

Derecho de Pensiones del Perú*

Por GUSTAVO BACACORZO

Ayudante de Cátedra

GENERALIDADES

La finalidad del Estado, como supremo administrador de la comunidad, se consume en procurar el mayor bienestar a sus integrantes.

Pero como el Estado trascurre en el tiempo, necesariamente su misión la cumple para el presente y para el futuro. Este es la prolongación de aquél. Todo lo que se efectúe en la actualidad tendrá repercusión en el porvenir.

El hombre —como todo ser— no puede perdurar más allá de un promedio de vida que se condiciona por complejos factores. Pero en su vida misma por lo general presenta dos etapas: la plenitud y la edad provectora, que en función de la productividad —genéricamente considerada— calificaremos como eficiencia e incapacidad, respectivamente.

Estas condiciones del trabajador —el que produce bienes para satisfacer necesidades—, referidas a una organización eminentemente pública como es el Estado, constituye dos estatutos: actividad, pasividad.

1.— *El estatuto de la pasividad.*

Aunque sólo debemos desarrollar ésta, conviene decir que ambas actuaciones configuran el vínculo Estado-servidor, y có-

* Capítulo I de la obra premiada por "Fundación Bustamante de la Fuente", Arequipa, (Perú), 1966.

mo a través de la actividad se alcanza la pasividad. Es el reposo jurídicamente considerado.

Los altos fines de tutela del Estado, se cumplen y desarrollan por el servicio de previsión social, cuya eficacia y extensión dependerá del sistema económico-político que adopten los administrados, sea democrático, capitalista o socialista, y al grado de evolución de cada país y de las filosofías que ello importa.

En nuestra dogmática Constitucional y jurídica, este servicio público se concretiza, entre otros aspectos, en las pensiones, como veremos en el siguiente subtítulo y más ampliamente en el Capítulo Sexto.

La pasividad la constituyen pues todos aquellos trabajadores al servicio directo del Estado, que como consecuencia de esta función estuvieran adictos a ella y oblaron para la formación y acrecentamiento del Fondo respectivo. También el trabajador privado al margen del servicio de productividad.

Pasividad o inactividad no es lo mismo que ausencia de trabajo. En ésta raramente se dan características de conocimiento y experiencia de una función determinada. La ausencia puede darse paralelamente a otra actividad de distinta naturaleza o —por una ficción— colocarse con anterioridad en razón de profesionalización o perfeccionamiento. La inactividad, en cambio, es consecuencia inmediata de servicios efectivos.

Tres elementos estructurales debemos distinguir en este estatuto, como lo precisa el Profesor uruguayo Aparicio Méndez, a saber: Improductividad social del sujeto; relación entre pasividad actual y servicios concretos anteriores; y carácter permanente de esta situación (1).

Para el derecho positivo peruano es posible aceptar los dos primeros, mas la institución de cesantía o disponibilidad tornan imperfecta la última, que podría modificarse así:

Carácter inestable de esta situación.

Dedúcese entonces que los únicos que comunican estabilidad a la pasividad son la jubilación y el montepío.

En cuanto al elemento intermedio de la enumeración precedente, la adecuación es perfecta. Fijando prenociones, diremos que es pertinente saber que el montepío también es generado por servicios precedentes, aunque indirectamente.

(1) "Concepto, fundamento y naturaleza jurídica de las jubilaciones, pensiones, retiros y estados afines", p. 135.

El primer aspecto que cita el administrativista de la República Oriental es válido para la legislación que él analiza, pero no es posible tampoco seguirlo en el Perú. Los fundamentos de ineficacia e incapacidad de que hemos hablado, encuentran la excepción en la *cesantía*, mediante la cual el agente pasa de un estatuto a otro, en virtud de sus condiciones de eficacia, cuyo desconocimiento acaso provocaran su alejamiento.

Esta figura da al sistema peruano actual riqueza de matices vitales, permisible de subsanaciones y progreso, atemperando rigorismos formalistas.

El fundamento y efectividad del equilibrio económico de la célula social queda demostrado y garantizado.

De otro lado, el factor improductivo es equívoco en la gama de ocupaciones étáticas, estando condicionado a la incapacidad, que es comúnmente gradual y de fijación subjetiva.

Anhelos y necesidad es para los servidores pasivos el equilibrio económico de la célula social constituida en su torno.

Aunque integrante de las *listas pasivas*, muy otra es la motivación de las llamadas *pensiones de gracia*, instituto de excepción que —carente de todo fundamento de derecho— sólo pueden acogerse a la esencia tutelar del organismo público. “La tutela en sí misma, esto es, sin relación con una función concreta anterior, sólo merece la atención del Estado desde un punto de vista social, que podríamos considerar subsidiario y secundario” (2).

De modo, pues, que el estatuto del agente público individual comprende ínsitamente dos grandes situaciones: la actividad y la pasividad, como el anverso y reverso de una moneda.

2.— *Etimología.*

“Pensio” es la expresión gramatical que servía a los latinos para denominar el pago de una renta o cánon como contraprestación de un derecho real de dominio ajeno, en particular la enfiteusis, grandemente en boga en una sociedad sucidamente latifundista.

Con la evolución jurídica se aplicó también a otros derechos patrimoniales, pero siempre para designar la renta de un bien inmueble, generalmente rústico, dada la enorme trascendencia

(2) *Ibid.*, págs. 131-137.

agraria en el derecho romano, perdiendo su carácter exclusivo de renta vitalicia, derivado de la naturaleza jurídica del referido contrato nominado.

3.— *Delimitación conceptual.*

Corolario de lo expresado es la variedad de conceptos jurídicos, es decir, la extensión notativa del que corresponde a pensiones.

