, Lima – 2006, Pág. 28.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que el uso de la facultad de control difuso es un último recurso, al cual se debe recurrir cuando la norma no sea posible interpretar en un sentido constitucional:

“20. Para mayor precisión en la exposición de los fundamentos jurídicos de este Colegiado, resulta oportuno recordar que la jurisdicción constitucional contemporánea asume que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un mecanismo al cual se debe recurrir como último recurso, esto es, cuando se determine que la incompatibilidad no puede ser “salvada” vía interpretación de la norma. En tal sentido, debe tenerse presente el principio de interpretación conforme a la Constitución. Asimismo, debe considerarse la distinción entre norma y disposición, recogida en 0010-2002-AI/TC [fundamento 34]. Así, de un lado se distingue al enunciado lingüístico (disposición) de los sentidos interpretativos derivados a partir de éste (norma). En virtud de lo anterior, debe comprenderse que la presente sentencia es una de tipo interpretativo” (STC EXP. N.º 00014-2009-PI/TC – 25 DE AGOSTO DE 2010).

En ese orden de ideas, se debe valorar si es inconstitucional la aplicación de los topes. Al respecto, en virtud de que su aplicación encuentra su justificación en el Principio de Solidaridad, elemento básico de la seguridad social, considero que los jueces no deberían inaplicar el tope pensionario, debido a que su aplicación no trasgrede el derecho fundamental a la pensión, ni le resta sustancial eficacia.

Tal posición encuentra sustento adicional en que la aplicación de topes estaba prevista como posibilidad desde la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 19990 (artículo 78°), como alternativa a la opción inicial de incrementar las aportaciones de los trabajadores activos, en caso de déficit de los recursos de la Caja Nacional de Pensiones (artículo 20°). Dicha regulación inicial no se circunscribía a topes proporcionales a la remuneración o al aporte.

Tampoco podría alegar que se debe evaluar caso por caso para determinar si corresponde o no la inaplicación de los topes, debido a que, en ese caso, respecto de aquellos que sufren una mínima reducción de la pensión, se sostendría que el tope no los afecta sustancialmente, y respecto de aquellos que sufren una sustancial reducción de la pensión, se sostendría que tal reducción es una manifestación del Principio de Solidaridad. Por ello, tendría que asumirse la no inaplicación del tope en todos los supuestos.

Adicionalmente, se debe advertir que la manifestación del Principio de Solidaridad a través de la aplicación del tope máximo previsto en el SNP es válida, pues no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión, y tampoco trasgrede el Principio de Progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales por ser una disposición originaria en el SNP.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, considero que es más importante la necesidad de proveer a la colectividad de una pensión, que la velar para que todas las pensiones deban ser proporcionales a la remuneración y al aporte en el SNP. En ese sentido, es correcto darle preponderancia al Principio de Solidaridad en procura de proveer seguridad social a quienes lo requieran, respecto del ideal de proporcionalidad de pensiones en el SNP.

3.1.9. Una alternativa de solución para evitar la manifiesta desproporción.

A manera de propuesta o alternativa en virtud de la imposibilidad de pretender la inaplicación de los topes en el Sistema Nacional de Pensiones, una como fórmula eficaz de solución del problema de las graves desproporciones que impiden que el trabajador que pasa a la condición de jubilado tenga la posibilidad de mantener la calidad de vida que tenía mientras era un trabajador activo, sería adoptar una reforma legal que permita el libre traspaso del Sistema Nacional de Pensiones al Sistema Privado de Pensiones, a aquellas personas cuya pensión será definitivamente desproporcional a su remuneración y a sus aportaciones.

Si bien en la actualidad tal decisión de traslado es posible, dicha posibilidad tiene restricciones, y no viene acompañada del derecho de pasar al Sistema Privado con todas las aportaciones realizadas, dado que sólo se otorgan Bonos de Reconocimiento para los aportes anteriores a 1992, a 1996 y a 2001, como se verá en el sub apartado inmediato siguiente.

Por ello, la alternativa planteada permitiría que los asegurados tengan la posibilidad de obtener una pensión proporcional a sus aportes y a sus remuneraciones, pero en el Sistema Privado de Pensiones.



Título 3.2. EL TOPE DEL VALOR NOMINAL DEL BONO DE RECONOCIMIENTO DE LOS EX AFILIADOS AL SNP.

3.2.1 Naturaleza del Bono de Reconocimiento.

El Bono de Reconocimiento es un beneficio reconocido a los trabajadores que decidieran trasladarse del SNP al SPP. Interesa en este apartado tratar de determinar si se trata de una devolución de los aportes realizados, y de ser el caso, si ésta es total o parcial.

Al referirse al Bono de Reconocimiento, César Abanto lo describe como un título otorgado por el Estado “*que representa el valor referencial de los aportes previsionales que efectuó el trabajador al SNP antes de su incorporación al SPP*”³⁸. Esta definición está referida al documento que representa el beneficio, pero no a la naturaleza del mismo.

En el Proyecto de Ley N° 140/2016-CR de fecha 01 de agosto de 2016 se define al beneficio como una “compensación” de los aportes de un trabajador que se incorpora al SPP. Definir al beneficio como una compensación implica apartarse de la posibilidad de pretender la devolución de los aportes realizados.

Ahora bien, para determinar si, de acuerdo a las normas que originan el beneficio se trata o no de una devolución parcial o total de aportes, resulta necesario analizar la sucesión normativa que lo origina.

3.2.2. Sucesión normativa en relación al Bono de Reconocimiento:

El Bono de Reconocimiento es un beneficio que tiene origen en el Decreto Ley N° 25897, norma de creación del SPP. Su artículo 9° estableció lo siguiente:

“Artículo 9.- En el caso de optar el trabajador por dejar el régimen el IPSS e incorporarse al SPP, recibe un “Bono de Reconocimiento” emitido por el IPSS por el monto

³⁸ ABANTO REVILLA, César, “Manual del Sistema Privado de Pensiones”, Soluciones Laborales, Primera Edición, 2013, Pág. 64.

correspondiente a los beneficios del trabajador en función a los meses de sus aportes al IPSS hasta la fecha de vigencia de presente ley”.

Del artículo previamente citado se desprende que la finalidad del beneficio emitido por el Estado era brindar un bono por el monto correspondiente a sus aportes realizados en el SNP.

Con posterioridad se emitió el Decreto Supremo N° 180-94-EF, norma que contiene disposiciones referidas a la emisión de los Bonos de Reconocimiento. Precisamente, del considerando tercero del Decreto Supremo N° 180-94-EF de fecha 31 de diciembre de 1994 se deslinda de la idea de devolver el monto correspondiente a los aportes de los trabajadores, al definir al Bono como una “compensación” por dichos aportes:

“Que, en el marco de los propósitos antes señalados, el Artículo 9 del Decreto Ley N° 26897 establece que el trabajador que se incorpora al SPP tiene derecho a recibir un Bono de Reconocimiento como compensación de sus aportes al SNP”;

La diferencia entre brindar un bono por el monto correspondiente a sus aportes, y brindar una compensación por los aportes parece menor pero no lo es: la primera premisa se acerca a la idea de devolver total o parcialmente las aportaciones realizadas, mientras la segunda premisa implica sólo un reconocimiento unilateral, que puede o no tener alguna relación con el criterio inicial, es decir, con el monto correspondiente a los aportes.

