

**Percepción simultánea de pensión y remuneración
en el Estado. A propósito de lo regulado en el
artículo 40 de la Constitución de 1993
Comentarios a la STC 1/2022 (Expediente 03432-
2018-PA/TC)**

**Simultaneous receipt of pension and remuneration in the
State. With regard to what is regulated in article 40 of the
Constitution of 1993
Comments to STC 1/2022 (File 03432-2018-PA/TC)**

✉ LUIS MIGUEL LA TORRE ALIAGA¹

Resumen

744

En la sentencia bajo comentario se evidencia que el Tribunal Constitucional al resolver la controversia sometida a su conocimiento sigue la interpretación efectuada en el fundamento 86 de la sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC (caso del régimen de pensiones del personal militar y policial), sobre la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993 —referido a la prohibición de percepción simultánea de remuneración y pensión en el Estado—, replicando y exaltando así los alcances de tal premisa, y develando al mismo tiempo su finalidad (*telos*), utilizando ello para fijar en calidad de precedente ciertas reglas dirigidas a corregir lo que denomina *grave injusticia* causada por el inconstitucional entendimiento de la autoridad legislativa sobre lo regulado en el mencionado precepto constitucional, que se materializa en el tratamiento regulativo dispar sobre la materia, vigente a la fecha. A su vez, es posible advertir que se modula el criterio que sostenía una de las composiciones anteriores del Colegiado constitucional, desarrollado en la sentencia recaída en el

¹ Ex asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Expediente 03480-2007-PA/TC, que considera dentro del supuesto de prohibición ya señalado a la doble percepción de ingresos (remuneración y pensión de cesantía o jubilación, simultáneos).

Así las cosas, el presente artículo busca dar cuenta de manera reflexiva sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, además de intentar exponer la contradicción existente en el marco normativo actual y el supuesto deóntico previsto en el artículo 40 de la Constitución de 1993, referido a la doble percepción de remuneraciones.

Palabras clave

Orden jurídico fundamental de la sociedad, abstención de acumulación de empleos o cargos en el Estado, doble percepción de remuneraciones, servicios prestados al Estado, acceso a la función pública, ejecución adecuada de labores, ahorro público, regla de acción, reglas de fin, propiedades cerradas, iguales aspiraciones laborales, pensión de cesantía como patrimonio del jubilado.

1. Antecedentes normativos de la prohibición en cuestión

745

Como bien expone Konrad Hesse, la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad, pues en ella se fijan los principios rectores que marcan el camino hacia la unidad política (referida a la unidad de actuación en la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana) y a partir de los cuales el Estado debe procurar alcanzar el máximo bienestar social (Hesse, Primera reimpresión 2012, pág. 43). En esa línea corresponde señalar que su comprensión se manifiesta en la acentuación de principios constitucionales como el bien común, la apertura, el pluralismo, la libertad, la tutela jurisdiccional y otros (Häberle, Primera Edición, julio 2017, pág. 24 y 37).

Bajo estas premisas, es viable señalar que toda Constitución debe contener medidas destinadas a impedir situaciones que dificulten lograr el bienestar de la comunidad, siendo una de ellas —para el caso peruano— la prohibición de acumular empleos o cargos remunerados en el Estado. Y es que, con esto se logra maximizar el acceso a la función pública de los ciudadanos, así como la ejecución adecuada de labores asignadas (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-

PA/TC, Fundamento 5. Año 2007), a lo que agregaría el ahorro fiscal² — vinculado directamente con la posibilidad efectiva de concreción de políticas públicas—.

Tal medida la encontramos en el artículo 40 de nuestra actual Constitución, formulada en los siguientes términos:

“[...] Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Igual regulación se advertía en el artículo 58 de la Constitución de 1979, veamos:

“[...] Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Así también se recogió en los textos constitucionales de 1920 y 1933, a saber:

746

Constitución de 1920

[...]

Artículo 12. Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquier forma de Gobierno, están incluidos en la prohibición.

Constitución de 1933

[...]

Artículo 18. Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo por razones de

² Punto en el que coincido con el Tribunal Constitucional, según lo expuesto en la parte *in fine* del Fundamento 8 de la STC 1/2022.

enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquier forma del Poder Ejecutivo, están incluidos en esta prohibición.

