

EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ: ARTICULANDO UN RÉGIMEN CONTRIBUTIVO PARALELO (PÚBLICO-PRIVADO) CON UN RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO (SOLIDARIO)

César Abanto Revilla*

I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Los datos recabados por la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, elaborada en el año 2007 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), nos muestra que de una población total superior a los 29 millones tenemos una población económicamente activa (PEA) de más de 14 millones.

Estos datos, complementados con los de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)¹, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)² y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, indican que al año 2007 la cobertura contributiva en pensiones (regímenes público y privado) alcanzó apenas un 15.1%³. Es decir, que de cada 10 trabajadores, con suerte 2 tendrán el beneficio de una pensión.

* Profesor de Derecho Previsional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asesor Legal Externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

¹ Entidad estatal creada por el Decreto Ley N° 25967 el 19 de diciembre de 1992 para que administre el Sistema Nacional de Pensiones en reemplazo del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). Labor formalmente asumida a partir del 1 de enero de 1995.

² Entidad estatal encargada de supervisar (en reemplazo de la extinta Superintendencia de AFP) el correcto funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones (SPP), por mandato de la Ley N° 27038.

³ DURÁN VALVERDE, Fabio, *Cobertura contributiva de la seguridad social en el Perú: ¿Avanza el aseguramiento contributivo?* (versión preliminar), OIT, Lima, 2009, p. 9 (Cuadro N° 5: Evolución de la cobertura contributiva 1999-2007).

Si a dichas cifras se agrega el hecho que un 39% de la población peruana vivirá en condiciones de pobreza, y un 13.7% en extrema pobreza, nos damos cuenta -a simple vista- que tenemos un problema de cobertura en materia de pensiones, más agudo en la zona rural, que representa un 34.9% de la población total; pues un 37% de dicho grupo registra extrema pobreza.

Si el éxito de un modelo de seguridad social se mide por la cobertura subjetiva (la cantidad de personas protegidas), podemos afirmar que el sistema de pensiones en el Perú habría fracasado. La pregunta es ¿podemos mejorar esta situación con modificaciones al esquema vigente y esperar una mayor cobertura? La respuesta está más cerca del no que del sí, en la medida que las propuestas planteadas a la fecha (incluida la implementación del sistema multipilar, sobre la base del modelo proyectado en 1994 por el Banco Mundial)⁴ están dirigidas a procurar una mejora en la administración de pensiones de la población que trabaja como asalariada.

El sistema de pensiones en el Perú es esencialmente contributivo, por tanto, está más relacionado al seguro social de BISMARCK que al modelo de seguridad social de BEVERIDGE. En materia de salud, recién hace unos años está en aplicación un régimen asistencial (no contributivo), a través del Seguro Integral de Salud (SIS), pero en materia de pensiones la situación no ha cambiado.

En este escenario, considerando que la mayor parte de los trabajadores no tienen formalmente dicha condición, al pertenecer a una economía informal, carecen por tanto de derechos laborales y de seguridad social; debemos recordar que éste es un tema de derechos humanos, por lo cual no podemos confundir las reglas de un sistema de ahorro privado con las de un sistema de protección social, de ahí que sea necesario que nos preguntemos, antes de elegir un modelo previsional, si seguiremos en un formato de seguro social, o daremos un paso adelante.

Esta premisa nos condiciona a que para obtener una mejora en el campo de las pensiones, debemos -previa y necesariamente- sanear la situación del mercado laboral, y de manera paralela buscar una solución a problemas como la evasión en el pago de las aportaciones de la seguridad social. Pero, lo más importante es considerar de manera conjunta la creación de un régimen no contributivo o pilar solidario, pues de lo contrario, la mayor parte de la población peruana carecerá en el futuro de una pensión digna para la vejez.

Como indica ROMERO MONTES⁵, los regímenes contributivos no sirven actualmente como vías de solución; pues la clase asalariada no es la más afectada,

⁴ BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Oxford University Press, Washington D.C., 1994, pp. 457.

⁵ ROMERO MONTES, FRANCISCO, «La financiación de la seguridad social», en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, San Marcos, Lima, junio 2007, p. 410.

sino los que no tienen empleo o están en situación informal, porque no pueden adecuarse al pago de las aportaciones. Es necesario crear un nuevo modelo que proteja a los que más lo necesitan, de lo contrario, el sistema seguirá siendo inadecuado, fragmentario e insuficiente, pues la protección no sólo es minoritaria, sino injusta, ya que el grueso de la población hace posible (pagando sus impuestos) que exista un seguro social al que contradictoriamente no pueden acceder por no tener la condición de trabajadores.

Si bien es cierto, el tema materia de la presente ponencia (las articulaciones entre lo público y lo privado en los sistemas de pensiones) nos llevaría a un análisis de los proyectos existentes en el Perú y una revisión de la reforma implementada en Chile a inicios del año pasado (Ley N° 20.255), nos parece que es necesario que intentemos dar ese paso adicional, en la búsqueda de un mecanismo que nos permita viabilizar una seguridad social en pensiones para la mayoría.

En resumen, la finalidad del presente trabajo es exponer –a juicio del ponente– las razones a partir de las cuales la coexistencia paralela de un régimen público y uno privado de pensiones, dirigido específicamente a la PEA sujeta a una relación laboral formal, no puede ser el norte de una reforma previsional, pues únicamente beneficiaría a un grupo reducido de trabajadores, requiriéndose la implementación de un modelo no contributivo, para lo cual daremos una mirada a los orígenes del Sistema Privado de Pensiones en el Perú, las reformas legales y constitucionales que pretendieron reducir las desigualdades entre los regímenes previsionales, a la par de hacerlos viables financieramente, así como los efectos negativos que una crisis como la padecida a finales del 2008 puede generar en un derecho social.