A través del Decreto Supremo N° 054-97-EF se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Su artículo 8° ratifica la idea inicial de establecer un beneficio por el monto correspondiente a los aportes:

“Artículo 8.- En caso de optar el trabajador por dejar el régimen del SNP e incorporarse al SPP, recibe un "Bono de Reconocimiento" emitido por la ONP por el monto correspondiente a los beneficios del trabajador en función a

los meses de sus aportes al SNP hasta el 6 de diciembre de 1992”.

De acuerdo a la redacción original del Decreto Ley que crea el SPP, y de su Texto Único Ordenado, la premisa original no era compensar por los aportes, sino devolver los aportes. Ambas disposiciones establecen como restricción primigenia a esta posible devolución, la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25897 en el mes de diciembre de 1992. En las siguientes líneas se analizará si existe la posibilidad material de devolver los montos aportados por los trabajadores.

a) Bonos existentes: Bono 1992, Bono 1996 y Bono 2001.

En el Sistema Privado de Pensiones - SPP se reconocen tres (03) tipos de Bono de Reconocimiento: (i) el Bono 1992, por las aportaciones anteriores a diciembre de 1992; (ii) el Bono 1996, por las aportaciones anteriores a diciembre de 1996; y (iii) el Bono 2001, por las aportaciones anteriores a diciembre de 2001.

- (i) El Bono de Reconocimiento 1992 fue creado a través del Decreto Ley N° 25897, y es aplicable a todos los trabajadores asegurados al SNP que decidan trasladarse al SPP.
- (ii) El Bono de Reconocimiento 1996 fue creado a través del Decreto Legislativo N° 874, y es aplicable a los trabajadores incorporados al SPP entre el 06 de noviembre de 1996 y el 31 de diciembre de 1997.
- (iii) El Bono de Reconocimiento 2001 fue creado a través de la Ley N° 27617, y es aplicable a todos los trabajadores asegurados al SNP, y es aplicable a todos los trabajadores asegurados al SNP que decidan trasladarse al SPP.

b) Análisis de la fórmula del Bono de Reconocimiento: $B=0.1831 \times R \times M$

El cálculo del valor nominal del Bono se realiza en observancia del artículo 5° del Decreto Supremo N° 180-94-EF, que estableció la siguiente fórmula:

“Artículo 5º.- Forma de Cálculo

El valor nominal del Bono se calcula de la siguiente forma:

$$B=0.1831 \times R \times M$$

Donde:

B: Valor nominal del Bono.

R: Promedio de las últimas 12 remuneraciones asegurables, consecutivas o no, anteriores a diciembre de 1992, sobre las cuales el afiliado aportó a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS.

...

M: Cantidad de meses de aportación con anterioridad al 6 de diciembre de 1992, sobre los cuales el afiliado aportó a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS.

...”

Al establecer a través del Decreto Supremo N° 180-94-EF una fórmula basada en el dato referencial del promedio de las remuneraciones anteriores a la fecha de reconocimiento, y en el dato objetivo de los meses de aportación anteriores, queda claro que el beneficio del Bono de Reconocimiento no se materializa como una devolución de las aportaciones realizadas o su valor equivalente, sino como una compensación por haber realizado dichas aportaciones, pese a que la premisa original no era compensar por los aportes, sino devolver los aportes.

Ahora bien, para determinar si existe la real posibilidad de devolver las aportaciones realizadas en lugar de compensarlas, se deben tener en cuenta los cambios de moneda en el Perú. En 1931 entró en vigencia, bajo los alcances del Decreto Ley N° 7126, el “Sol de Oro”, que la cual reemplazó a la Libra Peruana. Posteriormente, en virtud de la Ley N° 24064, en enero de 1985 se creó la nueva unidad monetaria denominada “Inti”, vigente hasta diciembre de 1990. Finalmente, a partir del 30 de Diciembre de 1990 ha entrado en vigencia el Nuevo Sol.

Estos cambios de moneda tienen como resultado práctico en la actualidad que, para pretender determinar el valor de aportaciones realizadas antes de diciembre de 1990, se tienen que remitir a la tabla de conversión y equivalencias del Banco Central de Reserva - BCR³⁹, en virtud de la cual los valores de los aportes se diluirán sustancialmente al ser convertidos a soles:

TABLA DE EQUIVALENCIAS PUBLICADA POR EL BCR

A: De	Sol de Oro	Inti	Sol (Nuevo Sol)
Sol de Oro		Divida el importe en Soles de Oro entre 1 000	Divida el importe en Soles de Oro entre 1 000 000 000
Inti	Multiplique el importe en Intis por 1 000		Divida el importe en Intis entre 1 000 000
Sol (Nuevo Sol)	Multiplique el importe en Nuevos Soles por 1 000 000 000	Multiplique importe en Nuevos Soles por 1 000 000	

En ese orden de ideas, aunque ciertamente la fórmula de cálculo creada mediante el Decreto Supremo N° 180-94-EF no busca devolver las aportaciones sino compensarlas, no resulta razonable priorizar la expectativa de devolución de las aportaciones, en atención a que la conversión generará que los valores de los aportes se diluyan necesariamente al ser convertidos a soles.

c) Tope del Bono de Reconocimiento calculado:

Entre las características del Bono de Reconocimiento establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 180-94-EF, el literal g) establece una que tiene incidencia en el cálculo del valor nominal y real:

³⁹ Fuente: <http://www.bcrp.gob.pe/billetes-y-monedas/unidades-monetarias/tabla-de-equivalencias.html>

“g) Tiene un valor nominal máximo de S/. 60,000.00 que se actualiza conforme al IPC o el indicador que lo sustituya, tomándose como base el índice de diciembre de 1992”.

Al respecto, se debe señalar que establecer un valor nominal máximo es precisamente aplicar un tope pensionario, en este caso no a la prestación mensual, pero sí al capital que constituirá el fondo que generará las prestaciones de jubilación en el SPP.

En este caso, sería posible retornar al ejemplo citado de Vásquez Vialard, ubicando a aquellos afiliados que en su cálculo hubieran merecido una compensación mayor a S/. 60,000.00 como los “ricos”, quienes, pese a pertenecer al SPP prestarían su colaboración para ayudar a solventar las pensiones de aquellos aún afiliados al SNP, que serían los “pobres”.

La descripción realizada sería una clara manifestación del Principio de Solidaridad en el supuesto de tratarse de la limitación a la devolución de los valores reales de las aportaciones; sin embargo, mediante el Decreto Supremo N° 180-94-EF se ha establecido una compensación, que no es ni pretende ser la devolución de los aportes realizados. En realidad, este tope termina siendo una operación adicional a la fórmula establecida para el cálculo del valor compensatorio del Bono, que sería la siguiente:

$$B=0.1831 \times R \times M \leq S/ 60,000.00$$

En virtud de la fórmula establecida normativamente y su tope máximo, resulta que determinados afiliados al SPP percibirán una compensación inferior a los aportes que realizaron al SPP. Es en estos casos en que se advertirá la presencia del Principio de Solidaridad, pues este dinero excedente permanecerá en la Caja Nacional y serán usadas para cubrir las pensiones del SNP.

3.2.3. La posibilidad de inaplicar el tope del Bono de Reconocimiento.

En relación a la legitimidad del tope establecido al Bono de Reconocimiento, se debe señalar que es una manifestación del Principio de Solidaridad que establece una

restricción, la cual claramente no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión. La configuración del beneficio del Bono de Reconocimiento comprende la posibilidad de que los afiliados al SPP obtengan una prestación inferior a las aportaciones realizadas, rompiendo el sinalagma entre prestaciones y aportaciones, deviniendo en manifestación del Principio de Solidaridad dado que el monto aportado no devuelto será usado para otorgar las prestaciones del SNP.