Ahora bien, la indicada prohibición ha sido asimilada con diversos matices en el ordenamiento jurídico peruano, veamos:

Decreto Ley 20530

[...]

Artículo 8. Se podrá percibir simultáneamente del Estado dos pensiones, o un sueldo y una pensión, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública o de viudez. Asimismo, podrá percibirse dos pensiones de orfandad, causadas por el padre y la madre.

Artículo 9. El pensionista cuya pensión provenga de servicios docentes y no docentes, que reingresare a prestar servicios podrá continuar percibiendo la parte proporcional de su pensión que no sea incompatible con la naturaleza docente o administrativa de su nuevo cargo.

[...]

Artículo 17. El trabajador que se reincorpore al servicio civil del Estado tiene derecho a elegir entre su pensión civil, militar o policial, o la remuneración de su nuevo cargo, salvo lo dispuesto en el artículo 9. Al cesar, percibirá como pensión el monto de la primitiva más la pensión que pudiera haber generado en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

747

[...]

Artículo 54. Se suspende la pensión, sin derecho a reintegro, en los casos siguientes:

...

d) Reingresar al servicio del Estado, con las excepciones contempladas en el artículo 17 [...]

Decreto Ley 19990

[...]

Artículo 45. El Pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su

pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

Decreto Legislativo 276

[...]

Artículo 7. Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las Empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de Economía Mixta. Es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional.

Ley 30057

[...]

Artículo 38. Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley.

Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados.

Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

Es posible evidenciar que tales regulaciones tienen en común la incorporación de la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas en caso opten por reingresar a la función pública (remuneración y pensión de cesantía o jubilación, a la vez), extendiendo de esta manera el supuesto prohibitivo contenido en el anotado artículo 40 de la Carta de 1993, conforme veremos a detalle en las siguientes líneas.

2. Controversia constitucionalmente relevante (Caso: Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez)

El señor Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez, mediante demanda de amparo, recurre a la vía constitucional a efectos de cuestionar la suspensión de su pensión de cesantía —otorgada bajo los alcances del Decreto Ley 20530— ejecutada por el Ministerio de Educación y otro, tras haber reingresado a laborar al Estado (Poder Judicial) mediante Contrato Administrativo de Servicios (CAS), esto con el argumento de la incompatibilidad de doble percepción de ingresos provenientes del Estado.

El Tribunal Constitucional justifica el análisis de fondo sosteniendo principalmente que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, conforme lo prescribe el Fundamento 107 de la sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-PI/TC, por lo que al tratarse de una controversia referida a la restricción del ejercicio de tal derecho corresponde analizar si esta se encuentra debidamente justificada o por el contrario deviene en arbitraria.

A lo señalado por el Colegiado agregaría que el ejercicio del derecho a la pensión es una posición *iusfundamental* vinculada con el derecho a una vida acorde con el principio- derecho de dignidad. Al respecto no debemos perder de vista que es deber jurídico del Estado promover una digna calidad de vida de sus ciudadanos (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-AA/TC, Fundamento 32 y 37, literal c). Año 2005), y en especial de los jubilados por ser personas que se encuentran “propensas a perder las condiciones mínimas para fortalecer su autonomía” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, parte *in fine* del Fundamento 22. Año 2017).

3. Reflexiones sobre el análisis de fondo realizado por el Tribunal Constitucional

En este punto corresponde abordar el análisis de la *ratio decidendi* expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia materia de comentario, así como de las principales *obiter dicta* que la acompañan.

Respecto a la primera cuestión, la encontramos en los Fundamentos 7 a 10 de la STC 1/2022, veamos:

750

7. El segundo párrafo del fundamento 86 de esta sentencia de inconstitucionalidad [recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC], reviste una enorme importancia no solo para resolver la presente controversia. En efecto, al analizar el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal interpreta que, cuando este artículo prescribe que “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”, no cabe margen de duda en el sentido que lo que la Constitución prohíbe es la doble percepción de remuneraciones, salvo la remuneración docente, pero no la doble percepción de ingresos, esto es, la percepción simultánea de remuneración y pensión.

8. Esta disposición constitucional lo que busca es impedir que una misma persona acapare dos o más cargos remunerados por el Estado, dando lugar a una situación de privilegio inaceptable y desplazando a otras personas con iguales aspiraciones laborales. Pero también busca generar ahorro público.