II. LOS ORÍGENES: IMPLANTANDO (O COPIANDO) UN MODELO DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE PENSIONES

El 22 de enero de 1850 se dictó la Ley General de Jubilación y Cesantía para los empleados públicos del Perú⁶, que seguramente constituyó una de las primeras normas en materia de pensiones en América Latina, sin embargo, la originalidad de los legisladores nacionales se ha ido diluyendo con el tiempo.

En efecto, en los últimos veinte o treinta años (cuando menos)⁷ hemos visto como se ha adquirido la costumbre de copiar normas extranjeras –casi sin modificarlas– para aplicarlas a nuestra realidad, lo cual genera una distorsión de sus efectos, en tanto cada país tiene factores económicos, sociales, demográficos y

⁶ Esta norma tuvo como antecedente a la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela.

⁷ En una crítica aplicable al derecho peruano en general: HURTADO POZO, José, «La ley «importada», en *Recepción del Derecho Penal en el Perú*, CEDYS, Lima, 1979, 152 pp.

políticos que deberían ser tomados en cuenta al aprobar un dispositivo legal. El campo de las pensiones no ha estado libre de esta práctica indebida.

Si bien es cierto, una reforma pensionaria puede efectuarse en cualquier país del mundo, el modelo elegido debe ser adaptado previamente a las características del Perú. Es un desafío que debería ser enfrentado a nuestra manera, pues no existe modelo universal que se considere perfecto. Deben estudiarse las opciones y su desempeño, a fin de diseñar un esquema propio que se adecue a la realidad de una sociedad con sus propias particularidades.

En tal sentido, no podemos limitarnos simplemente a imponer un modelo aplicado en otro país –aunque tenga un éxito aparente– y pretender que vaya a funcionar en el nuestro; pues el escenario social, político, económico y jurídico, es distinto, por lo cual, se debe evaluar previamente su viabilidad, confrontando sus efectos e instituciones con nuestra realidad, y a partir del cotejo con los factores internos se decidirá el modelo de seguridad social que nos resulte más idóneo.

La elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política, sin embargo, para ello será necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la elección de determinado modelo, lo que requiere de un debate previo en que participen todos los actores del escenario previsional: Estado, trabajadores, pensionistas y empleadores. Sin ello, no será posible lograr el objetivo final de una reforma previsional: mejorar significativamente el nivel de las prestaciones y mantenerlas en el tiempo, para brindar una pensión digna para todos los peruanos. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deberán estar –al final– subordinados a la obtención de dicho propósito.

Siguiendo esta costumbre, fue implantado, en el Perú a inicios de los noventa, el modelo de administración privada de las pensiones creado en Chile en 1980 por el Decreto Ley N° 3,500, como parte de la reforma total de la economía nacional, pasando de un esquema social de mercado a uno neoliberal, en el cual debería procurarse una participación limitada del Estado. Esto significó reemplazar el sistema de reparto (fondo común) por uno de capitalización individual.

Si bien en el año 1991 se dictaron los Decretos Legislativos N° 718 y N° 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y Pensiones, respectivamente, en tanto se les planteaba como regímenes alternativos (sobre la base del artículo 14° de la Constitución Política de 1979) no entraron en funcionamiento, por lo que es recién el 6 de diciembre de 1992, con la publicación del Decreto Ley N° 25897, que se registra el nacimiento formal del Sistema Privado de Pensiones (SPP) en el Perú.

Como da cuenta NEVES⁸, en esa misma época se dictó el Decreto Ley N° 25967, que modificó diversas reglas establecidas para la percepción de las pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones, elevándose el número de años de aportación y las bases de cálculo de la remuneración referencial, con el propósito evidente de desalentar la permanencia de los trabajadores en el régimen estatal y estimular su traslado al SPP. Nos recuerda que la creación del SPP, a imagen y semejanza del modelo chileno, fue muy cuestionada tanto por la ausencia de un debate público, como por la omisión de regular la institución de la pensión mínima⁹, que era el elemento que supuestamente dotaba de solidaridad al nuevo régimen.

III. LAS POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE IMPLANTAR EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ

Si bien nuestro país atravesaba una crisis que necesitaba de un cambio de rumbo inmediato, pues no sólo enfrentábamos un conflicto armado interno (terrorismo), sino también el padecimiento de una economía resquebrajada (en 1990 teníamos una hiperinflación que superaba el 7 600%), la solución en el campo pensionario no pasaba necesariamente porque el Estado trasladase su responsabilidad social a las empresas privadas, pues el modelo de capitalización se sustenta en un flujo regular de aportación en la cuenta individual, y justamente uno de los efectos del nuevo modelo económico peruano pasó por el despido masivo de trabajadores – tanto en el sector público como en el privado–, que aunado a la flexibilización de las normas laborales derivó en una minimización del mercado formal de trabajo.

El régimen general estatal de pensiones que regía en esa época (SNP)¹⁰ estaba desfinanciado, específicamente por los siguientes factores:

- Una deficiente administración del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), tanto en el aspecto financiero¹¹, como en lo burocrá-

⁸ NEVES MUJICA, Javier, «Presentación», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, pp. 7-6.

⁹ Regulada normativamente recién a partir del 18 de julio de 1995 con la Ley N° 26504, pero puesta en práctica operativa recién en el año 2002 (diez años después de la instauración del SPP) por la Ley N° 27617.

