

# LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN EL DECRETO LEY 20530

Ocner Córdova López \*

## Contenido:

1. Introducción.
  2. Planteamiento del problema.
  3. Hipótesis o posibles respuestas al problema.
  4. Desarrollo.
    - 4.1. La pensión del sobreviviente en los Fundamentos del Tribunal Constitucional.
    - 4.2. Los derechos adquiridos en materia pensionaria.
    - 4.3. La teoría de los hechos cumplidos expresada en la Constitución.
    - 4.4. ¿Qué derecho se afectaría si actualmente la pensión de los sobrevivientes es calculada conforme la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante?
    - 4.5. Criterio actual del Tribunal Constitucional, aún después de la reforma Constitucional.
  5. A modo de conclusión.
- Bibliografía consultada.

## 1. Introducción

El literal b) del artículo 3 del Decreto Ley N° 20530 establece que una de las pensiones que se otorgan en dicho régimen pensionario, después de las pensiones de cesantía e invalidez, es la pensión para los deudos o sobrevivientes; siendo estas de viudez, de orfandad y de ascendientes.

Con fecha 01 de enero de 2002 entra en vigencia la Ley N° 27617 que modificó diversos artículos del Decreto Ley N° 20530, básicamente relacionados con los derechos pensionarios de los sobrevivientes. Dicha ley en su artículo 4 modificaba los artículos 27, 32, 34 a 36 y 48 del Decreto Ley N° 20530; era evidente que dicha modificatoria desmejoraban el monto de la pensión de los sobrevivientes reduciéndola considerablemente; veamos tan solo como ejemplo algunos de ellos:

- El artículo 27 del Decreto Ley N° 20530, que primigeniamente establecía en forma expresa “que la pensión de sobrevivientes que cause el pensionista, será del ciento por ciento (100%) de aquélla que percibía como pensión a su fallecimiento”, era modificado por la Ley N° 27617 de la siguiente manera “la pensión de sobrevivientes que cause, será de hasta el 100%”, pudiendo inferirse de esta última que puede ser menor de dicho porcentaje.

---

\* Fiscal Adjunto Provincial Civil. Egresado de Maestría en Derecho Civil y Comercial. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

- El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, conforme a su redacción original, establecía dos supuestos para el otorgamiento de la pensión de viudez:

- 1) en el caso del cónyuge sobreviviente solamente, disponía que el íntegro de la pensión sea entregada a ella; y
- 2) en el caso de concurrencia del cónyuge sobreviviente con los hijos del causante, el 50% de la pensión correspondía a la primera, mientras que el otro cincuenta por ciento (50%) debía ser distribuido entre los hijos como pensión de orfandad.

Sin embargo, con la modificación introducida, los supuestos para el otorgamiento de la pensión de viudez, eran distintos, ahora se establecen 3 supuestos:

- 1) sólo le corresponde a la viuda el ciento por ciento (100%) de la pensión, cuando el monto de ésta no supere una remuneración mínima vital, imponiendo un tope al monto de la pensión que le corresponde a la viuda;
- 2) a la viuda le corresponderá el 50% de la pensión, cuando su valor sea mayor a una remuneración mínima vital, en cuyo caso, la pensión mínima de viudez es equivalente a una remuneración mínima vital; y
- 3) establece una bonificación a favor del cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión, quien en caso de requerir cuidado permanente de otra persona, además de la pensión correspondiente, recibirá una bonificación mensual equivalente a una remuneración mínima vital, previo dictamen.

Además de las modificaciones introducidas, la misma Ley N° 27617 estableció en su artículo 6, numeral 6.1, que: *“Las pensiones de sobrevivencia por otorgarse en el Régimen del Decreto Ley N° 20530, correspondientes a trabajadores y pensionistas, se registrarán por las disposiciones vigentes a la fecha de su fallecimiento.”*

Es decir, que para el cálculo de la pensión del sobreviviente, tomaba como base la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante, y no la fecha en que el causante adquirió su derecho pensionario.