9. En este escenario, la situación del pensionista que reingresa a laborar al Estado tiene una connotación muy distinta, por diversas razones; tales como que la pensión a que se ha hecho acreedor después de haber aportado su fuerza laborar y las aportaciones dinerarias que prescribe la ley de la materia, ha pasado a formar parte de su patrimonio y no le pertenece al Estado, el cual únicamente se encarga de administrarlo.

10. Por otro lado, la remuneración que percibe el pensionista que se reincorpora al Estado corresponde estrictamente a la contraprestación

por el servicio que le brinda, y no es una dádiva de la Administración. En este sentido, el hecho que el pensionista se reinserte laboralmente al Estado, lejos de ocasionarle perjuicio al Estado, le aporta el valioso *expertise* que ha logrado durante su vida laboral previa a su jubilación.

Son pues estos fundamentos las indispensables para la resolución de la *litis*, y en las que se basa el precedente proferido en la sentencia en análisis. Y esto es así por cuanto fijan la norma que se desprende de la parte pertinente del artículo 40 de la Constitución de 1993, así como el *telos* de la misma, por lo que no cabe duda de que constituyen la razón de decidir. De esta se desprenden ciertas aristas que la confirman, las cuales paso a detallar y explicar:

a. Supuesto contemplado y supuesto excluido de la prohibición en comento.

Aquí el Tribunal Constitucional indica que la prohibición solo comprende a las remuneraciones, con excepción a la que se perciba por función docente, y no a los ingresos por pensión de cesantía o jubilación. Sustenta esto indicando que al ser la finalidad de la prohibición —entre otro— evitar el acaparamiento de cargos o puestos remunerados en el Estado, esto no comprende a la pensión otorgada por los servicios prestados por el trabajador, hoy pensionista, durante el tiempo que estuvo en actividad. Sin dejar de lado que este criterio se construye teniendo como base lo prescrito en el fundamento 86 de la sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, en el que se evidenció el tratamiento carente de razonabilidad establecido en el Decreto Ley 19846, pues el pensionista militar o policial puede reingresar a laborar en el Estado, sin que esto implique la suspensión de su pensión.

751

Lo anterior, a mi juicio, es acertado ya que nos encontramos ante una regla de acción que ordena a los servidores públicos (lo que incluye a los funcionarios³) abstenerse de acumular empleos o cargos públicos ya que eso

³ Nótese que según el Tribunal Constitucional la función pública debe ser entendida de manera amplia y desde el punto de vista material, como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Fundamento 8, literal a), en tal sentido la denominación *servidor público* comprende a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado (artículo 4 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública).

conlleva la doble percepción de remuneraciones, lo cual es calificado deónticamente por el Constituyente como prohibido —siendo incluso que la consecuencia de su infracción es la responsabilidad administrativa disciplinaria en la que se puede incurrir, por citar lo prescrito en el artículo 85, literal p de la Ley 30057, del Servicio Civil—; pero, en ningún momento se incluye como propiedad de tal regla a las circunstancias en las que los ex servidores públicos jubilados perciban su pensión y de reingresar a la función pública puedan percibir remuneración de forma simultánea.

Es preciso invocar lo señalado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sobre las reglas de acción,

“[las] reglas de acción [son] pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones [o prohibiciones] y que se caracterizan por los dos siguientes rasgos. El primero es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción ... y su calificación deóntica como obligatoria prohibida, permitida, etc. [...] La segunda característica —consecuencia de lo anterior— es que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo de su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir: ... los ciudadanos deben abstenerse de realizar tal tipo de acción; o bien pueden realizar la acción en cuestión si concurren determinadas circunstancias [...]

752

Hay, sin embargo, otro tipo de reglas —reglas de fin— que se diferencian de las anteriores ... únicamente en que el consecuente establece el deber o la permisión [o prohibición] no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas. Por ejemplo, pensemos en una disposición administrativa que foja a tal órgano administrativo el objetivo (la obligación) de lograr que los funcionarios que de él dependen (o un cierto porcentaje de los mismos, digamos, al menos 50%) aprendan lengua vernácula. Para cumplir esta regla, el destinatario (el órgano) tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar [...]” (Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan, 2000, 2006, págs. 16, 17 y 18).