No obstante lo anterior, en el presente caso sí se trata de una medida regresiva en materia de derechos sociales, toda vez el beneficio del Bono de Reconocimiento no se materializa como una devolución de las aportaciones realizadas o su valor equivalente, sino como una compensación por haber realizado dichas aportaciones, pese a que la premisa original no era compensar por los aportes sino devolver los aportes. Toca entonces analizar si esta medida regresiva trasgrede el Principio de Progresividad.

Al respecto, de acuerdo a los parámetros establecidos a través de la STC N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados), el Tribunal Constitucional establece que *“el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”*.

El Tribunal concluye que las medidas restrictivas que se justifiquen y alineen con el propio derecho a una pensión acorde con el principio de dignidad humana, no implican trasgresión del Principio de Progresividad.

Resulta evidente que los límites en el Bono de Reconocimiento, es decir, los límites en cuanto a la decisión de no devolver el total de los aportes, sino sólo un valor referencial, y el tope establecido para el monto nominal que corresponde a dicho valor referencial, implican que determinadas cantidades de dinero aportadas al SNP permanecerán en la Caja Nacional y serán usadas para cubrir las pensiones de dicho sistema, en aquellos supuestos en que la compensación resulte menor que la aportación total realizada.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el Bono de Reconocimiento es una prestación previsional en beneficio de los afiliados al SPP, la cual puede implicar un beneficio y

manifestación de solidaridad para con los afiliados al SNP por limitar las aportaciones reconocidas, es claro que es una medida legítima, razonable, y que se alinea y justifica con el derecho a la pensión, motivos por los cuales no trasgrede el Principio de Progresividad de los derechos sociales.

Dado lo anterior, no sería una iniciativa válida aquella que pretenda la inaplicación del tope del Bono de Reconocimiento, dado que esta limitación es una manifestación válida del Principio de Solidaridad, la cual no vulnera el Principio de Progresividad de los derechos sociales, y por no haber trasgresión de ninguna norma constitucional de acuerdo a lo regulado en el artículo 138° de la Constitución.



Título 3.3. RESTRICCIONES A LA POSIBILIDAD DE DISPONER DEL 95.5% DEL FONDO DE LA CIC, EN EL SPP.

3.3.1. El Principio de Solidaridad como parte del SPP.

a) El SPP como parte del sistema de seguridad social.

En principio, se debe continuar este análisis señalado que nuestro sistema de pensiones no comprende a la colectividad, es decir, que no abarca a todos los “ricos” ni proveerá bienestar a todos los “pobres”, pues tanto el SNP como el SPP son regímenes contributivos, que no proveen prestaciones a quienes no realizan aportes, salvo el caso de los derechohabientes que será analizado más adelante. En ese sentido, el SNP y el SPP, en similares condiciones, conforman nuestro sistema de pensiones.

Es precisamente en atención a la pretendida ausencia de solidaridad que Pasco Cosmópolis reconocía al SPP como parte de la seguridad social, no por compatibilizar con sus principios fundamentales (punto de vista axiológico), sino por tener como objetivo y finalidad fundamental la de dar cobertura frente al estado de necesidad, otorgando prestaciones para hacer frente a las contingencias (punto de vista teleológico). Este autor, pese a lo anterior, encontraba como “*criterio diferenciador por excelencia*” respecto de la seguridad social la “*renuncia a toda solidaridad y a toda redistribución*”⁴⁰.

Como explica Abanto Revilla⁴¹, es en atención a la alegada ausencia de solidaridad que el Tribunal Constitucional negaba inicialmente al SPP el reconocimiento como parte de la seguridad social. Ello se explica, entre otras, mediante la STC N° 050-2004-AI/TC:

“140.

...

⁴⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Los Principios de la Seguridad Social y los diversos Sistemas Pensionarios”; Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia previsional; Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2008, Págs. 17 y 18.

⁴¹ ABANTO REVILLA, César, “Desafiliación del Sistema Privado de Pensiones: Las causales previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su compatibilidad con la Ley N° 28991”, Jus Jurisprudencia N° 01, Grijley, junio 2007, Pág. 64.

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

No obstante lo anterior, en posteriores sentencias el Tribunal Constitucional ha variado su posición reconociéndolo como parte de la seguridad social, según se advierte de la STC N° 00014-2007-AI/TC:

“36.

...

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que, en un SPPr, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento”.

En ese orden de ideas, con el reconocimiento del SPP como parte de nuestro sistema de seguridad social, resulta oportuno incidir en si, ciertamente, la ausencia de solidaridad al SPP ha sido correctamente atribuida.

b) Manifestaciones concretas del Principio de Solidaridad en el SPP.

De acuerdo a lo evaluado en el presente trabajo, consideramos que las manifestaciones de solidaridad en el SPP que se han encontrado son las siguientes:

b.1) Derechohabientes.

En principio, hemos encontrado en los derechohabientes la manifestación inicial más evidente de que en el SPP se comprende el Principio de Solidaridad. Las formas de redistribución descritas por Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero no se agotan en el sentido tradicional de solidaridad, pues se trata de una Solidaridad Familiar, que se ocupa del bienestar del aportante, pero especialmente de los derechohabientes que están a cargo del aportante.

Es necesario resaltar que el SPP reconoce prestaciones a los derechohabientes, es decir, al cónyuge, hijos y padres que se encontraban a cargo del aportante que fallece: cónyuge o concubino, hijos menores, hijos mayores mientras sigan estudios satisfactoriamente, hijos discapacitados, y a padres inválidos o dependientes del causante.

De acuerdo a la breve descripción realizada, el SPP reconoce desde su creación prestaciones a favor de los derechohabientes de los aportantes, rompiendo desde su constitución el sinalagma entre prestaciones y aportaciones, y dando lugar a la existencia de la Solidaridad Familiar, manifestación no tradicional del Principio de Solidaridad.

b.2) Límites al Bono de Reconocimiento.

Como se ha mencionado previamente, los límites en el Bono de Reconocimiento, es decir, los límites en cuanto a la decisión de no devolver el total de los aportes, sino sólo un valor referencial, y el tope establecido para el monto nominal que corresponde a dicho valor referencial, implican que determinadas cantidades de dinero aportadas al SNP permanecerán en la Caja Nacional y serán usadas para cubrir las pensiones de dicho sistema.

En este sentido, el beneficio del Bono de Reconocimiento comprende la posibilidad de que los afiliados al SPP obtengan una prestación inferior a las aportaciones realizadas, rompiendo el sinalagma entre prestaciones y aportaciones.

b.3) Fondos comunes para el SPP:

El SPP cuenta con fondos de inversión (Fondo 1 - de Preservación de Capital; el Fondo 2 - Balanceado o Mixto; y, el Fondo 3 - de Apreciación de Capital), y de conformidad con el primer párrafo del artículo 19° del Texto Único Ordenado del Sistema Privado de Pensiones – TUO SPP, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 054-97-EF⁴², el dinero de las referidas CIC también se suma en fondos comunes, antes de invertirse.