Así se dice, el pago de pensiones de agua potable, el juez nos concedió una pensión alimenticia, mi suegro goza de una pensión de jubilación como funcionario de los ferrocarriles ingleses, al obrero debe el Estado directamente concederle pensión, aquel soldado tiene una exigua pensión de invalidez, el magisterio ha mejorado su régimen de pensiones.

Hay pues un concepto extensivo, que abarcaría todos los presupuestos jurídicos de las pensiones y uno restrictivo, referido a cualquiera de los casos mencionados o a un conjunto de ellos.

Nuestro propósito es ocuparnos de las pensiones de Derecho Público que reconoce y concede el Estado peruano y subsecuentemente de las de Derecho laboral común.

4.— *Definición.*

Pensión es la compensación pecuniaria vitalicia que concede el Estado a sus servidores y extensivamente a la familia de éstos.

Naturalmente hay otras definiciones.

Fundamentalmente, para Hauriou las pensiones son indemnizaciones a título de sueldo diferido, en tanto que para Fernández de Velazco son sueldos sin actual prestación de servicios. Jéze afirma que son un sueldo continuado.

5.— *Pensiones.*

El servicio de previsión social que corresponde al Estado en cumplimiento de sus fines tutelares, se concretiza —entre otros— en las pensiones. En tanto que el sueldo, dieta, propina, jornal, emolumento o comisión son el presupuesto de actividad, de ejercicio efectivo y actual, las pensiones lo son exclusivamente del Estatuto de pasividad.

Durante la permanencia en el servicio hay un derecho expectatio de pensión y en el presupuesto de disfrutarla está la huella del instituto previsor. Entre ambas condiciones hay pues una relación directa.

La pensión es siempre de carácter pecuniario. Es por eso una retribución, subclase de la compensación, que sería la clase y que corresponde con más amplitud a la importancia de un servicio público cual es el de pensión, que sería el género.

6.— *Naturaleza jurídica.*

Asunto controvertido es el que trata de reconocer cuál sería la naturaleza jurídica de las pensiones como consecuencia de la relación del agente individual con el Estado.

En general, podemos agrupar en tres principales las corrientes doctrinarias, que se objetivizan en otros tantos sistemas:

Civilistas: mandato, locación de servicios (*do ut facias*); Eclécticos: contrato laboral sui generis; Publicistas: estatista, estatutario, acto-condición.

La primera, trata de asimilar al mandato, a la locación de servicios a la compra-venta, al arrendamiento o a la Sociedad. La postulan Perruquet, Lauband, Jellinek, Cabanellas, Barassi, Lorin, Valverde y Chatelain, aunque reconocen que estos institutos ofrecen algunas variantes por ser de Derecho Público.

Siempre dentro de esta inspiración —de la que no se ha libertado aún el Derecho Público— está el de adhesión, que siendo más evolucionado, no deja de estar inscrito en el Derecho Comercial, que como se sabe es una rama del privatista. En este contrato no puede haber novación unilateral, en tanto que sí en el desempeño de la función pública.

Hay también otras figuras: el seguro, la renta vitalicia, los descuentos capitalizados, la pensión alimenticia y la herencia, pero los tratadistas les conceden parcial importancia.

Quizá si más de una de estas instituciones civiles sean válidamente aplicables a sistemas políticos mediatizados por el Derecho Privado, por el sentido subjetivista que lo informa, mas en democracias grandemente proclives a recurrir a instituciones socializantes y en los países socialistas, donde prima el orden público, la doctrina contractualista ha sido superada.

Cabría asignar a estados de dubitativa constitución el eclecticismo, que cree que la naturaleza de la relación Estado-servidor

es sui-géneris, o más exactamente contractual-laboral de Derecho Público.

Pero en el Perú, con principios constitucionales y aplicaciones legales de Derecho Público —bien que en proceso evolutivo—, sólo se da la relación de naturaleza jurídica consiguiente en la modalidad estatutaria (Constitución, art. 55º; Leyes 6602, 8072, 9359, 9555, 11377, 12326, 13417, 15215). Hay un complejo normativo, un status preestablecido, al cual el mismo Estado tiene que sujetarse, so pena de caer en responsabilidad. Esta posición es defendida por los eminentes iusfilósofos Jéze, Duguit, Waline, Hauriou y la casi totalidad de los juristas que se ocupan de estas disciplinas del Derecho. Así también lo asevera Núñez Borja, hoy Rector de la Universidad de Arequipa, y Sayagués Laso, que dictó la materia en la Universidad de Montevideo.

El profesor arequipeño dice que “el ingreso de un individuo al servicio público se hace sin darle la menor posibilidad de discutir las condiciones en que va a rendir su labor. Están ya predeterminadas en las leyes y reglamentos que norma la función. El sueldo está de antemano fijado en el presupuesto del Estado, de las administraciones o establecimientos públicos y no de acuerdo a las aptitudes del servidor, sino a la naturaleza del empleo. Si el Estado por algún motivo reduce los sueldos en forma general, o particular, cambia de colocación al servidor, aumenta las labores, etc., tales hechos no se traducen en una modificación del pseudo-contrato o rescisión parcial y unilateral que dé lugar a que el servidor, como ocurre en derecho privado, se considere despedido y con derecho a indemnizaciones”.

Concorde con esta tesis, agrega que “La situación del servidor público puede ser modificada por decisión unilateral del Poder Administrador. No hay acuerdo bilateral de voluntades ni otra a quien consultarse. Entonces, los derechos y ventajas resultantes de una reglamentación están subordinados al mantenimiento de la misma, que forma lo que se llama el Estatuto: “Conjunto de prescripciones legales y reglamentarias que determinan su situación, derechos, obligaciones y goces”, sinónimo éste de pensiones en nuestro ordenamiento.