Además, no se advierte que existan límites imprecisos en la formulación de la regla en cuestión.

A mayor abundamiento, considero prudente esquematizar la interpretación de la regla en cuestión. Para ello conviene indicar, siguiendo a Josep Aguiló Regla, que previo a su interpretación debemos preguntarnos por el significado del texto (objeto de la interpretación) que se halla bien recortado (formalmente bien delimitado). Para esta oportunidad, el objeto formalmente delimitado es: “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Luego de ello, es factible presentar la interpretación como una estructura que correlaciona tres enunciados diferentes, teniendo en cuenta que la conexión entre estos viene dada por la presencia de un problema interpretativo, veamos:

753

Enunciado a interpretar: Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de la función docente.

Problema interpretativo: ¿Incluye la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993, a los ex servidores públicos jubilados en cuanto a percibir remuneración y pensión en caso de reingresar a la función pública?

Los servidores públicos se encuentran prohibidos

Enunciado interpretativo: de acumular empleos o cargos públicos remunerados, a excepción de la docencia, en atención a lo dispuesto por la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 4 de la Constitución, pero no significa que los ex funcionarios jubilados que reingresen al Estado a laborar tengan que dejar de percibir su pensión de cesantía.

754

Enunciado interpretado: Los servidores públicos se encuentran prohibidos de acumular empleos o cargos públicos remunerados, a excepción de la docencia, lo cual no incluye a los ingresos provenientes de pensiones de cesantía o jubilación en situaciones en las que los jubilados reingresen a laborar en el Estado.

(Aguiló Regla , Primera edición, 2021, pág. 49)

b. La pensión de cesantía o jubilación como patrimonio del ex servidor público jubilado.

El Colegiado indica que la pensión de cesantía o jubilación forma parte del patrimonio del jubilado y no le pertenece al Estado, el cual solo se

encarga de administrarlo, y esto por cuanto dicho concepto se forma con los aportes del primero, otorgados a lo largo de su vida laboral. Al parecer esta línea de razonamiento coincide con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), recaído en el caso Acevedo Buen Día y otros contra Perú,

“84. [e]ste Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21.

755

85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación **del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión** – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso, de conformidad con la normativa interna” [énfasis nuestro].

Razonamiento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparte, conforme se aprecia del Informe 38/09, del 27 de marzo de 2009, en el Caso 12.670 (Admisibilidad y Fondo), Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras- Perú,

“103. La Comisión concluye entonces que los efectos patrimoniales de un régimen pensional al cual se han efectuado contribuciones o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos, deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana. En ese sentido, en términos generales y sin perjuicio del análisis sobre restricciones que se efectúa a continuación, en tanto la legislación interna establecía un mecanismo para el cálculo del monto de su pensión y las presuntas víctimas cumplieron los requisitos establecidos en dicha ley, las pensiones y su correspondiente nivelación, entraron a su patrimonio”.

Este desarrollo jurisprudencial resulta interesante ya que cobra sentido si consideramos que la pensión es una fuente de ingresos proveniente de los aportes económicos realizados por los jubilados durante su vida laboral, y que solo es recabado y administrado por las dependencias estatales a las que el ordenamiento jurídico les encarga tales funciones (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y la Oficina de Normalización Previsional), pero ello de ninguna manera le confiere propiedad sobre tales fondos al Estado.

Claro, pero el hecho de que los fondos formen parte del patrimonio del jubilado, ello no implica que su goce sea irrestricto, ya que como todo derecho fundamental no es absoluto, y es por esto que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley 31083, que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la ONP, mediante la Sentencia 151/2021, recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC.

756

c. Contribución de los jubilados en el ejercicio adecuado de labores asignadas.

Con acierto el Tribunal indica que los jubilados pueden aportar la experiencia acumulada y pericia aprendida durante su vida laboral en las labores asignadas con motivo de su reingreso al Estado.

Respecto a las *obiter dicta* relevantes, las encontramos en los Fundamentos 11 y 12, veamos:

11. También debe tenerse en cuenta la tendencia actual hacia la reinserción laboral del adulto mayor jubilado, motivada por la necesidad no solo de conservar en la medida de lo posible su nivel de vida previo a la jubilación, sino a renovarle el sentido de su vida, haciéndole sentirse útil nuevamente a la sociedad.