Contra la Ley N° 27617 se interpusieron diversas demandas de inconstitucionalidad; siendo que mediante Sentencia recaída en el Exp. N.° 005-2002-AI/TC (ACUMULADAS)<sup>1</sup>, de fecha 10 de marzo de 2003, publicada con fecha 24 de abril de 2003, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, declarando inconstitucional expresamente el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 27617.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional dejó establecido que: *“Las modificaciones introducidas por el artículo 4 de la Ley 27617 sólo pueden ser aplicadas a los sobrevivientes de quienes, a la fecha de la dación de la norma*

---

<sup>1</sup> Ver en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2002-AI/2000006-2002-AI/2000008-2002-AI.html>

impugnada, no tenían ningún derecho adquirido. Por el contrario, sí es inconstitucional que se pretenda la aplicación de las modificaciones introducidas en el Decreto Ley N.º 20530, por el artículo 4 de la Ley N.º 27617, a quienes, independientemente de la fecha de fallecimiento del causante, en virtud de los derechos adquiridos por este, tienen derecho a una pensión en las condiciones contenidas en la legislación previsional vigente al momento en que el causante adquirió sus derechos previsionales.” (Fundamento 18). **Subrayado nuestro**. Este fundamento fue introducido en la parte resolutive de la sentencia.

De lo expresado por el Tribunal Constitucional se advierten claramente dos supuestos:

1) Si a la fecha de la vigencia de la ley 27617, el causante aún no cumplía con los requisitos para acceder a una pensión, entonces a los sobrevivientes de dicho causante les resulta aplicables las modificaciones que establece la referida ley; y, por el contrario,

2) Si el causante de la pensión, adquirió su derecho pensionario antes de la modificatoria del Decreto Ley 20530, entonces los sobrevivientes tienen derecho a una pensión en iguales condiciones que la que adquirió su causante; no resultándoles aplicables ahora la vigente Ley N° 27617, sino los beneficios que establecía el Decreto Ley N° 20530 en su forma originaria.

En consecuencia, de acuerdo con el criterio establecido en la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional, si actualmente un sobreviviente (por orfandad o viudez) solicita su pensión de sobreviviente de su causante fallecido recientemente, pero que adquirió su derecho pensionario antes de la modificatoria del Decreto Ley 20530, entonces a éste sobreviviente no le resultan aplicables las modificaciones introducidas por la Ley N° 27617 actualmente vigente.

Sin embargo, con fecha 17 de noviembre de 2004, se produce la reforma de la Constitución mediante la Ley N° 28389; sustituyéndose el artículo 103 de la Constitución Política, dejándose establecido que: “... *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos (...)*” Lo que resulta evidente que la Constitución, ahora en forma expresa, coge la teoría de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas en el tiempo.

Asimismo, se sustituyó la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que proclamaba la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional; en su lugar se estableció: “*Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 (...)*” de esta manera se desterraba del ámbito constitucional la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria.

Podemos observar que actualmente los sobrevivientes de cuyos causantes adquirieron un derecho pensionario antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 27617, vienen solicitando judicialmente (luego de agotar la vía administrativa ante la ONP) el otorgamiento de una pensión de sobrevivientes de conformidad con la ley vigente a la fecha en que se le otorgó la pensión al causante y no con la ley vigente a la fecha del fallecimiento que le ha otorgado la Oficina de Normalización Previsional.

## **2. Planteamiento del Problema**

- 1 Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional en la sentencia de Inconstitucionalidad y por otro lado la Constitución que, expulsando la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, acoge de manera expresa la teoría de los hechos cumplidos, precisando que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes ¿Cuál de ellos (o cual teoría) se debe aplicar para resolver actualmente una solicitud de pensión de sobrevivientes cuyo causante adquirió su derecho pensionario antes de la modificatoria del Decreto Ley N° 20530 pero que falleció posterior a su modificatoria?
- 2 ¿Aplicaremos el criterio vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la STC 005-2002-AI/TC? Recordemos que el fundamento 18 arriba comentado fue incorporado en la parte Resolutiva de la sentencia. Tengamos en cuenta además, que de acuerdo con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.
- 3 ¿Aplicaremos el artículo 103 de la Constitución? ¿Si aplicamos esta norma al sobreviviente se le calculará su pensión de conformidad con la Ley 27617, que modificó desfavorablemente el Decreto Ley N° 20530?
- 4 ¿Existe una contradicción entre el criterio vinculante del Tribunal Constitucional y lo dispuesto por la Ley N° 28389 que modificó el artículo 103 y la primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993?