¹⁰ Decreto Ley N° 19990, que coexistía con regímenes especiales paralelos como el de los empleados públicos (Decreto Ley N° 20530) y los miembros de las fuerzas armadas y policiales (Decreto Ley N° 19846), y regímenes complementarios como la Caja de Pensiones de Electrolima y la de Beneficios y Seguridad Social del pescador.

¹¹ En el periodo 1981-1988, el Perú registró una de las rentabilidades más bajas del mundo (- 37.4%), como se aprecia en: BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, p. 110 (Gráfico 3.7).

tico¹², que lo llevaron a ser catalogado como «la entidad estatal peor manejada»¹³;

- La utilización indebida de los fondos de pensiones por parte de los gobiernos de turno, que los destinaron a obras de infraestructura que poco o nada tenían que ver con el campo de la seguridad social;
- El modelo original de prima escalonada devino –con el tiempo– en uno de reparto simple, al no haber sido incrementada la tasa de aportación por la administración estatal¹⁴;
- La tasa de mortalidad y la esperanza de vida (al llegar a los 60 años) se elevó, mientras el número de trabajadores disminuyó, tanto por el desempleo como por el aumento de la informalidad del mercado laboral.
- La hiperinflación de finales de los ochenta originó hasta tres cambios en la moneda nacional (del Sol oro al Inti, luego al Inti millón, y finalmente al Nuevo sol), perdiendo cada vez una parte considerable de su valor (y varios ceros).
- La informalidad laboral, el desempleo y el subempleo, que originaron la caída del aporte al fondo de pensiones, pues cada día se tenía menos trabajadores asegurados que pudieran sostener a los pensionistas.
- La alta evasión de las contribuciones de parte de los empleadores, dentro de los cuales el Estado figuró entre los principales deudores, al punto que se tuvo que emitir una norma legal expresa en la cual se reconociera dicho adeudo¹⁵.

¹² El IPSS pasó de tener 25 mil trabajadores en el año 1985 a 40 mil en 1990. Es decir, que prácticamente duplicó el personal a su cargo en un lapso de apenas cinco años.

¹³ DANÓS ORDÓÑEZ, José, «El Instituto Peruano de Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, p. 13.

¹⁴ El modelo de prima escalonada se caracteriza por el reajuste periódico de los aportes: si éstos dejan de elevarse, llega un momento en que se produce una situación en que los ingresos se equiparan con los egresos, rompiéndose el esquema de capitalización al desaparecer los excedentes previstos, como indica GORDILLO TORDOYA, Eduardo, «Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, p. 100. En el mismo sentido opinan: PAZ PANIZO, Jorge/ UGAZ VALLENAS, Rafael, *Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos endógenos*, Lima, 2003, p. 10.

¹⁵ El 15 de enero de 1999 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» el Decreto de Urgencia N° 067-98, que aprobó la valorización del saldo de la reserva del SNP, fijando en su sexto considerando que, por el periodo enero 1988 a diciembre 1996, los organismos del Sector Público tenían una deuda pendiente por aportaciones de S/. 551'337,115.87 Nuevos soles.

Los sistemas de reparto, como anota MONTORO¹⁶, tienen un ciclo de vida típico, que se puede dividir en tres etapas: juventud, expansión y madurez. La diferencia entre cada etapa radica en el número de contribuyentes por pensionistas, pues al tratarse de un sistema de transferencias entre generaciones (de los jóvenes a los ancianos) la estructura de edades es un factor importante. Para que este modelo funcione se necesita cumplir dos requisitos: que sea masivo y que se mantenga la proporción activos y pasivos. Si esta relación se rompe, el sistema fracasa.

Se supone que la etapa de madurez se presenta cuando el sistema tiene más de 40 años de antigüedad, pero el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) en el Perú entró en esta etapa en el año 1990, con apenas 17 años. El coeficiente entre los trabajadores y pensionistas cayó de 14 (en 1990) a 9 (en 1991), principalmente –como se indicó– por los despidos masivos. Este escenario fue la excusa perfecta para aplicar el nuevo modelo, sin una evaluación previa de su impacto ni con un previo (e indispensable) debate respecto de su viabilidad y pertinencia.

Las razones –desde el punto de vista político y económico– de la implantación del SPP, las puede resumir Carlos BOLOÑA¹⁷, quien fuera Ministro de Economía en esa época, uno de los principales impulsores del modelo y –a la vez– copropietario de una de las primeras AFP. Para él, la distribución de la renta no debe obedecer a criterios morales, sino económicos: a cada factor según su productividad. Las consideraciones morales son de carácter subjetivo. Los individuos deben tomar sus decisiones comparando los beneficios y costos que los afecten a ellos, y no a la sociedad. Si uno cree en la libertad individual, debe permitir que las personas cometan sus propios errores: si alguien quiere vivir ahora y sacrificar sus ingresos para la vejez, ¿qué derecho tiene el Estado de obligarlo a hacer lo contrario?

Considera que es una utopía socialista y estatista el prometer seguridad desde el nacimiento hasta la muerte. Añade, que el gran pecado de los sistemas estatales de pensiones es el prometer más beneficios de los que las aportaciones pueden pagar. El modelo de reparto está reñido con la política fiscal, pues si bien en un principio financiará el déficit (sus operaciones son superavitarias), luego se van a convertir en deficitarias, teniendo que ser pagadas por el gobierno. No existe ninguna justificación para que los jóvenes subsidien a los mayores. Si queremos subsidiar a los más pobres, hagámoslo con subsidios directos (impuesto a la renta negativo), no a través de un sistema de seguridad social.

¹⁶ MONTORO, Carlos, «Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas», en *Revista del Banco Central de Reserva del Perú*, Lima, julio 1999, pp. 59-61.