12. No es menos importante tener presente que en muchos casos, el pensionista opta por la reincorporación laboral al Estado debido a lo exiguo del monto de las pensiones, situación que es generalizada; es por ello que resulta particularmente injusto que el legislador opte por

suspenderle su diminuta pensión, vulnerando su derecho a la pensión.

Lo relevante se muestra en que la posibilidad de reinserción de los jubilados es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad —aunque no haya sido dicho expresamente en la sentencia—, pues como tiene dicho el Tribunal Constitucional, tal derecho “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011), y como ya se dijo antes, su ejercicio no debe poner en riesgo otros derechos o bienes constitucionales, lo que ocurre con la opción de reingreso de los cesantes, siendo por el contrario una situación que fortalece el adecuado ejercicio de las labores en el Estado

Por lo expuesto hasta aquí, nos permitimos afirmar que toda acción destinada a obstaculizar la decisión de los jubilados de reingresar a la función pública se reputa arbitraria, además que “[los] espacios de libertad del [ciudadano], para la estructuración de la vida personal y social, constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011).

757

Con relación a lo segundo, si bien el Tribunal afirma que las pensiones de cesantía o jubilación en nuestro país tiene un *quantum* insuficiente para que el jubilado conserve el nivel de vida del cual gozaba antes de que se produzca su apartamiento de la función pública, no indica la fuente en la que se basa para esbozar este argumento, sin embargo, este refleja la situación real de las pensiones en el Perú, pues como se verifica del Informe Anual del Empleo de la Población Adulta Mayor en el Perú (IAPAM)- 2019, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo,

“[e]l ingreso que reciben los pensionistas en el sistema nacional de pensiones bajo el régimen de la Ley N° 19990 tiene un mínimo de S/ 500 y un máximo de S/ 893 soles, mientras que bajo el régimen de la

Ley N° 20530 el monto máximo legal de las pensiones es 2 UIT. [...]. Para el 2019, la mitad de los pensionistas de la AFP tenían un ingreso por encima de S/ 664,3 mientras que en el caso de los pensionistas de la Ley N° 19990, este monto referencial es de S/ 558,6, que indica que la mitad de los pensionistas tenían un ingreso por encima de ese monto. El mayor ingreso es para los pensionistas del régimen Ley N° 20530, donde la mitad de ellos tenían un ingreso por encima de los S/ 1 100,7.”

Por tanto, resulta evidente que los ingresos pensionarios recibidos por los jubilados son insuficientes para lograr mantener condiciones de vida acordes a su edad (ya que requieren de mayores atenciones y servicios prestacionales que muchas veces no los brinda el Estado), lo que orilla en muchas ocasiones a que estos opten por reingresar a la función pública. Solo basta mirar las fluctuaciones del índice de Precios al Consumidor⁴ reportado por el INEI, respecto del año 2021, que llegó al 6.43%, el más alto en los últimos 11 años, o el porcentaje de inflación⁵ que para dicho año es el mismo. En tal sentido, no es coherente continuar aplicando normativa que obstaculice el reingreso de los pensionistas a la función pública, por lo que con acierto el precedente dispone inaplicar estas.

759

De otro lado, nótese que el precedente no incurre en contradicción alguna cuando señala que una de las finalidades de la regla analizada es generar ahorro público mientras se permite el reingreso de jubilados con pensión y remuneración a la vez, ya que conforme se ha indicado los montos de las pensiones no son de propiedad del Estado, y en todo caso, constituyen montos diminutos —utilizando términos del propio Tribunal— a diferencia del supuesto prohibido que podría generar cargas económicas superiores⁶ e innecesarias.

Para finalizar este punto, es importante recalcar que mediante la STC 300-2022, recaída en el Expediente 00020-2021-PI/TC, la actual Composición del Tribunal Constitucional exhorta Congreso de la República

⁴ Datos extraídos del portal web institucional del INEI (cfr. <https://www.inei.gob.pe/>), el 14 de octubre de 2022.