## **3. Hipótesis o posibles respuestas al problema que deberán verificarse**

- 1 Se debe aplicar el criterio establecido por el Tribunal Constitucional por cuanto la pensión de sobreviviente no es un derecho que se genere recién con la muerte del causante, sino que es un derecho que ya existe desde la fecha en que se otorgó la pensión original que es un derecho adquirido

inmodificable y que la muerte solo es un circunstancia para que se obtenga la pensión.

- 2 Se debe aplicar la teoría de los hechos cumplidos que se estableció de manera expresa en la Constitución aplicando la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante, porque al convertirse el sobreviviente en un pensionista, estamos frente a una situación jurídica existente.

#### 4. Desarrollo

Para determinar cuál de las hipótesis planteadas es la correcta y cual de los dos criterios se debe aplicar a las pensiones de sobrevivientes, de los causantes que hubieren obtenido su derecho pensionario antes de la entrada en vigencia de la Ley 27617, cuyo fallecimiento ocurrió posteriormente, resulta necesario analizar:

- 1) cuáles fueron los fundamentos del Tribunal Constitucional que sustentaron su decisión para determinar que ley se aplica a la pensión del sobreviviente; y,
- 2) qué significa la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos vigente en nuestra constitución.

##### 4.1 La pensión del sobreviviente en los Fundamentos del Tribunal Constitucional

En la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el expediente 005-2002-AI/TC (Acumuladas) el Tribunal dejó establecido que en todos los casos la ley aplicable a la pensión del sobreviviente era aquella que estaba vigente al momento en que se le otorgó la pensión al causante. ¿Qué lo llevó a tomar dicha decisión?

Para ello analizó la naturaleza pensionaria de la pensión del sobreviviente interpretando que dicho derecho pensionario no es un derecho adquirido ni es un derecho expectatio, por cuanto no existe “**requisito**” alguno para obtener la pensión de sobrevivencia. Que, el derecho adquirido de una pensión exige previamente el cumplimiento de los requisitos para obtener una pensión y que dicho derecho ingrese al patrimonio del beneficiario; y de otro lado, no puede considerarse que sea derecho expectatio allí donde no existe “requisito” que tenga que cumplirse, como presupuesto previo para la obtención a futuro.

En dicha sentencia de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional concluyó:

- a) Que la pensión de sobrevivencia constituye una prestación previsional derivada de la pensión principal otorgada a quien fue titular del derecho.
- b) Que la pensión de sobrevivencia deriva de la pensión original ya reconocida por el Decreto Ley 20530.
- c) Que el derecho pensionario de sobreviviente es un derecho que ya existe en vida del causante titular; únicamente está sujeto a una condición suspensiva, cual es, el fallecimiento del causante.

- d) Que no estamos frente a un derecho expectatio o adquirido, sino frente a uno latente, que ya existe, pero que su goce real y efectivo, está postergado a la muerte del titular.
- e) Que la muerte del causante no es un “requisito” para el reconocimiento de su derecho, sino solo una circunstancia.
- f) Que, las pensiones de sobrevivientes están ligada a la pensión adquirida por el titular.

Interpretando lo que quiere decir el Tribunal Constitucional, se tiene que como el derecho a la pensión de sobreviviente es una derecho que ya existe desde la fecha en que se otorgó al causante su derecho pensionario, y no un derecho que se adquiere a la muerte de él, se debe aplicar la ley vigente en el momento en que se otorgó la pensión original, aunque una nueva ley modifique o derogue el derecho a la pensión del sobreviviente. Ello, porque la pensión del sobreviviente es derivada de la pensión principal y está ligada a ella, la misma que sería inmodificable en virtud de la teoría de los derechos adquiridos.