¹⁷ BOLOÑA BEHR, Carlos, «¿Dueño de tu jubilación?», en *Instituto de Economía de Libre Mercado*, Lima, 1995, pp. 248.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, MORÓN¹⁸ considera que un SPP que es manejado competitivamente generará beneficios que largamente superarán su costo, mejorando las posibilidades que el afiliado reciba una jubilación intacta, a la par que permite la reactivación económica con una mayor inversión interna y la creación de un mercado de capitales. Este autor considera que el SNP estaba destinado a extinguirse gradualmente, completándose la transición, pero se le ha mantenido como una opción para los nuevos trabajadores, operando a costa de drenar los fondos del presupuesto general del gobierno. Mientras subsista, se va a permitir la existencia de distorsiones en el sistema previsional.

En contra de la implantación del SPP, autores como GORDILLO¹⁹ (quien fue miembro de la comisión que en la década de los setenta elaboró el Decreto Ley N° 19990) sostienen que en casi todos los países del mundo, incluidos los industrializados y aquéllos que la tradición considera capitalistas, se aplica el sistema de reparto, sin que a nadie se le haya ocurrido cuestionarlos, aduciendo que son socialistas. Es más, añade que el SPP (en su matriz) no constituye una novedad, pues se trata del retorno a esquemas (de ahorro privado) descartados hace muchos años y que sólo subsistirían en algunos países de Asia y África (Cajas de Previsión de Ceilán, Nigeria, Uganda, Zambia y Tanzania).

Precisa que la jubilación en el Perú durante muchos años estuvo a cargo de las empresas privadas (referencia implícita: Ley N° 10624), cometiéndose múltiples injusticias contra los trabajadores, como el hecho de despedir a los más antiguos, coincidiendo cronológicamente con el cumplimiento del tiempo de servicio mínimo para pensionarse. Algunas de dichas empresas –indica– incluso forman parte de los principales accionistas de las AFP.

A su entender, la previsión (que procura el SPP) se limita al intento de sustituir la pérdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de la riqueza para los más pobres.

En sentido similar, MUJICA²⁰ considera que la motivación principal de la reforma no tuvo nada que ver con corregir el déficit del IPSS, la ampliación de la cobertura o la mejora de las condiciones de pensionamiento, sino con la disposición para las empresas privadas (en corto plazo y al menor costo) de la máxima cantidad de recursos. Lo último que interesaba eran los beneficios de los trabajadores. Desde su punto de vista, el SPP no sólo fue creado de manera improvisada y sin el debido cuidado, sino que sufrió importantes distorsiones debido a la intervención

¹⁸ MORÓN, Eduardo/ CARRANZA, Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): Avances, retos y reformas*, Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 13.

¹⁹ GORDILLO TORDOYA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 89-91-95.

²⁰ MUJICA PÉREZ, Javier, «Sistema Privado de Pensiones: Una nave que necesita otro rumbo», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, pp. 245-261-263.

(solapada o abierta) de importantes grupos empresariales y políticos. El Estado pretendió renunciar a su obligación de proteger a los más pobres.

Para ROMERO MONTES²¹, el SPP propugna la tesis de que quien tuvo más suerte en la vida no tiene por qué apoyar a los desfavorecidos. La reforma destruyó la solidaridad, y cada quien deberá resolver sus problemas de insuficiencia. En nombre de la seguridad social se ha proclamado la antítesis de la misma. Pero lo más lamentable de este nuevo sistema, es que las AFP se jactan de la cantidad de dinero que captan de los aportes de los trabajadores y su rentabilidad, pero no pueden decir lo mismo de las pensiones que otorgan. Desde su perspectiva, cuando se trata de distribuir los recursos económicos públicos, los gobiernos han mostrado una tendencia a posponer los gastos destinados a rubros que tengan que ver con aspectos sociales, priorizando los resultados políticos.

La opinión de la Defensoría del Pueblo, que consta en el Informe N° 99 (El futuro de los sistemas de pensiones: Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado), se inclina a considerar que la aparición del SPP originó que parte de los afiliados del SNP (que como en todo sistema de reparto, sustentaban el pago de las pensiones) se trasladase a una AFP, mientras el número de jubilados no se redujo, profundizando la situación de desequilibrio. En suma, al crearse el SPP no se pensó en una adecuada articulación entre éste sistema y el antiguo, generando efectos negativos en el SNP. Se postula inclusive, que de estar vigente el SNP de manera exclusiva con una tasa de aporte del 13% y asumiendo que todos los afiliados del SPP (de vuelta en el SNP) abonaran regularmente sus aportaciones, el sistema registraría un superávit de S/. 431 millones de Nuevos soles.

La apreciación del ponente es que el SPP es un mecanismo útil de ahorro para el trabajador formal que inicia su cotización a partir de los 40 años, como máximo, tiene una proyección laboral medianamente establece de 15 a 20 años e ingresos promedio superiores a los S/. 1 000 Nuevos soles mensuales (US\$ 330 Dólares), caso contrario, la posibilidad de acumular una suma considerable en la cuenta de capitalización será remota. Sin perjuicio de lo expuesto, y retomando lo avizorado en el 2006²², ratifico mi preocupación por la vinculación tan directa entre el fondo de pensiones y las inversiones en el mercado financiero y bursátil, cuyo carácter voluble ha sido puesto a prueba (a costa de los afiliados) en los últimos meses, en la medida que más allá del hecho que sean administrados por empresas privadas, se trata de recursos dinerarios que representan la garantía de la vejez, por lo que

²¹ ROMERO MONTES, Francisco, *op. cit.*, pp. 412-413.