En ese orden de ideas, no sería equivocado señalar que en el SPP también existen fondos comunes que comprenden el dinero de todos los aportantes, que se invierten en conjunto y que luego se reparten en la proporción correspondiente.

b.4) Bono de Reconocimiento Complementario que sustenta la pensión mínima en el SPP, y Pensión Complementaria:

El Bono de Reconocimiento Complementario que sustenta la pensión mínima en el SPP, y la Pensión Complementaria en el SPP son prestaciones establecidas en virtud de los artículos 10° y 11° de la Ley N° 28991, a través de las cuales se reconoce cobertura estatal para asignar una pensión mínima y una pensión complementaria a los afiliados al SPP que no cuenten con una pensión, que cuenten con una pensión inferior a la pensión mínima, o que hayan agotado el saldo de su CIC percibiendo una pensión definitiva bajo la modalidad de retiro programado.

Dado lo anterior, es claro que el Bono de Reconocimiento Complementario que sustenta la pensión mínima en el SPP y la Pensión Complementaria son prestaciones para

⁴² El primer párrafo del artículo 19° del Decreto Supremo N° 054-97-EF, establece lo siguiente: *“Artículo 19.- Cada Fondo está constituido por la suma correspondiente de las Cuentas Individuales de Capitalización de los afiliados que optaron por el mismo”* (Subrayado y resaltado agregado).

determinados afiliados al SPP que obtendrán prestaciones superiores a las aportaciones realizadas, rompiendo el sinalagma entre prestaciones y aportaciones.

En síntesis, considero que existen suficientes elementos que indican la existencia de solidaridad en el SPP, como parte de nuestro sistema de seguridad social, toda vez que sus disposiciones permiten que se quiebre la relación entre aportaciones y prestaciones, en beneficio de aquellos afiliados que lo necesitan, y porque está normativamente establecida la existencia de fondos comunes que comprenden el dinero de todos los aportantes, que se invierten en conjunto y que luego se reparten en la proporción correspondiente.

3.3.2. Análisis de la norma que permite que los afiliados al SPP dispongan de sus fondos.

A través de la Ley N° 30425, y la posteriormente emitida Ley N° 30478, se ha introducido una modificación sustancial en el SPP, en virtud de la cual los afiliados pueden disponer de un porcentaje importante del dinero de su CIC, y destinarlo a fines no previsionales. Ésta entre otras modificaciones al SPP.

En principio se procederán a describir las diferentes modificaciones establecidas en virtud de las normas previamente mencionadas:

a) El último párrafo del 40° del TUO SPP, incorporado a través de la Ley N° 30425 y modificado mediante la Ley N° 30478, establece lo siguiente:

"Los afiliados al SPP podrán disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización de aportes obligatorios para:

- a) Pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble, siempre que se trate de un crédito hipotecario otorgado por una entidad del sistema financiero.*
- b) Amortizar un crédito hipotecario, que haya sido utilizado para la compra de un primer inmueble otorgado por una entidad del sistema financiero.*

Dicha afectación podrá darse en cualquier momento de su afiliación”.

Al respecto, se debe advertir que esta medida no tiene un límite de edad. A partir de esto, no se le puede considerar una medida destinada a cubrir una contingencia por vejez, o por disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo.

b) El artículo 42-Aº del TUO SPP, incorporado a través de la Ley N° 30425, establece lo siguiente:

“Jubilación anticipada y devolución de aportes por enfermedad terminal

Artículo 42-A.-

Procede también la jubilación anticipada cuando el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que reduzca su expectativa de vida, debidamente declarada por el comité médico evaluador calificado por la SBS, no obstante no reúna los requisitos señalados en el artículo 42 de la presente Ley y siempre y cuando no pueda acceder a una pensión de invalidez.

En caso de que el afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que solicite pensión por invalidez o por jubilación anticipada a que se refiere el párrafo precedente, no cuente con beneficiarios de pensión de sobrevivencia, podrá solicitar adicionalmente la devolución de hasta el cincuenta por ciento (50%) de sus aportes, incluyendo su rentabilidad. En este último caso la cotización de su pensión se efectuará considerando el retiro de los aportes antes referidos”.

A través de esta norma se regula el supuesto de enfermedad terminal y diagnóstico de cáncer, que sea declarado por el Comité de Salud de la SBS. En estos casos, procede la jubilación anticipada cuando no se cuente con pensión de invalidez. Asimismo, el pensionista (por jubilación anticipada o por invalidez) puede disponer de hasta el 50% de sus aportes, si y sólo si no cuenta con beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

En este caso se toma en especial consideración a los beneficiarios de pensión de sobrevivencia, a los cuales se les protege con la especial consideración en virtud de la cual el afiliado que tenga el grave diagnóstico de salud no puede disponer de sus fondos si tiene derechohabientes.

c) La Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del TUO SPP, incorporada a través de la Ley N° 30425 y modificada mediante la Ley N° 30478, establece lo siguiente:

“Opciones del afiliado

VIGÉSIMO CUARTA. El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de aportes obligatorios, en las armadas que considere necesarias. El afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal.

El monto equivalente al 4.5% restante de la CIC de aportes obligatorios, deberá ser retenido y transferido por la AFP directamente a Essalud en un período máximo de 30 días a la entrega señalada en el párrafo anterior, para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo de la seguridad social en salud señalado en la Ley 26790, sin perjuicio que el afiliado elija retiros por armadas y/o productos previsionales. En este último caso, el aporte a Essalud por las pensiones que se perciban quedará comprendido y pagado dentro del monto equivalente al porcentaje señalado en el presente párrafo para no generar doble pago por parte de los afiliados. El tratamiento previsto en los párrafos anteriores se aplica a los recursos que se acrediten a la CIC de aportes obligatorios con posterioridad a la decisión del afiliado.

Lo dispuesto en la presente disposición se extiende a los afiliados que hubieran accedido al Régimen Especial de Jubilación Anticipada respecto a su saldo o que se acojan a este régimen independientemente del monto de la pensión calculada, así como también a los jubilados que hayan optado por la modalidad de retiro programado total o parcial, respecto al saldo que mantengan en su CIC.

Quedan exceptuados de la retención y transferencia del 4.5% a Essalud los fondos de aquellos afiliados asegurados que cuenten con pensión de sobrevivencia (viudez y orfandad) dentro del régimen de la Ley 26790.”

La norma previamente citada establece la opción de entregar hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de aportes obligatorios (precisando en más de una oportunidad que se trata de los aportes obligatorios, pese a que otros artículos incluyen expresamente la rentabilidad), al cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

Esta disposición normativa establece que el afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio estatal en materia de pensiones.

Asimismo, esta medida no contiene ninguna objeción o condición para disponer de los fondos, en los casos de aquellos afiliados que cuenten con beneficiarios de pensiones de sobrevivencia.

En el mismo sentido en que fueron emitidas la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478, mediante la Resolución SBS N° 2370-2016 la SBS ha emitido el "*Procedimiento Operativo para el ejercicio de opciones del afiliado cuando llega a la edad de jubilación o accede al REJA*", precisando en su artículo 5° que se los titulares del derecho que ejerzan esta opción dejarán de tener cobertura del Estado en materia de pensiones, y que los potenciales derechohabientes no tendrán derecho a pensión de sobrevivientes:

“En caso usted disponga solicitar la entrega del 95,5% del saldo de su CIC, debe tener en cuenta que en la medida que no tiene la condición de pensionista del SPP, en caso de tener potenciales beneficiarios de pensión -cónyuge o concubino, hijos menores de 18 años de edad, hijos mayores de 18 años inválidos o padres en condición de dependencia- a su fallecimiento, ellos NO tendrán derecho a pensión alguna de sobrevivencia.