Así, si el futuro causante goza de una pensión otorgada antes de la vigencia de la Ley N° 27617, señala el Tribunal, que al no poderse modificar la pensión, en virtud del derecho adquirido del causante, del cual deriva la pensión del sobreviviente, al futuro sobreviviente no le resultan aplicables las nuevas disposiciones establecidas en la Ley N° 27617.

El Tribunal Constitucional dejó establecido que la pensión del sobreviviente no es ni un derecho adquirido ni un derecho expectatio, sino que es un derecho que ya existe, pero que está latente. Al margen de considerar y discutir que clase de derecho es la pensión de sobreviviente, la pregunta correcta es ¿se debe aplicar la teoría de los hechos cumplidos a la solicitud actual de una pensión de sobreviviente, habiéndose extinguido constitucionalmente los derechos adquiridos en materia pensionaria?

#### **4. 2 Los derechos adquiridos en materia pensionaria**

Debe dejarse establecido que cuando el Tribunal Constitucional expidió la Sentencia N° 050-2002-AI/TC, aún se encontraba vigente la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 que contemplaba los derechos adquiridos en materia pensionaria; en virtud a ello era jurídicamente imposible que los nuevos regímenes sociales que se establezcan, afecten de cualquier de modo los derechos legalmente obtenidos en el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias.

Por lo tanto, los derechos adquiridos que en materia pensionaria amparaba la Constitución antes de su modificatoria por la Ley N° 28389, era un caso excepcional de entre toda la normatividad vigente, porque permitía que un conjunto de normas sean aplicadas de manera ultractiva, a un grupo diferenciado de personas, las cuales mantenían intactos sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada después.

Resultaba correcto, sólo en ese entonces, cuando aún se encontraba en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, que el Tribunal Constitucional establezca que las modificaciones introducidas por el artículo 4 de la Ley N° 27617 no resultan aplicables a los sobrevivientes de los causante que antes de la entrada en vigencia de la ley modificatoria ya tenían su derecho a una pensión previsional. Ello era lógico, por cuanto, la pensión adquirida por el causante, era inmodificable, en virtud de los derechos adquiridos de aquel entonces, es decir la nueva ley no podía modificarla en ningún extremo; y siendo que la pensión del sobreviviente es derivada de la del causante y que aquella existe desde el momento en que se genera esta última, entonces la ley aplicable era la que estuvo vigente al momento en que se otorgó la pensión al causante y no la nueva ley.

Pero esta tesis ya no puede considerarse ni aceptarse ahora, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 28389 que reforma la Constitución, esto es desde el 17 de noviembre de 2004; por cuanto ahora, nos encontramos ante un marco constitucional diferente, donde ya no se ampara más los derechos adquiridos en materia pensionaria,

Con mucha razón, el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 0050-2004-AI (0051-2004-ai 0004-2005-ai 0007-2005-ai 0009-2005-ai Acumulados)<sup>2</sup> de fecha 03 de junio de 2005 (en el Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530) señaló que:

*“Queda claro, entonces, que este Colegiado no se encuentra sometido a las sentencias emitidas cuando regían las normas constitucionales ahora modificadas, pues el sentido de la ‘jerarquía normativa’ de la Constitución ya ha variado”* (fundamento 9).

En el mismo sentido expuso en el fundamento 116 estableció: *“Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.*

*¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional*

---

<sup>2</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI/2000051-2004-AI/2000004-2005-AI/2000007-2005-AI/2000009-2005-AI.html>

*aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa”*

De los fundamentos antes expuestos, puede observarse con claridad meridiana, que el razonamiento del Tribunal Constitucional, después de la reforma Constitucional, es distinto del que expusiera en la Sentencia N° 005-2002-AI/TC cuando aún se encontraba vigente la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria. Ahora, según el Tribunal Constitucional, toda reforma referida a las pensiones, siempre que no afecte su contenido esencial, es modificable.

Si partimos de las siguientes premisas:

- 1) La pensión de cesantía del causante ya no está amparada por el derecho adquirido;
- 2) actualmente la pensión de cesantía de un pensionista del Decreto Ley N° 20530 puede ser modificada; y
- 3) El derecho a la pensión de sobreviviente deriva de la pensión del causante.