²² ABANTO REVILLA, César, «La formación del nuevo sistema de pensiones en el Perú después de la reforma constitucional: En busca del modelo adecuado», en *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, SPDTSS, Libro de Ponencias del II Congreso Nacional, Arequipa, 2006, pp. 838-839.

no pueden estar condicionados a crisis económicas como la reciente, generando pérdidas que sólo se justifican en las inversiones comerciales o bancarias.

IV. LAS REFORMAS INCONCLUSAS: BUSCANDO EQUILIBRAR DESIGUALDADES

Si bien –en teoría– el SPP parecía un modelo eficiente, la afiliación masiva de los trabajadores (entonces asegurados al SNP) sin mayor información respecto de las ventajas (y desventajas) del nuevo sistema, conllevó al inicio de reclamos, que se fueron incrementando con el paso de los años, al verificar los trabajadores que la pensión pagada por el SPP estaba –en no pocos casos– por debajo del mínimo reconocido en el régimen estatal.

En un inicio, el Decreto Ley N° 25897 preveía la posibilidad de retornar al SNP sin el cumplimiento de mayores requisitos. Este derecho era llamado reversibilidad, y estuvo vigente hasta el 1 de junio de 1996. A partir de esa fecha, quien se afilió al SPP no podría retornar al régimen estatal, hasta que el 5 de marzo de 2008 fue publicada la Resolución N° 080-98-EF/SAFP, que estableció un procedimiento de nulidad de afiliación al SPP, en base a causales específicas²³.

En tanto las causales de nulidad contempladas por ley no podían regular todos los supuestos que se presentaban en la práctica, los reclamos sociales continuaron, y fueron recogidos en diversos proyectos de ley que propugnaban la desafiliación del SPP sin expresión de causa, pero que fueron archivados en el Congreso de la República, principalmente por el impacto financiero que representarían tanto para el Estado como para las AFP, por el traslado (retorno) de un régimen a otro.

Con la finalidad de paliar –cuando menos en parte– estos reclamos, el 1 de enero de 2002 se publica la Ley N° 27617, que reguló formalmente la institución de la pensión mínima para el SPP, y estableció modalidades de jubilación anticipada²⁴ a favor de sus afiliados, para que se jubilen en el nuevo régimen bajo condiciones similares a las exigidas por el SNP. La citada norma no surtió el efecto esperado, pues los trabajadores siguieron reclamando su derecho a una libre desafiliación.

El 12 de agosto de 2006, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 26/2006-PE, que permitiría la desafiliación bajo supuestos excepcionales y urgentes, que deberían ser evaluados y aprobados previamente por una Comisión Especial. Mientras el citado proyecto era debatido,

²³ Tales como: (a) Si la firma del trabajador fue falsificada; (b) Si la afiliación efectuada por el empleador fue irregular; (c) Si el trabajador había sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, porque la fecha del siniestro fue anterior a la fecha de su afiliación al SPP (nulidad por preexistencia).

²⁴ Hasta ese entonces, sólo se permitía la jubilación anticipada para los trabajadores que desarrollaban actividades riesgosas, como la minería o construcción civil (Ley N° 27252).

el Tribunal Constitucional, variando su criterio precedente, se pronunció a favor de la desafiliación del SPP (Expediente N° 1776-2004-AA/TC)²⁵ habilitando el retorno al régimen estatal (SNP) bajo tres causales específicas:

- La titularidad no ejercida: Cuando al afiliarse al SPP, el trabajador ya contaba con los requisitos para jubilarse en el SNP.
- La información deficiente o incompleta: Cuando el trabajador alegue que al momento de afiliarse no le informaron debidamente sobre las ventajas del nuevo régimen o con relación al derecho al bono de reconocimiento.
- Para los trabajadores que realizan labores que implican un riesgo para su vida o su salud (mineros y de construcción civil).

En la medida que la implementación de la segunda causal (información deficiente o incompleta) podía originar un retorno masivo al SNP, considerando que bastaba con su invocación por parte del afiliado, sin mayor sustento probatorio²⁶, se apuró la aprobación de la Ley N° 28991²⁷, norma que recogió dos de las tres causales establecidas por el Tribunal Constitucional, omitiendo la de información deficiente. Ante ello, se expide sentencia en el Expediente N° 7281-2005-PA/TC²⁸, en la cual se ratifica la validez de la causal soslayada, precisándose que a pesar de no estar incluida en dicha norma, la causal formará parte del ordenamiento legal.

Tanto el Reglamento de dicha ley (aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF) como sus normas operativas complementarias (Resolución SBS N° 1041-2007) mantuvieron la omisión de regular dicha causal, ante lo cual el Tribunal Constitucional respondió expidiendo cientos de fallos que la acogían. Ante ello, el Poder Ejecutivo terminó dando su brazo a torcer, y el 2 de diciembre de 2002 es publicada en el Diario Oficial «El Peruano» la Resolución SBS N° 11728-2008, que aprobó el procedimiento administrativo de desafiliación por la causal de falta de información, de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales antes señalados.

Cuando parecía que el tema quedaba zanjado, el Tribunal Constitucional declaró fundada (en parte) la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2007-PI/TC²⁹, ratificando la validez de la causal de falta de información, con precisiones pro pensio-

²⁵ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 20 de febrero de 2007.

²⁶ En esta causal en particular, el Tribunal Constitucional estableció que procedía la inversión de la carga de la prueba (o prueba dinámica), en virtud de la cual el afiliado no estaba en la obligación que fue informado de manera deficiente, sino que correspondía a la AFP y al Estado (a través de la SBS) probar que le informaron adecuadamente.

²⁷ Ley de libre desafiliación informada, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 27 de marzo de 2007.

²⁸ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 15 de mayo de 2007.