Verdad que hay derechos y obligaciones que se interactúan y que no podría violar el Estado o el individuo a su servicio, sin incurrir en responsabilidad, reglando de este modo su autolimitación y competencia, por cuya observancia debe velar el servidor público, denunciando su violación y demandando sanciones.

El Estado sí lo hace contra la masa laboral o sus dirigentes. Esta posición admite una variante sostenida por el administrativista mexicano Gabino Fraga, quien afirma que la naturaleza jurídica de que tratamos es un Acto-condición, que no deja de ser una sagaz interpretación. Acaso permitirá diferenciar dos subespecies estatutaria genérica: "La carga", como imposición pecuniaria o de cierto tipo de servicios personales; y la "prestación de servicios", como acto-condición, que no es otra cosa que la adecuación del principio estatutario abstracto al caso concreto, funcionando plenamente la consensualidad no sólo individual sino también estatal (3).

En ambos no hay violación del principio de libertad, sino defensa previsor y suprema de la comunidad, en amplia acepción finalista. Esto no quiere decir que ha de sacrificarse al servidor público, sobre todo cuando exige respeto al status.

No conformaría pues el acto-condición una especie de relación jurídica sino una subespecie estatutaria.

Sin embargo, el profesor argentino Bielsa acota que siendo la relación de Derecho Público, no configuran un acto estrictamente *unilateral*, pues hay una manifestación de voluntad del servidor al aceptar la función pública, la misma que descansa en derechos y obligaciones. Igual piensa Krammerer y los profesores nacionales Alberto Ruiz Eldredge y Luis del Prado Paredes.

Hay forma de adecuar esta sana observación y para ello conviene distinguir nítidamente entre la naturaleza estatutaria de la relación jurídica Estado-servidor —amplia, casi absoluta en extensión— ya conocida y analizada, de aquella otra que pasa casi inadvertida, subrepticia: la *locación de servicios* o contrato de empleo o función pública, como se dice en la doctrina administrativista.

La Administración celebra contratos de naturaleza civil, aunque en razón del *jus imperium* jamás renuncia a sus derechos de prerrogativa, de donde resulta que contrataciones de índole privatista permitan regulaciones de orden público.

(3) G. Fraga. Derecho Administrativo, págs. 243-246.

— Rafael Bielsa. Derecho Administrativo, Tomo III, págs. 51, 58, 69, 79.

— Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, págs. 268-271.

Cita este último autor la ley francesa de 19-X-1946 que soluciona el problema: "El funcionario está frente a la administración en una situación estatutaria y reglamentaria" (Art. 59).

Nuestro derecho positivo reconoce este contrato nominado, bien que jurídicamente quiebra el sistema estatutario al considerar como servidor público a aquella persona —nacional o extranjera— que ha sido contratada para algún servicio personal esto es, *intuitu personae*.

Aquí sí se da el concierto de voluntad bilateral, materializado en las condiciones recíprocas de prestación de trabajo cierto y verdadero y en la contraprestación remunerativa a suma alzada, o lo que es lo mismo, a suma fija, consignándose el lapso de tiempo en el que deberá cumplirse la obligación que se pacta (art. 6º inc. c). La conmutatividad contractualista se da plenamente: las partes conocen los extremos de la obligación y prevén sus beneficios respecto a la onerosidad (Código Civil, arts. 1547º y 1549).

El Derecho consuetudinario —fuente fecunda del Administrativo, aunque de naturaleza equívoca ha consagrado la forma del acto administrativo: Resolución suprema o ministerial (generalmente), cuando debió ser por instrumento formalmente diverso, no estando sujeto a descuento de nombramiento (Ley 6658), ni para el Fondo de Pensiones, por no generar goces. Solamente para el Seguro social se tributa. Hay sin embargo, dependencias que suscriben contratos que son previamente autorizados por resolución, que fijan unilateralmente las condiciones básicas. La Dirección General de Correos mantiene así el servicio de postillones (*infra*, sub-título 32-I, Contratados).

Ahondando en la posible motivación de esta incorporación jurídicamente intrusa, encontramos que ello responde a un origen político de un lado, y pragmático y justo, de otro.

Es político, pues permite al régimen de turno cumplir compromisos con sus afiliados o secundadores entusiastas y cercanos, acordándoles jugosas contrataciones, que no estando limitadas bien puede “convenirse” en ellas.

Pero también es de orden justiciero y práctico, pues dentro del desorden reinante —derecho en formación, bajo nivel cultural del servidor en general, orientación funcional a grupo de profesionales de ajena especialidad— se trata de asimilar al régimen estatutario común a “contratados” que permanecen relegados por muchos años o casi de por vida pública, sin que se haya logrado hasta ahora su regularización legal estatutaria.

Bielsa confundiría este tipo de prestación de servicios personales —en que evidentemente se discute y acuerda condicio-

nes— con el que magistralmente expone —entre nosotros— Nuñez Borja, siguiendo a los administrativistas franceses y alemanes. Reconoce, no obstante, que en ellos “se establecen condiciones y un sueldo especial”.

7.— Fuentes.

Nosotros clasificaremos las fuentes en dos instancias, teniendo en cuenta su fuerza de obligatoriedad o su carácter accesorio de complementación. A la primera pertenecen:

La Constitución, ley máxima que enmarca todo el ordenamiento jurídico.

La Ley, norma ordinaria dictada por el Congreso o por el Poder Ejecutivo en virtud de delegación legislativa. Por crear situaciones de hecho con trascendencia normativa, en Derecho Administrativo consideremos también a los Decretos-Leyes, sin admitir su imperio en el campo del Derecho Penal, para salvar así el principio general de garantía social preestablecida por leyes material y formalmente producidas. El Derecho Administrativo es pues área jurídica fuertemente influenciada por leyes irregulares como los Decretos-Leyes.