Asimismo, en caso opte por retirar un porcentaje del saldo de su CIC, debe conocer que en caso de tener potenciales beneficiarios de pensión -cónyuge o concubino, hijos menores de 18 años de edad, hijos mayores de 18 años inválidos o padres en condición de dependencia- a su fallecimiento, ellos percibirán una pensión de sobrevivencia reducida como consecuencia del porcentaje del saldo de la CIC que hubiese retirado”.

3.3.3. Posibilidad de cuestionar la legitimidad de la disposición del 95.5% del fondo, en virtud del Principio de Solidaridad.

En las normas modificatorias, y específicamente, en el reglamento operativo de la SBS se señalan expresamente tres (03) consecuencias de una eventual decisión de disponer del 95.5% del fondo:

- (i) Los potenciales derechohabientes no tendrán derecho a pensión de sobrevivientes.
- (ii) Los derechohabientes perderán la posibilidad de percibir las prestaciones de salud de ESSALUD, por no contar con una pensión.
- (iii) Los titulares del derecho dejarán de tener cobertura del Estado en materia de pensiones.

Lo previamente señalado se puede resumir en el siguiente cuadro, cuya finalidad es comparar gráficamente la protección que la norma de reforma brinda a los derechohabientes de los afiliados con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer, que es sustancialmente distinta al comparar la desprotección que la misma norma genera respecto de los demás afiliados al SPP:

CUADRO QUE RESUME LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOHABIENTES EN VIRTUD DE LA MODIFICACIÓN ESTABLECIDA POR LA LEY N° 30425

REFORMA DEL SPP QUE HABILITA LA DISPOSICIÓN DE FONDOS	AFILIADOS EN EDAD DE JUBILACIÓN	AFILIADOS CON ENFERMEDAD TERMINAL o DIAGNÓSTICO DE CÁNCER
NORMA QUE REGULA	Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del TUO SPP.	Artículo 42-A° del TUO SPP.
POSIBILIDAD DE DISPOSICIÓN	Hasta 95.5% del Fondo.	Hasta 50% del Fondo.
CONDICIÓN	Ninguna	Que el afiliado no tenga derechohabientes: cónyuge hijos o padres que hubieran percibido pensión de sobrevivientes.

<p style="text-align: center;">GRUPO QUE QUEDA SIN PROTECCIÓN EN SEGURIDAD SOCIAL (PENSIÓN Y PRESTACIONES DE SALUD)</p>	<p style="text-align: center;">DERECHOHABIENTES: CÓNIGUYE, HIJOS O PADRES QUE HUBIERAN PERCIBIDO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.</p>	<p style="text-align: center;">Ninguno</p>
--	--	--

Consideramos que la reforma del SPP tiene los siguientes problemas estructurales:

a) La reforma establece efectos que desconocen que la Seguridad Social es una garantía institucional.

Conforme se ha señalado en el primer capítulo del presente trabajo, la Seguridad Social es en nuestro sistema una *garantía institucional*, cuya finalidad es plasmar el compromiso del Estado asumido a nivel constitucional y ratificado internacionalmente, de preservar a sus ciudadanos y protegerlos contra los riesgos sociales.

Esta garantía implica que, como se establece en el Fundamento Jurídico 54 de la Sentencia 00050-2004-PI/TC, *“la Seguridad Social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido”*.

Como señala acertadamente el Tribunal Constitucional, el derecho a la Seguridad Social y el Derecho a la Pensión son parte de nuestro sistema jurídico y lo seguirán siendo independiente de cualquier eventual iniciativa legal peyorativa. Por ello, la decisión de modificar sustancialmente la forma de prestación que brinda el SPP generando como efecto la posibilidad voluntaria de dejar de ser beneficiarios del SPP, y de cualquier sistema previsional, es manifiestamente contraria a la decisión de protección que el Estado ha adoptado a través de la Constitución.

El Estado, por decisión del constituyente, se ha sometido a la obligación de proveer seguridad social, y no puede claudicar en esta tarea a través de una reforma legislativa que seguramente tiene intenciones prácticas acertadas a corto y mediano plazo, pero que generará problemas a largo plazo si aquellos que optan por la nueva alternativa no tienen

los resultados que esperan y necesitan nuevamente del sistema de pensiones para sobrevivir al riesgo social que supone la vejez.

Adicionalmente, la reforma no sólo limita la protección en seguridad social de los afiliados titulares, sino de sus derechohabientes, quienes también están comprendidos dentro de la protección del derecho a la seguridad social, quienes quedan súbitamente desamparados en materia de pensiones y de prestaciones de salud.

b) La reforma es indiscutiblemente regresiva en materia de salud y pensiones de los derechohabientes del SPP.

Como se señaló en el Capítulo II, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expone los siguientes criterios referidos a la validez de las reformas legales peyorativas en materia de derechos sociales: (b.1) la importancia de la proporción de la medida legislativa peyorativa; (b.2) la excepcionalidad de la medida legislativa peyorativa basada en preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de los derechos en cuestión.

De modo concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que una medida legislativa peyorativa que tenga por finalidad un beneficio general en materia del derecho social en cuestión, no es regresiva, por cuanto, no es ilegítima (b.3).

A su vez, para determinar la condición de medida regresiva, se evalúa: (b.4) Que la medida se hubiera aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles; (b.5) Que la medida esté debidamente justificada por referencia a todos los derechos enunciados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (b.6) Que se haga un aprovechamiento máximo de los recursos disponibles por el Estado.

Al respecto, de la revisión de los textos que contienen las normas de reforma del SPP, no se advierte que para hacerlo se hubiera tenido en cuenta la importancia de la medida, el bienestar general, la excepcionalidad, el análisis de alternativas, la justificación relativa a otros derechos limitados, o un aprovechamiento máximo de recursos disponibles del

Estado. Por el contrario, con aparente simpleza se ha adoptado una medida que tendrá repercusiones a largo plazo si quienes voluntariamente la acojan para solucionar problemas distintos de la contingencia social para la cual su dinero fue resguardado, necesitan nuevamente del sistema de pensiones.

Es tan evidente que la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478 no tuvieron en cuenta el bienestar general, la excepcionalidad, el análisis de alternativas o la justificación relativa a otros derechos limitados, que se ha decidido establecer una protección definitiva para los derechohabientes de los afiliados con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer, pero incomprensiblemente no se ha adoptado ninguna restricción o condición en el caso de los derechohabientes de los afiliados regulares y sanos. Al respecto, cabe preguntarse si existe algún razonamiento que pueda justificar que se proteja en su integridad a los derechohabientes de los afiliados con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer, pero se desproteja absoluta y definitivamente a los derechohabientes de los afiliados sanos.

Por otra parte, como se ha mencionado previamente, el Tribunal Constitucional a través de la STC N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados) estableció que la progresividad de los derechos sociales *“no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”*. El Tribunal concluyó que las medidas restrictivas que se justifiquen y alineen con el propio derecho a una pensión acorde con el principio de dignidad humana, no implican trasgresión del Principio de Progresividad.

En ese sentido, en el presente caso es absolutamente claro que para adoptar la medida de reforma la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478 no se ha tomado para nada en cuenta la posibilidad usar recursos estatales, pues la norma de reforma simplemente autoriza que los afiliados al SPP puedan disponer de sus propios fondos para fines distintos de los previsionales. Es decir, se ha decidido que los pensionistas afronten contingencias presentes con sus fondos destinados por mandato constitucional a atender contingencias futuras.