²⁹ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 15 de mayo de 2009.

nista que no están incluidas en el procedimiento administrativo del 2008, facilitando la desafiliación, tales como la falta de exigencia de acreditación de los años de aportación, o la devolución de las comisiones cobradas por la AFP.

Asimismo, apartándose de criterios sentados en fallos anteriores (ver: Expediente N° 0050-2004-AI/TC, fundamento 140)³⁰, reconoce en los fundamentos 31 y 36 la posibilidad de extender la aplicación del principio de solidaridad al SPP (a efectos de justificar el pago de la pensión mínima en el SPP con cargo de los recursos del Estado), así como su pertenencia al campo de la seguridad social, antes negada.

Finalmente, partiendo de un análisis económico del registro de pérdidas del fondo de pensiones administrados por el SPP, en contraposición con los ingresos de las AFP por el mismo periodo (abril a setiembre de 2008), a raíz de los efectos de la crisis financiera mundial pasada, el Tribunal Constitucional concluye (fundamentos 36 a 39) que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo asumido en la administración de los fondos privados de pensiones también debe ser asumidos por las AFP, con cargo a su patrimonio y al porcentaje de sus comisiones.

La situación antes descrita, de conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional, que concluyen con un pronunciamiento jurisprudencial que es el que en definitiva delimita los criterios de interpretación y aplicación de una norma o una institución previsional, no hace sino ratificar lo expuesto por MORÓN³¹, en el sentido que el mayor riesgo que enfrenta el SPP para lograr el éxito es el riesgo jurídico. Cabría agregar, junto con el citado autor, que tan o más riesgoso que el citado factor, es el riesgo político; pues la suerte, no sólo del SPP, sino del sistema en general, dependerá de la tendencia del gobierno de turno, que puede en su momento reestructurar, reformar o suprimir los regímenes existentes.

V. LA CRISIS FINANCIERA: PONIENDO EN RIESGO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como correctamente anota DURÁN³², la crisis económica mundial afecta tanto a los sistemas de gestión pública como a los de gestión privada. Pero estamos

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

³¹ MORÓN, Eduardo/ CARRANZA, Eliana, *op. cit.*, p. 141.

³² DURÁN VALVERDE, Fabio, «Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 36-40.

ante un fenómeno coyuntural. No es la primera que ha existido (ni será la última). Se trata de un problema cíclico en la historia de la humanidad: es un tema recurrente en el funcionamiento de los sistemas de pensiones. Mientras los sistemas de reparto tienen un mayor componente de riesgo demográfico, los de capitalización están expuestos a un mayor riesgo financiero.

El problema surge porque los efectos de la crisis se están discutiendo en un plano económico y financiero, a pesar que se trata de un aspecto de la seguridad social, es decir, un tema que atañe derechos humanos fundamentales. No se trata de un elemento o factor del mercado privado, sino de la economía pública, pues afecta a los recursos que garantizarán el acceso (o goce) de un derecho en la vejez.

El carácter público de los sistemas previsionales es independiente de la forma en la cual se financian o de quién los gestiona. El Estado establece un sistema y a la vez determina quién lo va a administrar, pero en ningún momento se perderá la naturaleza pública del mismo, en su origen y desarrollo. El Estado será el garante financiero de última instancia, por tanto, no puede desentenderse de lo que pasa. Es el que funda el sistema, y tiene que garantizar que la información suministrada a los afiliados es la correcta, la pertinente para la toma de decisiones³³.

Como señalamos hace algunos años, el sistema de capitalización dejó abierta la puerta del riesgo al vincular las futuras pensiones a la volatilidad de los mercados financieros y bursátiles. El principal argumento de quienes impulsan este modelo, parte de una premisa errada: si todos los afiliados aportan a sus cuentas, estos fondos se invertirán en la estructura productiva interna, generando un desarrollo económico. Sin embargo, esta evaluación se centra en el escenario económico, sin considerar los problemas del mercado laboral (informalidad, desempleo y subempleo), dejando de lado también el aspecto social del derecho en cuestión. A decir de TORTUERO, en la búsqueda de una mayor eficacia empresarial se pretende rebajar los costos, impactando los derechos sociales³⁴.

En el mismo sentido, FRANCKE se pregunta³⁵ ¿si deben las pensiones de jubilación basarse en sistemas financieros que son intrínsecamente riesgosos? ¿Si deben depender de un sistema que a veces de muy alta rentabilidad, y otras cae? En el que uno tiene suerte a veces, y otras no. ¿Si las pensiones deben ser apostadas en un sistema en el cual las acciones suben y bajan? Para el citado autor, la

³³ *Ibidem*, pp. 45 a 47.

³⁴ En expresión que compartimos: TORTUERO PLAZA, José, «Los Sistemas de Pensiones en Europa y Latinoamérica: Realidades, expectativas e ideas para un debate», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54*, Madrid, 2004, pp. 55-56.

³⁵ FRANCKE BALLVE, Pedro, «El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 71-75.

respuesta es simple: en la combinación de riesgo y seguridad, las pensiones deberían estar más orientadas hacia la seguridad.

Para BURNEO³⁶, la formalización del mercado laboral es clave en el problema de fondo, tanto para el SPP como para el SNP, pues permitirá la implementación de los seguros sociales que –en puridad– se aplican actualmente en el Perú, aunque se muestra en contra de la afiliación obligatoria a los trabajadores independientes, pues atentaría contra la libertad de elegir la mejor opción para ahorrar.