El *Reglamento o Decreto Supremo*, que son también leyes (materiales), dictadas por el Poder Ejecutivo. Hay Reglamentos que no son Decretos Supremos.

Las *Resoluciones Suprema, Ministerial, Directoral* y la *Ordenanza Municipal*, dispositivos de menor importancia de la Administración, provocadas por derechos subjetivos públicos o para adecuar procedimientos de cierta estabilidad, en que preciaría situación de mero trámite la *Circular*, el *Oficio*, el *Memo-rándum*, como por ejemplo el hacer presente que no obstante fijar la ley atribución pertinente a un organismo, y habiendo éste desaparecido, deberá conocer uno nuevo y análogo.

No obligan, pero sí la historia, hace comprensible para su pragmatismo:

La *Costumbre*, riquísimo derecho no escrito, que genera complejidad normativa, esto es, elevando la costumbre a la jerarquía de institución, que como tal presume de obligatoriedad. Pero, considerada solamente como norma consuetudinaria es evidente su esencia defectiva, pues comúnmente aprehende la ca-

suística, sin clasificarla por faltarle ejercicio racional de generalización. Su inseguridad la torna simplemente informante.

La *Jurisprudencia*, que no es otra cosa que la resolución o fallo de los tribunales en ejercicio del poder jurisdiccional por excelencia, y que se llama específicamente *Ejecutoria Suprema* cuando corresponde al más alto Tribunal. De gran volumen y manejo diario es también la jurisprudencia judicial del fuero privativo de Trabajo, que ha de incorporarse definitivamente al Poder Judicial. Pero también los Poderes Ejecutivo y Legislativo dictan jurisprudencia administrativa en virtud de su poder jurisdiccional, aunque limitadísimo, pues su esencia es el poder administrador y legislador, respectivamente.

Estando el Derecho Administrativo y con mayor razón el de Pensiones en franca evolución, grande es el valor que se asigna a esta fuente, importando la jurisprudencia administrativa una cuasi integración del vacío legal.

En el Perú son órganos productores de interpretación jurisprudencial administrativo laboral la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones (Ley 11377, 67º. Regl. 37º, 38º, 39º), la Dirección General de Trabajo en Lima, las Sub-Direcciones de Trabajo en sus respectivas jurisdicciones (D.S. (T), 12-V-1950; D.S. (T), de 18-VIII-1956; D.S. (T), de 8-XI-1954), el Tribunal del Servicio Civil del Perú (Ley 16960, Art. 118º) creado este año para reemplazar con mayor garantía al Consejo Nacional del Servicio Civil (Ley 11377, Arts. 96º y 103º; Reglamento Arts. 153 y 154) y los organismos jurisdiccionales militares, principalmente el Consejo Supremo de la Justicia Militar.

La Doctrina, finalmente, a diferencia de la imperatividad de los comentarios, opiniones y consultas de los glosadores y post-glosadores del Derecho Romano, es la de menor valor jurídico. Estando en evolución nuestro Derecho Público, debería nutrirse de ésta para derivar instituciones y prácticas que guarden unidad dogmática, operatividad técnica jurídica y coordinación sistemática.

Comprende la doctrina, los tratados científicos y las críticas de juristas, así como también la teórica que se difunde desde la cátedra universitaria o instituciones análogas.

En cuanto a los *Tratados* debemos decir que es una fuente

de mínima importancia, pues en el Derecho de Pensiones peruano hay un solo caso (Ley 14061).

Y los contratos de empleo o función públicos, por su naturaleza administrativo-laboral, crean derechos para contratados y comisionistas.

8.— *Estructura de las pensiones.*

Las pensiones, consideradas genéricamente como un instituto de la pasividad, presentan analíticamente una estructura o conjunto de conceptos simples conectivos semejantes a toda obligación:

- a) Relación o vínculo jurídico
- b) Sujeto (activo, pasivo)
- c) Contraprestación

La relación establece un ligamen entre los dos componentes del término sujeto (deudor, el Estado; acreedor, el titular de la pasividad). Ya hemos visto que es de Derecho Público (estatutaria).

Con los fundamentos expuestos en el numeral 6 no puede hablarse propiamente de conclusión de la función pública cuando el servidor individual sale de los cuadros de actividad e ingresa a la pasividad. Habría solamente cambio de condición dentro del gran estatuto funcional público, con la consiguiente enervación de algunos derechos y obligaciones.

Los sujetos de la obligación, esto es, el sujeto activo, a quien —inversamente al estatuto de actividad, de naturaleza positiva— compete realizar la contraprestación; y el sujeto pasivo, a quien corresponde recibir las ventajas de dicho servicio, en reciprocidad reglada en base a la prestación que ejecutan los titulares precedentemente en el estatuto de actividad.

Y la prestación, o más exactamente, la contraprestación, que es el servicio de esencia compensatoria, es decir, correlativa.

La comprensión del concepto jurídico "prestación", está dada por dos notas mutuamente excluyentes y relacionales en torno a la unidad: positivas y negativas, que delinear lo activo y lo pasivo, que no es otra cosa que prestación y contraprestación.

En ésta, el sujeto activo (Estado) ejecuta con derechos objetivos, a instancia subjetiva pública, el objeto de la contraprestación, en tanto que —siempre dentro del dominio negativo— el titular de la pasividad no se abstenga de cumplir las

normas estatuidas, fundamentales en la contraparte de la función pública (actividad). Contraparte que es anteparte para la perspectiva del Derecho de Pensiones.

Nótese que el servicio de previsión es naturalmente más complejo, siendo la pensión —estructura en sí misma considerada— un elemento, un instituto de dicho servicio, especie con relación al género. Este servicio es compuesto: se obliga a varias prestaciones y contraprestaciones.