En el mismo sentido, es claro que para adoptar la medida de reforma la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478 no se ha pretendido en ningún sentido proteger el derecho a la pensión, pues es claro que la reforma tuvo por finalidad que los afiliados al SPP puedan protegerse por sí mismos y con su propio dinero, de los riesgos sociales o vicisitudes que los puedan aquejar en el presente, sin la necesidad de pensar en la protección de la contingencia social de la vejez. La medida ni siquiera está limitada a que el dinero disponible se use para cubrir alguna contingencia, pues su ausencia de regulación simplemente puede desembocar en que se usen los fondos para cubrir necesidades suntuarias, propias o de terceros.

c) Forma de cuestionar la legitimidad de la disposición del 95.5% del fondo:

En la presente investigación se ha evaluado el Principio de Solidaridad, tradicionalmente usado como sustento para establecer restricciones en materia de seguridad social; sin embargo, las normas de reforma evaluadas nos permiten advertir que el referido principio no sólo debe ser usado para justificar restricciones, sino, que también es el sustento para evaluar la legitimidad de disposiciones legales que, por la ausencia de restricciones, terminan dejando sin protección en pensiones y salud a un grupo protegido antes de su vigencia.

Es precisamente el Principio de Solidaridad el que justifica que el legislador –quizás sin conciencia del referido principio- establezca que los afiliados con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer sólo pueden disponer del 50% de su fondo, y pueden disponer del 0% si tienen derechohabientes. Ciertamente, nuestro sistema de seguridad social pretende que el grupo de derechohabientes que estará en estado de necesidad ante el lamentablemente próximo fallecimiento del afiliado titular, no quede sin cobertura de salud y pensiones.

No obstante, resulta claramente equivocado, y notoriamente trasgresor del Principio de Solidaridad -que dicta que a través de la afectación patrimonial de determinados ciudadanos se hace posible brindar las prestaciones a quienes las requieren-, que para el caso de los derechohabientes de los afiliados titulares sanos no se haya establecido ninguna restricción que los proteja y que los conserve dentro de nuestro sistema de

seguridad social. Este grupo terminará definitiva e irremediamente excluido de nuestro sistema de pensiones y de salud en el momento en que el afiliado titular disponga del 95.5% de su fondo, y la suerte de este grupo dependerá de las decisiones del afiliado titular. Esta injusta situación trasgrede el Principio de Solidaridad dado que, como se ha explicado en la presente investigación, la finalidad de este principio desde el punto de vista constitucional no sólo es establecer restricciones, sino establecer las referidas restricciones con la expectativa de proveer bienestar a aquellos miembros de la colectividad que lo requieran.

Al haber en la reforma legislativa analizada una evidente trasgresión del reconocimiento de la Seguridad Social como una garantía institucional, por dejar sin contenido la protección en pensiones de los afiliados titulares del SPP que ejerzan la opción del 95.5% de su fondo, y al ser indiscutiblemente regresiva en materia de salud y pensiones de los derechohabientes de los afiliados sanos del SPP, existe en dicha reforma una clara trasgresión del Principio de Progresividad de los derechos sociales y del Principio de Solidaridad, siendo una reforma a todas luces cuestionable.

Las alternativas para el cuestionamiento de la legitimidad de la reforma legislativa analizada serían las siguientes:

(i) Control Difuso:

En observancia estricta del artículo 138° de la Constitución, es posible que se adopte una iniciativa en la justicia constitucional u ordinaria, que pretenda la inaplicación de las normas de reforma por ser inconstitucionales de casos concretos. Esto es posible toda vez que las normas de reforma son claramente trasgresoras de los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución, y en atención a que la claridad de las referidas disposiciones no permite realizar una interpretación distinta de la literal que pueda resultar acorde a la Constitución.

El problema de esta iniciativa sería que la tendría que adoptar un ciudadano que considere lesionados sus derechos constitucionales. En el caso de los afiliados titulares, esto difícilmente ocurriría antes de disponer del 95.5% de los fondos dado

que la alternativa de disponer de sus fondos de jubilación suele resultar atractiva a corto plazo.

Por otro lado, en caso de adoptarse esta iniciativa por un afiliado titular después de haber dispuesto de sus fondos de pensiones, sería claramente inequitativo reconocerle derechos plenos en el SPP. Si bien estas personas no dejarían de ser parte de nuestro sistema de seguridad social ni dejarán de tener expectativas de prestaciones de salud y pensiones, considero que podrían hacerlo cotizando nuevamente como asegurados obligatorios o facultativos, y con la expectativa de acceder a los sistemas de seguridad social no contributivos existentes, cumpliendo los requisitos exigibles en cada caso.

En el supuesto que la iniciativa la adopte un potencial derechohabiente en salvaguarda de su derecho a la pensión de sobrevivientes, dicha iniciativa sería en mi opinión atendible por la justicia constitucional u ordinaria; sin embargo, esta posibilidad resulta improbable y remota en atención a que los intereses de los derechohabientes suelen estar razonablemente alineados con los intereses de las personas que los tienen a cargo. Por ello, considero que esta iniciativa sería jurídicamente correcta, pero materialmente improbable.

(ii) Control Concentrado:

En observancia estricta del numeral 4 del artículo 200° de la Constitución, sería posible que se adopte una iniciativa constitucional contra las normas de la reforma que resulta ser trasgresoras de los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución.

Al respecto, el problema de esta iniciativa es la restricción contenida en el artículo 203° de la Constitución, relativa a los sujetos procesales legitimados para adoptarla.

(iii) Reforma legal:

A manera de propuesta o alternativa, considero que debería plantearse una nueva reforma legal relativa a la posibilidad de disposición de los fondos previsionales, que contenga cuando menos los siguientes parámetros:

- Disponer de los fondos sólo en cuanto al exceso de aquella suma necesaria para obtener una pensión mínima vital (vitalicia) y las necesarias prestaciones de salud, en observancia de los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución.
- No renunciar a las prestaciones de sobrevivientes, en atención al Principio de Solidaridad.
- No excluir a los beneficiarios de nuestro sistema de pensiones, en ningún supuesto.

Considero que cualquier reforma legislativa debe tener en cuenta las normas constitucionales, los tratados internacionales, los precedentes jurisprudenciales y los principios aplicables sobre la materia, pues si el poder legislativo no contempla estos aspectos necesarios al momento de establecer una reforma, las normas que se expidan pueden generar grandes problemas a los ciudadanos que nuestro sistema de seguridad social busca proteger, y se puede llegar al absurdo de contravenir el compromiso del Estado asumido a nivel constitucional y ratificado internacionalmente, de preservar a sus ciudadanos y protegerlos contra los riesgos sociales a través de prestaciones de seguridad social.