En relación a los efectos de la crisis financiera internacional en el SPP, cuestiona el hecho que mientras que todos los fondos previsionales han registrado pérdidas, la rentabilidad sobre el patrimonio de las AFP ha sido positiva. Considera que es el tipo de contrastes que genera malestar por el lado de los afiliados³⁷. De manera sarcástica, propone la creación de un Fondo 5 de inversión, que consistiría en que el dinero del asegurado se invierta únicamente en acciones de las AFP, pues en plena crisis no se ha hecho mella en su rentabilidad.

Pero más allá de la discusión sobre el impacto de la crisis en el SPP y los demás regímenes, la pregunta es ¿y la gente que no tiene pensión? ¿Quién ve por ellos? El problema número uno de la seguridad social en el mundo, en especial en los países en desarrollo, es la cobertura. Hay millones de personas en el Perú que no se preocupan por el tema de la crisis, pues no tienen acceso a nada, a ninguna pensión, a ningún servicio de salud, a nada de nada³⁸.

En ese sentido, vemos la necesidad impostergable de regular de manera paralela o conjunta con el régimen complementario (público y privado), un pilar solidario o régimen no contributivo (a cargo del Estado) para las personas mayores de 65 años en estado acreditado de pobreza extrema, que carezcan de pensión alguna.

VI. EL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO: UNA SEGURIDAD SOCIAL PARA TODOS

Todo sistema de seguridad social debe tener como pilares básicos la solidaridad y la universalidad.

En un país como el nuestro, en el que hemos visto que existe un alto índice de pobreza (39%) y pobreza extrema (13.7%), y en el cual el mercado laboral está

³⁶ BURNEO FARFÁN, Kurt, «Reflexiones en torno al Sistema Privado de Pensiones en el contexto de la crisis financiera internacional», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, p. 51.

³⁷ *Ibidem*, pp. 57-62.

³⁸ DURÁN VALVERDE, Fabio, *Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social*, pp. 43.

afectado por fenómenos como la informalidad, el desempleo y el subempleo, e incluso se registran altos índices de morosidad contributiva en la economía formal, resulta indispensable evaluar la viabilidad de un régimen de pensiones solidarias o no contributivas, que no deben ser vistas como una política asistencialista, sino como un mecanismo de inversión social, pues la experiencia en otros países de la región ha demostrado que la incidencia de pobreza puede reducirse hasta 65%, amén de constituir un factor de dinamización de la economía familiar, pues pese a ser por lo general un porcentaje de la pensión mínima regular, esta prestación se utiliza no sólo para atender las necesidades esenciales (alimentación, vivienda y salud), sino que también permite apoyar en la educación de los nietos e inclusive, en las zonas rurales, para la compra de semillas y alimento para sus animales.

En el Perú, cerca del 10% de la población total es mayor de 60 años. De éstos, un considerable número carece de alguna protección de parte de la seguridad social, especialmente aquéllos que viven en zonas rurales. Esa situación ha originado un aumento en la proporción de personas mayores que siguen trabajando más allá de la edad jubilatoria, generalmente en ocupaciones precarias.

Pese a las repetidas reformas previsionales de las últimas décadas, aún no se ha logrado ampliar la cobertura ni reducir los índices de pobreza para las personas mayores. Lamentablemente, dentro de las soluciones planteadas hasta la fecha se ha optado por dejar de lado la opción de las pensiones no contributivas, pues se han centrado en mejorar la administración de los regímenes contributivos, lo que en la práctica ha creado exclusiones y desigualdad, al favorecer a aquéllos que tienen un empleo formal, pese a constituir el menor porcentaje de la PEA.

Como precisa DURÁN (*et al.*)³⁹, las pensiones no contributivas están diseñadas para fijar un piso o nivel mínimos de ingresos, reduciendo los niveles de pobreza entre los adultos mayores, e indirectamente en el resto de la población. La aplicación de un sistema como éste depende de una decisión política pública que debe fijar su visión en un desarrollo al mediano y largo plazo. Además de la determinación de los beneficiarios, el costo monetario, fiscal y los gastos operativos, deberán fijarse los requisitos (edad, acreditación del estado de pobreza, años de residencia, etc.), cuidando la posibilidad de factores de corrupción en los funcionarios encargados de calificar y aprobar la concesión del derecho.

Para FRANCKE⁴⁰, buena parte del problema previsional está vinculado al mercado laboral, es decir, a una materia independiente de la seguridad social;

³⁹ DURÁN VALVERDE, Fabio *et al.*, «Proyecciones demográficas y financieras para el análisis de la viabilidad de las pensiones no contributivas en el Perú», en *Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*, Lima, 2009, p. 65.

⁴⁰ FRANCKE BALLVE, Pedro, *op. cit.*, pp. 67-70.

por tanto, se debería evaluar como alternativa otorgar pensión a todos los mayores de 65 años en zonas rurales (de manera similar a la Previdencia Rural de Brasil), que costaría unos S/. 850 millones de Nuevos soles anuales (0,3 del PBI), calculado bajo la idea una pensión de S/. 200 Nuevos soles mensuales, que puede parecer una prestación baja, pero para un pobre que no tiene pensión significa un cambio.

En sentido similar opinan MORÓN y ROSTAGNO⁴¹, quienes consideran que la baja cobertura está asociada a la informalidad del mercado laboral, donde casi un tercio de las MYPE son en realidad empresas de subsistencia. Al parecer de estos autores, los únicos elegibles para recibir el beneficio de la pensión no contributiva deberían ser los adultos mayores de 65 años de edad que acrediten condición de pobreza, y el beneficio debería fijarse en el equivalente a un tercio de la RMV (S/. 183 Nuevos soles)⁴², pues de establecerse en montos mayores podría originar un traslado de asegurados del régimen contributivo. En ese escenario, el costo anual sería el equivalente al 0.91% del PBI. En el cuadro siguiente se verifican ejemplos que varían dependiendo del monto de la prestación y el grupo seleccionado:

**Costo de las Pensiones No Contributivas
Porcentaje del PBI al año 2010**

Monto en S/.	Pobreza	Pobreza extrema
300	1.49%	0.61%
183	0.91%	0.37%
100	0.50%	0.20%

Elaboración: MORÓN / ROSTAGNO

El impacto de este programa es considerable en términos de cobertura, pues se pasaría –en el escenario más conservador– del 32% al 68%⁴³.