Entonces tenemos, como conclusión, que la pensión del sobreviviente sí es modificable.

“La nueva Constitución y las reformas constitucionales, toman el lugar de la norma primigenia, con los cual todo fundamento constitucional alegado antes deberá adaptarse al reciente contenido de la Norma Suprema, sea adversa o favorable a situaciones jurídicas precedentes (visto así, no pueden existir normas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución)”<sup>3</sup>

#### **4.3 La teoría de los hechos cumplidos expresada en la Constitución**

La reforma constitucional, solo buscó recoger a nivel constitucional que la opción adoptada por el sistema jurídico nacional sobre la aplicación de las normas en el tiempo se establece por la teoría de los “hechos cumplidos” desplazando a la teoría de los “derechos adquiridos”. Lo anterior no implicaba que se pretenda variar de opción, en tanto que a pesar de que la Constitución no había consagrado expresamente alguna de las teorías en referencia, la interpretación unánime de la doctrina nacional ha sido la vigencia de la teoría de los “hechos cumplidos” como regla general del sistema, con la única excepción de los regímenes pensionarios a cargo del Estado que, a tenor de lo que disponía la Primera Disposición Final y Transitoria, optaba por la teoría de los “derechos adquiridos”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Informe: “Sobre el derecho pensionario obtenido bajo la constitución de 1979, ¿tiene efectos la reciente reforma constitucional” en: Actualidad Jurídica. Tomo 137 Abril-2005. Editorial Gaceta Jurídica.

<sup>4</sup> GONZALES Hunt, Cesar: El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen previsional del estado. En: Actualidad Jurídica. Tomo 126 Mayo -2004. Editorial Gaceta Jurídica.



Señala el artículo 103 de la Constitución que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos. Sin embargo, ¿Cómo podría aplicarse esta norma Constitucional a las solicitudes actuales de pensiones de sobrevivientes de cuyos causantes adquirieron su derecho pensionario antes de la modificatoria del Decreto Ley N° 20530?

Para saber si resulta de aplicación dicha norma en la pensión del sobreviviente, debemos identificar, si las relaciones y situaciones jurídicas que generan el otorgamiento de una pensión se extinguen en el mismo momento de su otorgamiento o continúan vigentes mientras subsista el derecho pensionario.

Dijo el Tribunal Constitucional, cuando aún estaba vigente la teoría de los derechos adquiridos, que el derecho pensionario del sobreviviente deriva de la pensión del causante, y que el derecho del pensionista sobreviviente ya existe antes del fallecimiento (se supone desde el momento en que el causante se convierte en pensionista).

Si tomamos en consideración lo dicho por el Tribunal Constitucional, máximo interprete de la constitución, de que “el derecho pensionario del sobreviviente deriva de la pensión del causante y que el derecho ya existe”; entonces tenemos que el sobreviviente adquiere su derecho a hacer pensionista (mejor dicho se convierte en pensionista, adoptando un nuevo status) desde la fecha en que el causante adquirió su derecho previsional, convirtiéndose en un pensionista con “derecho latente”. Entonces, la situación jurídica de “pensionista” sobreviviente se produce en la fecha en que el causante adquirió sus derechos previsionales.

Sin embargo, resulta necesario preguntarnos si ¿La nueva situación jurídica de “pensionista” que adquiere el sobreviviente se extingue en el momento mismo en que se produce? O ¿La situación jurídica del “pensionista” continúa vigente después de adquirir el sobreviviente su calidad de pensionista?

Resulta evidente que el sobreviviente, al convertirse en pensionista con derecho latente, es decir, al adquirir la situación jurídica de “pensionista”, desde la fecha en que el causante adquirió su derecho previsional, esta continuará existiendo en forma vitalicia y vigente. No se puede aceptar la tesis de que en el momento justo en que el causante adquiere la situación jurídica de pensionista, en ese mismo momento dicha situación jurídica deja de existir.

Por lo tanto, bajo el análisis antes expuesto, se observa que si actualmente un sobreviviente, cuyo causante adquirió su derecho pensionario antes de la vigencia de la Ley N° 27617, solicita hacer efectivo su goce pensionario, entonces, en aplicación estricta del artículo 103 de la Constitución, se debe aplicar la ley vigente y actual para el cálculo de su pensión; por cuanto la situación jurídica de pensionista continua vigente (es existente).