CONCLUSIONES:

1. La Seguridad Social no solo consiste en la protección de los ciudadanos en materia de pensiones, sino que comprende todas aquellas iniciativas generales dirigidas a la protección respecto de los riesgos sociales, incluyendo los riesgos sociales en las relaciones de trabajo.
2. La doctrina más autorizada reconoce como principios fundamentales de la Seguridad Social los siguientes: (i) Universalidad; (ii) Integralidad; (iii) Unidad; (iv) Internacionalidad; y, (v) Solidaridad. Se advierte que el único principio en materia de Seguridad Social que tiene por finalidad la justificación de la imposición de restricciones, es precisamente el Principio de Solidaridad.
3. Una de las diferencias más resaltadas entre el SNP y el SPP es la forma de uso de los fondos aportados: por un lado, en el SNP existe un fondo común al cual aportan todos los afiliados, y del cual se proveerán las pensiones a todos los jubilados; por su parte, el SPP opera a través de cuentas individuales de capitalización - CIC, cuentas en las cuales se realizan los aportes de los afiliados, que se suman en fondos comunes, antes de invertirse, y las ganancias se reparten proporcionalmente.
4. El SNP y SPP no comprenden a la colectividad, pues son regímenes contributivos, que no proveen prestaciones a quienes no realizan aportes, salvo el caso de los derechohabientes. Nuestro sistema legal sí cuenta con iniciativas no contributivas que brindan prestaciones de Seguridad Social, tales como la dispuesta mediante la Ley N° 29344 – Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, o el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM – Pensión 65.
5. El criterio en virtud del cual se pretende descalificar al SPP como parte del sistema de Seguridad Social, y su supuesta carencia de solidaridad, se base en ideas equivocadas: la idea (equivocada) de que el SPP no cuenta con un fondo común de aportaciones; la idea (también equivocada) de que el SNP lleva a la universalidad y el SPP no lo hace; la idea (también equivocada) de que el SNP comprende a la colectividad en alguna medida mayor que el SPP; la idea (también

equivocada) de que el SNP y su conocido “sistema de reparto” es sostenible económicamente a diferencia de la estructura del SPP.

6. El Principio de Solidaridad consiste en la participación ciudadana en la lucha contra los riesgos sociales. La doctrina, de modo uniforme, lo reconoce como un principio básico de la Seguridad Social, y muchos autores lo califican como el principio más importante en materia de Seguridad Social.
7. El Principio de Solidaridad se identifica plenamente con la fórmula expuesta por Aparicio Tovar: la ruptura del sinalagma entre aportaciones y prestaciones.
8. El Principio de Solidaridad no necesariamente se agota en sus manifestaciones intrageneracional e intergeneracional. Se ha identificado adicionalmente a la Solidaridad Familiar, reconocida por la doctrina, y que forma parte del SNP y SPP desde sus normas de constitución, pues cuentan con prestaciones a los derechohabientes, es decir, al cónyuge, hijos y padres que se encontraban a cargo del aportante que fallece.
9. La Constitución reconoce el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la pensión, y la importancia de contar con fondos para su procura, en el contexto de un Estado social; sin embargo, no deja de lado los criterios de sostenibilidad financiera, previsión presupuestaria y economía nacional, que son necesarios en todo sistema de pensiones que pretende alcanzar los principios del derecho a la Seguridad Social. De ello se desprende la importancia de la Seguridad Social sumada a la necesidad de establecer restricciones en pro de aquellos que las requieren. Por su parte, los instrumentos internacionales pertinentes denotan sólidas implicancias sociales, de los cuales se desprende como finalidad primordial de los sistemas de seguridad social la tendencia a la progresividad.
10. Conforme a la jurisprudencia del TC, la Seguridad Social es en nuestro sistema una *garantía institucional*, cuya finalidad es plasmar el compromiso del Estado asumido a nivel constitucional y ratificado internacionalmente, de preservar a sus ciudadanos y protegerlos contra los riesgos sociales, la cual implica que las reformas legislativas no las pueden vaciar de contenido.

- 11.** Las restricciones en materia de pensiones, que tienen como fundamento el Principio de Solidaridad, son válidas por ser necesarias para cumplir con el compromiso constitucional de otorgar Seguridad Social a la colectividad.
- 12.** En atención a que la pensión no es un derecho de propiedad, no se puede alegar tal condición para establecer límites a las manifestaciones del Principio de Solidaridad, o para restringir los alcances de las restricciones en materia de pensiones.
- 13.** Al establecer el contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta que, si bien los derechos fundamentales no son absolutos y admiten límites, los referidos límites no pueden afectar el contenido esencial del derecho. En ese sentido, la aplicación de restricciones en virtud del Principio de Solidaridad tiene una primera limitación, que consiste en el respeto irrestricto del contenido esencial.
- 14.** Considerando que el estado de necesidad y la cobertura que requieren los jubilados del SNP y SPP es igual o menor a la necesidad que padecen aquellos que están a cargo de dichos pensionistas, resulta razonable cuestionar su exclusión dentro del contenido esencial del derecho a la pensión, pues dicha exclusión incide precisamente en un grupo sustancialmente necesitado. No obstante, independientemente de la idea que se pueda llegar a tener al respecto, lo cierto es que el contenido esencial está fijado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con calidad de precedente vinculante de observancia obligatoria, y mientras dicho precedente no sea modificado, las pensiones de sobrevivientes quedarán excluidas del contenido esencial del derecho a la pensión.
- 15.** En virtud del Principio de Progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales, las reformas normativas peyorativas deben tener en cuenta la importancia de la medida, el bienestar general, la excepcionalidad, el análisis de alternativas, la justificación relativa a otros derechos limitados, y un aprovechamiento máximo de recursos disponibles del Estado, de acuerdo a los

criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De no ser el caso, aún si las reformas se sustentan en el Principio de Solidaridad, serán trasgresoras del Principio de Progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales.

- 16.** La aplicación de los topes en las pensiones del SNP encuentra su justificación en el Principio de Solidaridad, por establecer una ruptura excepcional y razonable de la relación sinalagmática entre las aportaciones y las prestaciones, en beneficio de aquellos afiliados que lo requieran. Esta manifestación del Principio de Solidaridad es válida, pues no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión, y tampoco trasgrede el Principio de Progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales por ser una disposición originaria en el SNP (artículo 78°).
- 17.** La configuración del beneficio del Bono de Reconocimiento comprende la posibilidad de que los afiliados al SPP obtengan una prestación inferior a las aportaciones realizadas, rompiendo el sinalagma entre prestaciones y aportaciones, deviniendo en manifestación del Principio de Solidaridad. Es una medida regresiva en materia de derechos sociales, toda vez el beneficio del Bono de Reconocimiento no se materializa como una devolución de las aportaciones realizadas o su valor equivalente, sino como una compensación por haber realizado dichas aportaciones, pese a que la premisa normativa original no era compensar por los aportes sino devolver los aportes. No obstante lo anterior, esta limitación es una manifestación válida del Principio de Solidaridad, y una medida regresiva legítima, toda vez que encuentra justificación en que el dinero que eventualmente el afiliado no obtenga permanecerá en la Caja Nacional y será usado para cubrir las pensiones del SNP, siendo una medida legítima, razonable, y que se alinea y justifica con el derecho a la pensión.
- 18.** Existen suficientes elementos que indican la existencia de solidaridad en el SPP, como parte de nuestro sistema de seguridad social, toda vez que sus disposiciones permiten que se quiebre la relación entre aportaciones y prestaciones, en beneficio de aquellos afiliados que lo necesitan, y porque está normativamente establecida la existencia de fondos comunes que comprenden el dinero de todos los aportantes, que se invierten en conjunto y que luego se

reparten en la proporción correspondiente. Estos elementos son las pensiones de derechohabientes, los límites al Bono de Reconocimiento, el Bono de Reconocimiento Complementario que sustenta la pensión mínima en el SPP y la Pensión Complementaria, y los Fondos de Inversión comunes para el SPP.