⁶ Pues los conceptos remunerativos en diversos puestos estatales suelen ser montos que sobrepasan los S/ 500.00, S/ 664.3 y 1 100.7, respectivamente.

y al Poder Ejecutivo a legislar en el más breve plazo una reforma integral del sistema de pensiones público y privado, que de concretarse tendría un impacto positivo en el reingreso de los jubilados a la función pública, pues estos adoptarían dicha decisión desplazando como principal motivación la mejora económica y lo harían esencialmente por vocación de servicio.

4. Cambio de criterio respecto de la sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC (caso Juan José Medina Morán)

Mediante el presente pronunciamiento se modula el criterio jurisprudencial construido en la sentencia indicada, pues en aquella ocasión una composición distinta a la que dictó el precedente consideraba dentro de la prohibición reglada a las pensiones, convalidando de esta manera las regulaciones sobre dicho tema.

Sin embargo, en este artículo se toma parte del análisis desarrollado en tal resolución para arribar a la conclusión de que la regla de acción bajo comentario ordena a los servidores públicos abstenerse de *acumular empleos o cargos públicos* (cursiva indicada en el Fundamento 5 de la STC 03480-2007-PA/TC).

5. Reglas estatuidas en calidad de precedente a la luz de lo dispuesto por el nuevo Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia constitucional

758

En la sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, específicamente en su Fundamento 41, el Tribunal Constitucional estableció en calidad de precedente aquellos supuestos para la emisión de uno (sin orden de prelación y no concurrentes), siendo que en este caso se cumple el indicado en el literal a) de dicho fundamento, a saber:

- La existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. Por todo lo expuesto, ha quedado demostrado palmariamente que existe contradicción entre lo dispuesto por la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993 y la regulación establecida en lo referente a la prohibición de doble percepción a nivel *infraconstitucional*, todo ello originado por una errónea comprensión de los operadores jurídicos autorizados a

legislar respecto a dicho tema, lo que conlleva una incorrecta aplicación por parte de los operadores administrativos. Y su relevancia está acreditada, ya que mediante sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, Fundamento 87, se declaró un estado de cosas inconstitucional debido al tratamiento legislativo dispar que afecta a un número determinable de jubilados.

Por otro lado, es importante mencionar que se trata del primer precedente emitido a la luz del *nuevo* Código Procesal Constitucional, normativa que introduce ciertas modificaciones en este punto respecto a la regulación que contenía el derogado Código Procesal Constitucional, veamos:

Ley 31307, que aprueba el <i>nuevo</i> Código Procesal Constitucional (Publicado el 23 de julio de 2021)	Ley 28237, que aprobó el derogado Código Procesal Constitucional (Publicado el 28 de mayo de 2004)
<p>Artículo VI. Precedente vinculante</p> <p>Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.</p> <p>Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal</p>	<p>Artículo VII.- Precedente</p> <p>Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.</p>

<p>Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.</p> <p>En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.</p>	
---	--

Para el presente artículo solo nos interesa hacer énfasis en la introducción del número de votos conformes para la adopción de un precedente, el cual es de 5 miembros del Tribunal Constitucional, regulación que antes se encontraba contenida a nivel reglamentario, y que estuvo vigente desde octubre de 2015 hasta setiembre de 2021, poco más de 5 años, conforme se muestra a continuación:

761

<p>Resolución Administrativa 095-2004-P/TC Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (con modificación introducida al artículo 10, por Resolución Administrativa 138-2015-P/TC)</p>	<p>Resolución Administrativa 095-2004-P/TC Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (con modificación introducida al artículo 10, por Resolución Administrativa 168-2021-P/TC)</p>
<p>Resoluciones y acuerdos del Pleno Artículo 10.-</p> <p>El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros.</p> <p>El Pleno del Tribunal resuelve y</p>	<p>Resoluciones y acuerdos del Pleno Artículo 10.-</p> <p>El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros.</p> <p>Para adoptar decisiones</p>

<p>adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.</p> <p>De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.</p> <p>Para aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requiere cuatro votos en un mismo sentido resolutivo.</p> <p>En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.”</p>	<p>jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional resuelve en armonía con las disposiciones legales correspondientes y su jurisprudencia. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.</p>
--	--

762

Este punto resulta de vital importancia, por cuanto el precedente es una “herramienta que no solo es utilizada para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, Fundamento 40. Año 2005), relevancia jurídica que justifica que el quórum para su adopción, modificación, apartamiento o eliminación deba ser establecido por el legislador democrático, y de esta manera evitar que la valla para su cambio

sea inferior a la que se requiere en sede parlamentaria, y por ende, más fácil de conseguir; siendo además que, “el Congreso es el organismo por excelencia encargado de dictar leyes en nuestro país, en cuyo seno es posible la realización de un robusto debate entre las partes interesadas, a fin de obtener una normativa consensuada que permita su aplicación (Tribunal Constitucional del Perú, voto singular del magistrado Miranda Canales Manuel Jesús, en el Expediente 00003-2020-PI/TC, Fundamento 5).