Internamente, la pensión es prestación sinalagmática: actúa el individuo (prestación) y el Estado paga (contraprestación). El ex-servidor o la célula social realizan un pasivo cumplimiento del estatuto (prestación) y el Estado retribuye (contraprestación) extensivamente en el tiempo la prestación positiva, a través de la observancia del estatuto pasivo.

No significa esto negación de la naturaleza jurídica de la relación Estado-servidor público, que es unilateralmente fijada de antemano por el primero. La tipificación bilateral afecta —no la relación— sino a la contraprestación misma.

De otro lado, la pensión es compuesta: abarca varios tipos de contraprestación (cesantía-disponibilidad, jubilación-retiro, invalidez). Es progresiva, pues no le obliga al servicio simultáneo de varias prestaciones, sino que una excluye a otra.

Es facultativa, ya que tiene por objeto una sola contraprestación, con la prerrogativa de orden público de liberarse de una mediante el servicio de otra prestación igualmente pasiva. Es el caso, poco frecuente, de la subrogación inter-vivos por causa de delito (*delicti causa*).

La prestación es directa o principal, e indirecta o accesoría, según sea titular el causa-habiente (servidor pasivo) o los que de él dependen (familia).

Todas estas situaciones se resuelven onerosamente: suma determinada, individualizada en armonía con normas estatutarias vigentes y obtenidas mediante derecho subjetivo público, ejercido en el tiempo condicional, de donde la última nota de las pensiones: es un derecho diferido, existe pero queda suspendido en el tiempo, por las siguientes razones: *mutatio de status; delicti causa; y mortis causa*.

No hay pensiones en "especie". Pero si encontráramos servicios remunerados en esta forma, cabría estimarlos pecuniariamente, regla que contempla acertadamente el Seguro Social del Empleado para su imposición privativa (Ley 13724, art. 17º, c).

9.—*Similitud de los Derechos Administrativo y del Trabajo.*

El Derecho Administrativo es derecho público y aunque todavía se cuestione si el de Trabajo es rama de éste o del privado, es evidente que ello queda circunscrito a la dogmática que inspire la legislación general de cada país y en particular la regulación de los beneficios sociales en equívoca legislación abstencionista o de resuelta tutela al servidor particular. En el sistema socialista el campo de acción del derecho público es total; no admite esta diferenciación legalista, ya que "El trabajo humano, como fenómeno social, es uno, cualesquiera que sean las circunstancias de dependencia del trabajador", como dice Sarria.

El derecho vigente laboral se informa en nuestro país de innegables instituciones de progreso y de ensanchamiento del derecho público y simultáneo estreñimiento del ámbito privado. La nacionalización de empresas, el reparto de utilidades para empleados y obreros, el contrato colectivo de trabajo, prohibición de restringir los derechos civiles, políticos y sociales; el régimen de salarios mínimos, la garantía de la libertad de trabajo, prohibición de trabajar contra su voluntad y sin retribución, son principios consagrados por la Constitución y multitudinariamente defendidos por los trabajadores, con saldo de miles de sacrificios, conquistándose recientemente el accionariado, la co-gestión de empresa, el seguro social del obrero y empleado, la igualación de estos dos status en cuanto a vacaciones, la institución de las jubilaciones en el sector privado y su reducción a 30 años de servicios; la voluntaria transferencia de dominio de empresas de transporte a sindicatos que actúan como cooperativas, fenómeno que va en aumento y es la prueba palmara del incremento del derecho público, al que ya se ha incorporado nuestra farragosa legislación laboral y que armoniza con la realidad, que acepta y adecúa estos principios de socialismo a nuestras pecuarias actividades.

Ruiz Eldredge, abordando el tema que tratamos en este numeral, dice: "Hay en mi opinión, analogía con el contrato laboral. Este es ya de derecho público (art. 1572 del CC) y así lo ha reconocido jurista de tanto prestigio como el Dr. Manuel Augusto Olaechea, codificador del Código Civil vigente. Quiero decir, más claramente, que dicho jurista opina que el contrato laboral se sitúa dentro del derecho público. En el contrato la-

boral, en muchas actividades industriales, existen verdaderos estatutos disciplinarios y reglamentaciones, como en las minas, fábricas, en el trabajo marítimo, en los buques, etc. En la función pública sólo se da mayor disciplina y facultad a la Administración en cuanto mira los intereses generales. Pero en el contrato laboral la tendencia es contemplar principalmente el interés de la colectividad. Y en ambos casos se demanda y persigue, cada vez más también, atender el factor humano, social del trabajador. Tan trabajador es pues el funcionario, como un empleado llamado particular o privado”.

Al mismo tiempo, nos recuerda el profesor de Derecho Administrativo de San Marcos, que entre ambas disciplinas hay matices e instituciones diferenciales (representación ante terceros, realización de actos jurídicos, autoridad para gestiones públicas, etc.).

Al tratar de la integración en el Derecho Administrativo veremos cómo leyes para el régimen laboral común se aplican jurisprudencialmente a servidores públicos (Ley 12527) y que leyes normativas del servicio público personal recogen instituciones benéficas de la legislación de trabajo (EEMP-Ley 15215, art. 70º). Recíprocamente, el trabajador particular se beneficia con la reducción a 30 años de servicios los varones y 25 las mujeres para gozar de jubilación (Ley 15144), regulación inspirada en norma administrativa (Ley General de Goces de 1850, art. 6º). Mas, no sólo es la disminución del tiempo regulador para pensión jubilaria, sino la jubilación misma para empleados (Leyes 10624 y 11013) y obreros (Ley 13640). Hay leyes que amparan igualmente a trabajadores públicos y privados (Ley 8540).