Únicamente si aceptásemos la tesis negada, esto es, que la situación jurídica de “pensionista” se extinguió en el momento mismo en que adquirió su derecho pensionario, entonces sí diríamos que la ley aplicable sería la ley que estuvo vigente a la fecha en que se produjo su derecho, y no la ley actual, porque de lo contrario estaríamos aplicando retroactivamente una ley.

La reforma constitucional que expulsa de su protección a la teoría los derechos adquiridos en materia pensionaria, disponiendo por el contrario en forma general la aplicación inmediata de la ley a las situaciones y relaciones jurídicas existentes, es aplicable incluso a los pensionistas de cesantía que actualmente vienen gozando su derecho pensionario bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530; por cuanto, conforme hemos expuesto, la situación jurídica de pensionista es constante y actual y no se extingue. Si consideramos, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional que la pensión de sobreviviente es derivada de la pensión del titular, entonces, las modificaciones que en esta se realicen, también afectará la pensión del sobreviviente al ser una pensión derivada.

#### **4.4 ¿Qué derecho se afectaría si actualmente la pensión de los sobrevivientes es calculada conforme la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante?**

Tengamos en cuenta que la modificatoria del Decreto Ley N° 20530 por la Ley N° 27617, está referida principalmente al monto de la pensión; es decir que con la nueva ley modificatoria, se reduce la cantidad de ingreso pecuniario que otorga la pensión a los beneficiarios. Este es en realidad la controversia que origina todo el problema.

Entonces corresponde preguntarnos ¿se estaría afectando algún derecho constitucional si aplicamos la ley vigente ante una solicitud actual de una pensión de sobreviviente, cuyo causante adquirió su pensión de cesantía antes de la modificatoria del Decreto Ley N° 20530? ¿Se afectarían los derechos adquiridos en materia pensionaria? ¿Se estaría afectando el derecho fundamental a la pensión al reducirse el *quantum* pecuniario que otorga la pensión?

La respuesta para las interrogantes es igualmente negativa, por la siguientes razones:

- 1) porque la Constitución ha eliminado de su marco normativo a la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria;
- 2) porque la ley debe aplicarse siempre a las consecuencias de las la relaciones y situaciones jurídicas existentes; y
- 3) porque la reducción del monto de la pensión no está considerado como un contenido esencial del derecho a la pensión, es decir no forma parte del llamado “núcleo duro” del derecho fundamental a la pensión.

Así, en el fundamento 85 de la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 050-2004-AI/TC<sup>5</sup> (Acumulado) estableció nítidamente que el sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Según el fundamento 107 de la misma sentencia, el contenido esencial del derecho a la pensión tiene como elementos los siguientes:

- i) el derecho de acceso a una pensión;
- ii) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y
- iii) el derecho a una pensión mínima vital.

En este sentido determinó, en el precitado fundamento 85, que las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, si pueden ser modificadas por tratarse de temas de legislación ordinaria, como por ejemplo: el monto de la pensión (siempre que no se comprometa el mínimo legal), los topes pensionarios, las condiciones de nivelación, entre otros; precisándose que estas condiciones relativas si pueden ser modificadas rigiéndose por la ley vigente al momento en que pueden ser realizadas o ejecutadas.

Incluso, el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 1417-2005-AA/TC<sup>6</sup> seguido por Manuel Anicama Hernández publicada el 12 de julio de 2005, ha establecido en el fundamento 37 literal g) que Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o **a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria**, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103 de la Constitución, respectivamente.

Por las razones expuestas precedentemente, consideramos que la primera hipótesis planteada al problema debe ser descartada, quedando únicamente como válida la segunda hipótesis.