- 19.** En la Ley N° 30425, la Ley N° 30478 y en el reglamento operativo de la SBS se señalan expresamente tres (03) consecuencias de una eventual decisión de disponer del 95.5% del fondo: (i) los potenciales derechohabientes no tendrán derecho a pensión de sobrevivientes; (ii) los derechohabientes perderán la posibilidad de percibir las prestaciones de salud de ESSALUD, por no contar con una pensión; y, (iii) los titulares del derecho dejarán de tener cobertura del Estado en materia de pensiones.
- 20.** La decisión de modificar sustancialmente la forma de prestación que brinda el SPP generando como efecto la posibilidad voluntaria de dejar de ser beneficiarios del SPP, y de cualquier sistema previsional, es manifiestamente contraria a la decisión de proveer seguridad social a quienes la requieran que el Estado ha adoptado a través de la Constitución. El Estado, por decisión del constituyente, se ha sometido a la obligación de proveer seguridad social, y no puede claudicar en esta tarea a través de una reforma legislativa que seguramente tiene intenciones prácticas acertadas a corto y mediano plazo, pero que generará problemas a largo plazo si aquellos que optan por la nueva alternativa no tienen los resultados que esperan y necesitan nuevamente del sistema de pensiones para sobrevivir al riesgo social que supone la vejez.
- 21.** Del contenido de la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478 se puede advertir que para emitir dichas normas no se ha tenido en cuenta la importancia de la medida de reforma, el bienestar general, la excepcionalidad, el análisis de alternativas, la justificación relativa a otros derechos limitados, o un aprovechamiento máximo de recursos disponibles del Estado. Por el contrario, con aparente simpleza se ha adoptado una medida que tendrá repercusiones a largo plazo si quienes voluntariamente la acojan para solucionar problemas distintos de la contingencia social para la cual su dinero fue resguardado, necesitan nuevamente del sistema de pensiones.

- 22.** Resulta claramente equivocado y notoriamente trasgresor del Principio de Solidaridad que para el caso de los derechohabientes de los afiliados titulares sanos no se haya establecido ninguna restricción que los proteja y que los conserve dentro de nuestro sistema de seguridad social. Este grupo terminará definitiva e irremediablemente excluido de nuestro sistema de pensiones y de salud en el momento en que el afiliado titular disponga del 95.5% de su fondo, y la suerte de este grupo dependerá de las decisiones del afiliado titular. Esta injusta situación trasgrede el Principio de Solidaridad dado que, como se ha explicado en la presente investigación, la finalidad de este principio desde el punto de vista constitucional no sólo es establecer restricciones, sino establecer las referidas restricciones con la expectativa de proveer bienestar a aquellos miembros de la colectividad que lo requieran.
- 23.** Al haber en la reforma legislativa analizada una evidente trasgresión del reconocimiento de la Seguridad Social como una garantía institucional, por dejar sin contenido la protección en pensiones de los afiliados titulares del SPP que ejerzan la opción del 95.5% de su fondo, y al ser indiscutiblemente regresiva en materia de salud y pensiones de los derechohabientes de los afiliados sanos del SPP, existe en dicha reforma una clara trasgresión del Principio de Progresividad de los derechos sociales y del Principio de Solidaridad, siendo una reforma cuestionable.

BIBLIOGRAFÍA:

- ★ ABANTO REVILLA, César, “Manual del Sistema Privado de Pensiones”, Gaceta Jurídica, 2013.
- ★ ABANTO REVILLA, César, “Manual del Sistema Nacional de Pensiones”, Gaceta Jurídica, 2014.
- ★ ABANTO REVILLA, César, “Desafiliación del Sistema Privado de Pensiones: Las causales previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su compatibilidad con la Ley N° 28991”, Jus Jurisprudencia N° 01, Grijley, junio 2007.
- ★ ABANTO REVILLA, César, “Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela?”, Derecho PUCP N° 75, 2015.
- ★ ALMANSA PASTOR, José Manuel, “Derecho de la Seguridad Social”, Sexta Edición, Tecnos, Madrid 1989.
- ★ ALONSO OLEA, Manuel, TORTUERO PLAZA, José Luis, “Instituciones de Seguridad Social”, Decimocuarta Edición revisada, Editorial Civitas S.A.
- ★ APARICIO TOVAR, Joaquín, “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 33, Núm. 2, 2015.
- ★ APARICIO TOVAR, Joaquín, “La Seguridad Social y la protección de la salud”, Primera Edición, Civitas, Madrid, 1989.
- ★ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación”, IUS Labor 1, 2008.
- ★ BENEDETTI ORTEGA, Carla, “Los Principios de Solidaridad y Progresividad de la Seguridad Social”, Soluciones Laborales para el Sector Privado, 2016.
- ★ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo”, 2da. ED., Fondo Editorial PUCP, 2013.
- ★ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales”, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 2011.
- ★ Consejo Consultivo Laboral Andino, “La Reforma de los Sistemas de Seguridad Social en los Países Andinos”, PLADES, Primera Edición, 2003.
- ★ DE BUEN LOZANO, Néstor; MORGADO VALENZUELA, Emilio; “Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, UNAM, México, 1997.

- ★ DE LA CUEVA, Mario, “Derecho Mexicano del Trabajo”, Tomo II, Editorial PORRUA S.A., Décima Edición, México, 1970.
- ★ FAJARDO CRIVILLERO, Martín, “Teoría General de la Seguridad Social”, Primera Edición, Cívitas, Luis Alfredo Ediciones, Lima, 1992.
- ★ GONZÁLES HUNT, César, “La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro del sistema de Seguridad Social en pensiones” - Derechos Laborales, Derechos Pensionarios Y Justicia Constitucional. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- ★ GONZÁLES HUNT, César, “El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, ARA Editores, 2013.
- ★ GONZÁLES HUNT, César, “La libre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Grijley, Lima 2008.
- ★ GONZÁLES HUNT, César, “La Configuración Constitucional de la Seguridad Social en Pensiones”.
- ★ GONZÁLES HUNT, César, GARCIA GRANARA, Fernando, “Seguridad Social, derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión” - en DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA Nº 82.
- ★ GONZÁLES RAMÍREZ, Luis Álvaro, “Nuevo Régimen de Disponibilidad de los Fondos de AFP”, Soluciones Laborales para el Sector Privado, 2016.
- ★ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Lima, 2005, Tabla XIII Editores, Trujillo.
- ★ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Astrea, Buenos Aires 1988.
- ★ MARTÍNEZ TRELLES, Antony, “La situación actual del Sistema Público de Pensiones en el Perú”, Soluciones Laborales para el Sector Privado, 2016.
- ★ OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, “Introducción a la Seguridad Social”, Tercera Edición, Ginebra 1984.
- ★ OLIVERA ANGULO, Javier, “Recuperando la Solidaridad en el Sistema de Pensiones Peruano: Una Propuesta de Reforma”, Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES.

- ★ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?”, Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998.
- ★ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Los Principios de la Seguridad Social y los diversos Sistemas Pensionarios”; Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia previsional; Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2008.
- ★ RENDÓN VASQUEZ, Jorge, “Derecho de la Seguridad Social”, GRIJLEY, Cuarta Edición, Lima, 2008.
- ★ SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente””, en “Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”; Editores del Puerto, 2006.
- ★ TOLEDO TORIBIO, Omar, “El Principio de Progresividad y no regresividad en materia laboral”.
- ★ VASQUEZ VIALARD, Antonio, “Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social”, 4ª Ed. Actualizada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989.
- ★ VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro; SÁNCHEZ REYES, Christian, “Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social”, Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS "Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional". 2006.