Parece así comprenderlo vagamente el Estado, al constituir el régimen de pensiones del Seguro Social (Ley 14069) para empleados, sin distinguir si lo son públicos o de comercio.

El servidor público se defenderá del Estado que actúe como mera empresa impidiendo las conquistas sociales o violando el Status (Rs. Ls. 13281 y 14712).

10.— *Derecho de Pensiones.*

¿Cabe hablar del Derecho de Pensiones? Es tarea difícil de resolver. Pero la función del Estado cada vez más rica en contenido jurídico y en extensión social, autoriza a que planteemos el tema desde dos aspectos integrativos: doctrinario y legal.

Si se admite que el Derecho laboral es de naturaleza privadista, es indudable que tal criterio emana de la concepción liberal, para la que el Estado tiene facultades prácticamente suicidas, campeando el poder económico que configura la superestructura jurídico-político abstencionista, y actuando con un derecho de reglas más que de normas.

Varía la cuestión si se asigna ya la constitución mixta a la actividad productiva socialmente reglada, en que se reconoció armónica conjunción de normas públicas y privadas, o por lo menos un poder contralor estatal.

Rama del Derecho Público será si se reconoce que no hay quehacer humano que esté marginado del poder regulador y tutelar del Estado y que el trabajo es esencialmente producción social.

Pragmáticamente, el Derecho de Trabajo se afilia en la actualidad a una de las dos últimas posiciones, siendo materia de derecho histórico la primera.

La normatividad laboral peruana ha ingresado al Derecho Público.

Disposiciones legislativas vigentes que lo contrarían no alcanzan a despojar al Estado de sus prerrogativas en ejercicio del *jus imperium*. Desde la jornada de 8 horas —arrancada cruentamente como toda conquista social—, hasta el goce vacacional igualitario de trabajadores en general —disminuidos aún los domésticos—, es evidente que lo tipifican como de Derecho Público.

Si examinamos los principios de la regulación del proletariado nacional, mayor es el afianzamiento, no sólo por estar en relación directa con el bajo nivel cultural —fuente de explotación hasta límites infrahumanos, particularmente con el indio de nuestra serranía y de los valles selváticos—, cuanto por la solidaridad de la clase obrera en su enfrentamiento desembozado contra el factor social groseramente capitalista.

Una tibieza “publicista” exhibe la legislación del empleado, reflejando la realidad de esta clase trabajadora, que sociológicamente presenta dos grupos de referencia: uno al principal o empleador, blando al acomodo y al conformismo atentatorio de su misma situación preterida, cuya extracción social es de la alta clase media; otro, entusiasta secundador de la clase obrera, la que en la pirámide social apenas si está por encima del pro-

letariado o grupos sociales cuya superación cultural les permite identificarse con las masas expoliadas.

Existe entonces una gran clase pasiva, en descanso luego de producir por más o menos largos períodos de actividad. Hay pues un estatuto, aunque diversificado. Conforman éste el elemento sustantivo (unidad de materia, esfera, normatividad propia, etc.), como dice el profesor Muñoz.

Pero se requiere también un elemento orgánico, y éste es que está extraordinariamente atomizado. Aunque son correctivos el Fondo de Jubilación Obrera (Ley 13640) y la Caja de Pensiones (Leyes 13724-14069), los organismos privados directamente sirven los beneficios sociales y específicamente las pensiones. Ya hemos visto que el Estado genéricamente hace lo propio.

Este elemento orgánico podría integrarse por todas las instituciones que cumplen limitativamente el pago de las pensiones que les competen.

Luego, si tuviéramos establecidos ambos elementos, sería pertinente y exacto hablar de un Derecho de Pensiones.

Actualmente no trasciende las fronteras de los Derechos Administrativo y de Trabajo, en los que sí constituyen extensos campos, que han de propender a un solo derecho autónomo.

Dice el tratadista Claude du Pasquier que "Las ramificaciones del Derecho Administrativo son tan vastas que algunas de sus ramas son, a veces, consideradas como unidades distintas". (4) Así por ejemplo, los Derechos Tributarios, Financieros, Minero, Industrial y Municipal.

El Derecho de Pensiones vendría a ser pues una subdivisión del Derecho Público, con fisonomía propia.

Recientes tendencias de unificación de los Seguros Social del Obrero y del Empleado nos ponen en aptitud de disponer del elemento orgánico de magnitud cohesionante nacional. El Código de Trabajo en estructuración avanzada, la Ley Orgánica del Servicio Civil y la Ley General de Pensiones que se proyectan jalonarían la independencia del Derecho de Pensiones, en sus extremos sustantivo y orgánico.

Por último, en el Derecho peruano hay uniformidad terminológica fundamental. Toda contraprestación diferida y periódica vitalicia al sector pasivo está genéricamente connotada en

(4) Citado por Celso Becerra, en su obra *Teoría y Legislación de los Contratos de Trabajo*, Tomo I, pág. 67.

el vocablo "pensiones", lo que importa ventaja en el Derecho Comparado, aún en países de gran evolución jurídica, como Uruguay, Argentina y España.

Por ello, el macroorganismo que columbramos pueda tal vez denominarse Instituto Peruano de Previsión Social, utilizando el concepto y el léxico de nuestra norma fundamental (Art. 48°) y cuyo fin es la funcionalidad de la clase trabajadora como garantía de bienestar general, sin privilegios ni conculcaciones. Tal vez corresponda esta misión al Seguro Social unificado.

En los proyectos de ley —en revisión unos, estructurándose otros— ha de contemplarse que la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones integre el Ministerio de Trabajo y Comunidades, para factibilizar francamente la unificación que proponemos como objetivos funcionales inmediatos.