#### **4.5. Criterio actual del Tribunal Constitucional, aún después de la reforma Constitucional**

Sin embargo, no obstante los argumentos legales existentes y del cual hemos hecho referencia, se observa que el Tribunal Constitucional, ante las solicitudes de pensiones de sobrevivencia de aquellos sobrevivientes cuyos causantes alcanzaron su derecho pensionario antes de la entrada en vigencia de la modificatoria Ley N° 27617, viene resolviendo con el mismo criterio y fundamento de la sentencia 005-2002-AI/TC (Acumulados) que hemos

---

<sup>5</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

<sup>6</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

expuesto, declarando fundadas las demandas ante el criterio de la ONP de otorgar pensiones de sobrevivientes considerando la ley vigente a la fecha de la muerte del causante.

Así en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3003-2007-PA/TC<sup>7</sup>, de fecha 13 de agosto de 2007, la segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, declaró fundada la demanda, en consecuencia nula la resolución expedida por la ONP, ordenando que dicha demandada expida nueva resolución pensionaria reconociendo a la demandante una pensión de viudez ascendente al 100% de la pensión de cesantía de su extinto cónyuge, fallecido el 13 de setiembre de 2005.

También en la Sentencia recaída en el Expediente N° 8888-2005-PA/TC<sup>8</sup>, de fecha 11 de diciembre de 2006, la segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, declaró fundada la demanda, en consecuencia nula la resolución expedida por la ONP, ordenando que la demandada expida nueva resolución pensionaria reconociendo a la menor una pensión de orfandad ascendente a 50% de la pensión de cesantía del causante.

No concordamos con el criterio que viene asumiendo el Tribunal Constitucional en materia de derechos pensionarios de sobrevivientes, dado que aún continúa aplicando la teoría de lo derechos adquiridos en materia pensionaria, sin observar la modificatoria de la constitución del cual el mismo tribunal ha expresado su conformidad.

## **5. A modo de conclusión**

Conforme con lo expuesto precedentemente podemos llegar algunas conclusiones:

- 1 Tengamos en cuenta que cuando el Tribunal declaró que a los pensionistas sobrevivientes se les aplicaba la legislación vigente a la fecha en que se otorgó la pensión original, aun estaba vigente la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional. Por ello, como la pensión del causante era inmodificable por ser un derecho adquirido, entonces también era inmodificable la pensión de los sobrevivientes, dado que estas pensiones derivaban de la pensión principal, existiendo su derecho desde ahí.
- 2 Al no existir más la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, no puede decirse o afirmarse ahora, que la solicitud de una

---

<sup>7</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03003-2007-AA.html>, Publicada el día 26 Noviembre del 2007 en el diario oficial "El Peruano"

<sup>8</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08888-2005-AA.html>

pensión de sobreviviente, cuyo causante obtuvo su derecho pensionario antes de la modificatoria, debe aplicarse la misma ley vigente en que se otorgó la pensión principal, por cuanto la pensión principal, ya no la ampara actualmente la teoría de los derechos adquiridos.

- 3 La calidad de pensionista del sobreviviente, como cualquier otro pensionista, es una situación jurídica que se mantiene vigente y produce sus efectos constantemente desde el momento en que el beneficiario tiene derecho a la pensión. Por lo tanto, conforme con el artículo 103 de la Constitución corresponde aplicar actualmente la ley vigente a la solicitud de una pensión de sobreviviente, independientemente cual sea la fecha de fallecimiento del causante.
- 4 Con la reforma constitucional, se permite que la ley regule los derechos pensionarios, incluyendo los ya adquiridos y los que se encuentren incluso en plena ejecución, ello por razones de “interés social”.
- 5 En consecuencia, consideramos que la ley aplicable a la solicitud de una pensión de sobreviviente, es la ley vigente y actual, independientemente de cual sea la fecha de fallecimiento u obtención de la pensión del causante.

#### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

- ABANTO Revilla, César: *Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre la reformadle régimen de pensiones de Decreto Ley N° 20530*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 126. Mayo -2004. Editorial Gaceta Jurídica.
- GONZALES Hunt, César: *El futuro de la cédula viva, reforma constitucional del régimen previsional del estado*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 126. Mayo -2004. Editorial Gaceta Jurídica.
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>.
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03003-2007-AA.html>.  
Publicada el día 26 Noviembre del 2007 en el diario oficial “El Peruano”
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08888-2005-AA.html>