Desde la perspectiva del ponente, implantar un régimen contributivo no constituye un retroceso en el campo de la seguridad social, por el contrario, en la actualidad, el Perú tiene dos regímenes que –en puridad– están más cercanos al modelo del seguro social de Bismarck, pues están condicionados a la contribución de quienes ostentan la calidad de trabajadores formales, que representan

⁴¹ MORÓN, Eduardo/ ROSTAGNO, Marín, «Viabilidad de un sistema de pensiones no contributivas en el Perú», en *Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*, Lima, 2009, p. 100.

⁴² Deberá agregarse, como un requisito adicional, que el beneficiario no perciba pensión por ningún régimen de pensiones general, especial o complementario.

⁴³ *Ibidem*, p. 107.

además el menor porcentaje de la PEA. El SPP, inclusive, puede ser visto como una forma moderna de ahorro personal, gestionado por empresas privadas que invierten los fondos, de manera similar a lo que haría un banco; por tanto, está por detrás incluso del seguro social, el mutualismo, la beneficencia y el asistencialismo.

Los regímenes solidarios o no contributivos están orientados a materializar la idea de una seguridad social para todos, en especial para quienes más lo necesitan, que son justamente los excluidos del mercado laboral formal, e irónicamente, los que aportan (de manera indirecta, a través de los impuestos) a sostener tanto al régimen estatal (SNP, subsidiado mensualmente por el Tesoro Público) como al propio SPP (pues los bonos complementarios de la pensión mínima y jubilación anticipada se pagan con cargo a los recursos estatales). Si nos damos cuenta, en el Perú actual tanto el SNP (por el subsidio directo) como el SPP (a través de los bonos y demás complementos) son pagados en parte por la colectividad.

Tomando en cuenta la realidad de nuestro país, debemos evaluar la experiencia de naciones cuya diversidad geográfica, cultural e, inclusive, étnica es similar a la peruana; por ello, ejemplos como la Previdencia Rural y la Prestación Continuada de Brasil, o el Bonosol y la Renta Dignidad de Bolivia, podrían sernos de utilidad al analizar los componentes y características de un futuro régimen no contributivo.

En ese sentido, el financiamiento de este régimen podría provenir tanto de aplicar un punto adicional al Impuesto General a las Ventas como al Impuesto a la Renta, que son los tributos de mayor recaudación, así como de un Fondo Asistencial del 1% de las pensiones del SNP y el SPP superiores a S/. 800 Nuevos soles, para corresponder a la solidaridad previsional que la población sin pensión ha asumido de manera indirecta al subsidiar ambos regímenes. También se le podría asignar un porcentaje fijo del canon minero o, como ocurrió en el caso del FONAHPU⁴⁴, la transferencia de las acciones de una empresa estatal.

Este régimen no contributivo podría regularse de manera paralela o como el pilar solidario del modelo contributivo complementario único (público-privado) que se implante a partir del modelo del Banco Mundial (1994), y que desde hace varios años viene siendo avalado en el Perú por la doctrina⁴⁵, la Defensoría

⁴⁴ Fondo Nacional de Ahorro Público (FONAHPU), que en 1998 consistió en una bonificación a favor de los pensionistas con prestaciones por debajo de los S/. 1 000 Nuevos soles. Por Ley N° 27319, publicada el 22 de julio de 2000 en el Diario Oficial «El Peruano», se le transfirió la titularidad de las acciones de ELECTROPERÚ S.A.

⁴⁵ Por todos: GONZALES HUNT, César, «La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: De la fórmula alternativa entre el sistema público y el privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado», en *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y los Regímenes de Pensiones en el Perú. Libro de Ponencias del I Congreso Nacional*, SPDTSS, Trujillo, 2004, pp. 315-348.

del Pueblo⁴⁶, el Ministerio de Economía y Finanzas⁴⁷, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y por las Centrales Sindicales de Trabajadores⁴⁸, que cuente con una central única de recaudación y los mecanismos legales (coactivos, civiles y penales) para accionar en contra de los empleadores morosos, pero –principalmente– con un saneamiento previo del mercado laboral, que procure la reducción del fenómeno de la informalidad. De la misma manera, debe instaurarse con carácter obligatorio un curso de seguridad social a nivel de educación básica y superior, para que las nuevas generaciones –a diferencia de sus antecesores– entiendan las ventajas de estar protegido ante las contingencias que pueden suceder en el desarrollo de la vida laboral⁴⁹.

⁴⁶ Informe Defensorial N° 99 (recomendación cuatro).

⁴⁷ Marco Macroeconómico Multianual 2007-2009 (Recuadro 4, punto iii).

⁴⁸ Propuesta de las Centrales Sindicales para la reforma de la seguridad social en el Perú. *Hacia una seguridad social universal y solidaria*, Ebra, Lima, 2007, pp. 94.

⁴⁹ Este aspecto también ha sido considerado como una de las medidas adicionales dentro de la reciente reforma en Chile, como consta en el Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma del Sistema Previsional: *El derecho a una vida digna en la vejez*, (Resumen Ejecutivo), Santiago, 2006, p. 24.