11.—*La literatura jurídica peruana.*

A diferencia de otros países americanos como México, Ecuador, Uruguay, Brasil y Argentina, de nutrida bibliografía sobre el Derecho de Pensiones —cálculos actuariales, estadística, ensayos doctrinarios, vulgarización, temas monográficos y textos universitarios, individualizados o recogidos en publicaciones periódicas de gran especialidad— nosotros sólo presentamos escasas obras. Ninguna con notas de integralidad, ni de temática ni de discurrir temporal.

Redúcese nuestra bibliografía a meras recopilaciones y a bocetos.

Inicia la lista Mariano Santos de Quirós y Nieto, jurista arequipeño, cuya obra "Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicados en el Perú desde su Independencia en el año de 1821 hasta el 31 de diciembre de 1840", en 13 tomos, aparece entre 1831 y 1845, continuándola su deudo Juan Crisóstomo Nieto, a quien corresponden los seis últimos volúmenes (1852).

Prestó invalorable beneficios en una época crucial para la cultura, pues la desaparición del despotismo y la ascensión de una democracia a la que nuestros próceres de espada imprimieron turbulencia —o mejor aún, congestión vital—, trastocó el orden establecido. Aunque con reservas, fue declarada oficial dicha Colección.

Obedeciendo a un plan superiormente concebido en lo expositivo y dispositivo, Juan Oviedo, magistrado y político ta-

rapaqueño, publicó en el período 1861-1872 su "Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicados en el Perú desde el año de 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859", en 16 tomos, agrupando temas y órganos ministeriales, facilitando el manejo sus índices cronológicos y de materias.

Cubren el largo período de la segunda mitad del siglo pasado y primeros años de la actual diversas colecciones de leyes y resoluciones, entre ellas, las de M. A. Guzmán, Paulino Fuentes Castro —cuyos 4 primeros volúmenes interesan a nuestro tema— y sobre todo la del jurista Ricardo Aranda, concordadas y anotadas de 1860 a 1906.

De diferente y elevado carácter es el Diccionario de la Legislación Peruana, del juriconsulto arequipeño Francisco García Calderón, y que aún hoy es fuente de información para el Derecho de Pensiones e inevitable para el derecho histórico peruano. Debemos recordar también el Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana, obra conjunta de los notables hombres públicos Manuel Atanasio Fuentes ("El Murciélago") y Manuel Antonio de la Lama, estrechamente vinculados a nuestra primera Facultad de Derecho.

En 1907-1919 aparece en dos gruesos tomos la "Legislación Administrativa", cuyo autor es Ricardo R. Ríos, antiguo Oficial Mayor de la Cámara de Diputados. El tema está dividido en Legislación Administrativa propiamente dicha y en Manual de Funcionarios Públicos, que significa ya una innovación. Estructurado en orden alfabético silábico, los asuntos están bien descritos y concordados legalmente. Trae algunas disposiciones del período 1860-1895.

"Goces de Cesantía, Jubilación y Montepío de los Empleados Públicos y de las Municipalidades, Sociedades de Beneficencia, Terminal Marítimo y Compañías Fiscalizadas", se debe a Ramón Costa y Cavero, cumplido y diligente servidor de la antigua Dirección de Aguas e Irrigación del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. No hay sistemática recopilatoria y los textos son regularmente inexactos.

"Cesantía, Jubilación y Montepío", es igualmente el título de la que corresponde a Juan Manuel del Mar, hoy elevado a la Sub-Gerencia de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima a cuya jefatura de Personal él dio lustre y dinamismo, como lo prueba su esfuerzo intelectual, obra que —a diferencia de las que precedieron— trae concordancias y los clásicos índices

cronológico y alfabético. Es de utilidad para los años 1920-1945, viendo la luz al año siguiente.

Junto con la obra de Costa y Cavero, son las dos primeras específicamente relacionadas con el Derecho de Pensiones, careciendo sensiblemente de planteamiento doctrinario.

Mención honrosa merece el autor de la "Legislación Peruana sobre Empleados Públicos", que se editó inicialmente en 1943 y que sistematizada y actualizada ha alcanzado la séptima edición en 1966. Su difusión ha creado conciencia administrativa.

Adiciona un interesante resumen histórico y el pragmatismo lo resuelve con los infaltables y útiles índices ya citados.

Pedro Patrón Faura, ex-Director General del Servicio Civil y Pensiones es el principal autor del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Ley de la República desde setiembre de 1950. Nadie antes que él examina el Derecho de Pensiones a la luz de la dogmática jurídica, aunque su análisis es solamente tentativo y llega a conclusiones que no compartimos, como por ejemplo su *terzia scuola* sobre la esencia jurídica del vínculo, Estado-servidor; trasuntando ecléctica formación jurídica.

El sucesor no inmediato en la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones, Renato Lértora Ginetti, comunicó flexibilidad a las funciones a su cargo, particularmente a la interpretación e integración legal-administrativa, amparando la benignidad en la prescripción, en justiciera regulación del art. 105° del Reglamento de la Ley 11377, inicialmente fundamentada por Carlos Seminario Caimert, Abogado-Asesor de la Asesoría Legal de la Dirección General de Administración de Fomento y Obras Públicas, con evidentes beneficios para los ciudadanos comprendidos en dicho régimen legal. Tal medida ya había sido acordada por su predecesor, Diego de Améza-ga S., pero su aplicación era vacilante (R. S. N° 46 (J), de 11-III-1961).

Su experiencia hoy aprovecha la ONRAP, cuya Dirección de Capacitación del servidor del Estado le ha sido confiada.

Su folleto responde a su nombre: *Vademecum del Régimen de Pensiones Civiles en el Perú*, en el que expone gráficamente infinidad de casos prácticos, y cuya experiencia hoy aprovecha

la ONRAP, habiéndole confiado su Dirección de Capacitación del Servidor del Estado (5).