Conforme se verifica de la Razón de Relatoría contenida en la sentencia bajo análisis, se alcanzaron los 5 votos conformes exigidos por el *nuevo* Código Procesal Constitucional para la adopción de las reglas en calidad de precedente, contenidas en el Fundamento 13, siendo los magistrados suscribientes: Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa- Saldaña Barrera.

Las reglas son como siguen:

Regla sustancial 1: No existirá incompatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, y la remuneración por servicios prestados al Estado, sean docentes o de cualquier índole.

763

Regla sustancial 2: La Administración Pública no podrá suspender las pensiones de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, en el supuesto previsto en la Regla Sustancia 1, deviniendo en inaplicables las normas que se opongan a estas reglas.

6. Reflexiones finales a modo de conclusión

Indudablemente se trata de un precedente que permite corregir el tratamiento dispar introducido en la normativa infraconstitucional, que hasta antes de su emisión afectaba el derecho a la pensión de diversos jubilados que reingresaron al Estado, o amenazaba ese derecho de los que pretendían hacerlo.

Particular mención merece la regulación contenida en el artículo 38 de la Ley 30057, del Servicio Civil, pues lo referido a la incompatibilidad de percepción simultánea de pensión y remuneración que prescribe no fue materia de análisis en la sentencia recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC, caso de Ley

del Servicio Civil, lo cual se pone en evidencia a efectos de que se tome en cuenta de presentarse controversia sobre el particular y sea sometida a conocimiento en sede constitucional, ya sea mediante un proceso de tutela de derechos fundamentales o mediante el de inconstitucionalidad.

Corresponde recalcar que se trata de un pronunciamiento que muestra el avance en la defensa de la tutela de los derechos sociales de contenido económico de la ciudadanía, modulando la construcción jurisprudencia menos tuitiva recogida en la sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC.

Téngase en cuenta que el presente artículo solo abarca lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 1/2022, es decir, lo concerniente a la percepción de remuneración y pensión de cesantía o jubilación, no comprendiendo aspectos que se puedan vincular a ella, que bien pueden ser materia de ulteriores debates en sede jurisdiccional y en la doctrina (por citar, lo relacionado a las pensiones de viudez, orfandad, ascendencia, otros).

Bibliografía

Aguiló Regla, J. (Primera edición, 2021). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. Lima: Palestra Editores.

Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. (2000, 2006). *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta SA.

Häberle, P. (Primera Edición, julio 2017). *Tiempo y Constitución*. Lima: Palestra Editores.

Hesse, K. (Primera reimpresión 2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

Jurisprudencia y páginas web consultadas

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC, Fundamento 5. Año 2007.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, Fundamento 107. Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-AA/TC, Fundamento 32 y 37, literal c). Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, parte in fine del Fundamento 22. Año 2017.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, Fundamentos 86 y 87. Año 2019.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Fundamentos 8 literal a). Año 2015.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, Fundamento 40. Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 151/2022, recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC. Año 2021.

765

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC. Año 2007.

Voto singular del magistrado Miranda Canales Manuel Jesús, en el Expediente 00003-2020-PI/TC, Fundamento 5. Año 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), recaído en el caso Acevedo Buen Día y otros contra Perú, fundamentos 84 y 85.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparte, Informe 38/09, del 27 de marzo de 2009, Caso 12.670 (Admisibilidad y Fondo), Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras- Perú, fundamento 103.

Informe Anual del Empleo de la Población Adulta Mayor en el Perú (IAPAM)- 2019, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción

del Empleo, rescatado de
<https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/1476982-informe-anual-del-empleo-de-la-poblacion-adulta-mayor-en-el-peru-iapam-2019>

<https://www.inei.gob.pe/>