Con otra orientación y finalidad, se relacionan directamente el planteamiento de la literatura jurídica de las funciones, los textos universitarios de Humberto Núñez Borja (Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú), Alberto Ruiz Eldredge y Luis del Prado Paredes, profesores de Derecho Administrativo de las Universidades de Arequipa y de San Marcos de Lima, con planteamientos similares y de honda ejecutoria publicista. Recordemos también —en igualdad de condiciones meritorias— a José Vásquez Estremadoyro, profesor de la materia en la Universidad Federico Villarreal, de Lima.

Antes que ellos, abordaron el tema desde variadas posiciones iusfilosóficas Toribio Alayza y Paz-Soldán (Derecho Administrativo General y del Perú), Felipe S. Portocarrero (Curso de Derecho Administrativo del Perú), Rómulo E. Lanatta (Bases para el Estatuto Civil en América); Luis Quiñe Arista (Derecho Administrativo del Perú); correspondiendo la mayor antigüedad al ya nombrado M. A. Fuentes, eximio profesor del curso en la Universidad de San Marcos y autor del "Compendio de Derecho Administrativo", importante obra didáctica del siglo pasado (6).

Menor trascendencia tienen las publicaciones de Carlos Valdivieso Gómez (Tratado de Legislación Policial), Blas Verástegui Cáceres (Prontuario de los Goces y Derechos de la Policía Nacional) Y José Lazo Amorós (Manual de Deberes y Derechos de los Servidores Públicos). Y en revistas militares difundió información pensional el teniente coronel Luis E. Boderó García, principalmente sobre el montepío castrense.

Finalmente, nosotros presentamos un estudio que intenta exponer con extensión e intensidad teórica y legal la parte sus-

(5) Contiene el opúsculo un grave dislate (p. 32) en cuanto afirma que la regulación jubilatoria se hace sobre el último sueldo, y que aunque no se cita dispositivo, no puede ser otro que el artículo 79 de la LGG de 1850, que ha sido superada; sirviendo de base el sueldo del último cargo desempeñado por dos años mínimo, posición que es uniforme en la jurisprudencia administrativa y judicial (Ej. Suprema de 18-VII-1947 y R. S. de 30-IX-1947). Tal error es, sin duda, inimputable al ilustrado funcionario y lo consignamos con el ánimo de evitar su repetición por personas desconocedoras de estos asuntos. Claro que no hay derogatoria expresa, tratándose entonces de un caso de equidad o de una muestra singular de costumbre abrogatoria (Bleisa, Tomo I, p. 110).

(6) Quiñe estuvo a punto de culminar preparativos para un estudio integral de las pensiones (Ley Anual del Presupuesto 16361, Art. 679) a cuyo equipo se incorporaría al autor de esta obra. La creciente inestabilidad económica e intereses bastardos impidieron realizar un centenario anhelo de la seguridad social peruana.

tantiva del Derecho de Pensiones del Perú, abarcando su desarrollo los regímenes administrativos (civil, militar, civil-militar), docente, de Seguro Social (obrero y del empleado) y el de atención directa por el empresario. Es decir, copulativamente el Derecho de Trabajo y el Derecho Administrativo.

Para otra ocasión dejamos lo procesal, cerrándose entonces la materia del nuevo ordenamiento autónomo con los sustentos de sus dos fases: derechos- obligaciones y cómo accionarlos.

Refiriéndonos ahora a los publicistas en materia de Derecho Laboral, que mayor trascendencia han tenido en nuestra vida jurídica —ya analizando sus instituciones o difundiéndolas— citaremos a Manuel A. Vigil (Legislación del Trabajo), con tres ediciones, y “a manera de código”; Jorge Ramírez Otárola (Codificación de la Legislación del Trabajo y de Previsión Social del Perú, cuya segunda y última edición es la más completa codificación peruana; Ricardo Elías Aparicio y Guillermo González Rosales (Doctrina y Legislación del Trabajo en el Perú), en cuatro gruesos tomos, cuyo plan expositivo es imperfecto y farragoso como el tema tratado; Napoleón Valdez Tudela (Legislación del Empleado), vinculado judicialmente a este Derecho; y Raúl Ferrero Rebagliati y Carlos Scudellari (Derecho del Trabajo), exposición pragmática por excelencia. Y en lo procesal, a Jorge M. Angulo (El Procedimiento del Trabajo en el Perú), que aboga por una función judicial especializada, al mismo tiempo que por una revisión y mejor adecuación procesalista laboral en nuestro país.

De extraordinaria importancia y única en su especie es una obra conjunta de Rómulo A. Ferrero Rebagliati y Arthur J. Almeyra (Estudio Económico de la Legislación Social Peruana y Sugerencias para su Mejoramiento), que el primer autor ha revisado y actualizado en forma sumarisima y elocuente (La realidad Económica de los Beneficios Sociales). No hay otra nacional con tal acopio estadístico y jurídico, incluso con diagramas polícromos y conclusiones realistas comparadas con otros sistemas similares americanos, aunque parece defender intereses patronales.

En resumen, el Derecho laboral ha merecido hasta hoy mayor atención y estudio de nuestros intelectuales, destacando en

lo jurídico la obra de Jorge Ramírez Otárola y en lo económico-social las de Rómulo A. Ferrero, que acabamos de enunciar.

No debemos concluir el capítulo sin hacer mención al ilustre iuseconomista francés Pablo Pradier Fodéré, el único extranjero autor de importantes trabajos de la materia, tanto en su país como en el nuestro (Compendio del Curso de Derecho Administrativo), que él difundiera desde sus prestigiosas Cátedras en la cuatricentenaria Universidad de San Marcos.