

# EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN EL PERÚ A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES COEXISTENTES

César González Hunt\*

## I. INTRODUCCIÓN

La realización del Primer Encuentro Peruano Chileno de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que ha de tener como primer tema central de desarrollo la *Articulación de los Sistemas Público y Privado en el Sistema Previsional*, constituye un marco propicio para analizar el estado de la llamada *cuestión pensionaria* en el Perú.

Una primera constatación que se aprecia nítidamente a partir de la experiencia vivida desde la introducción de la reforma legal en pensiones de diciembre de 1992, que habilitó la coexistencia de dos regímenes paralelos y en competencia que habrían que otorgar pensiones en el país, es la necesidad de acometer una nueva y profunda reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la misma que sintomáticamente es reclamada por sus principales protagonistas (centralmente el Estado y el ente gremial representativo de las Administradoras de Fondos de Pensiones).

Este particular consenso se labra en la constatación fáctica del estado de crisis que atraviesa el Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el país,

---

\* Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Seguridad Social en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

particularmente el Público, aun cuando el Sistema Privado también ha sido destinatario de críticas y cuestionamientos, incluso algunas provenientes de sus propios afiliados<sup>1</sup>.

A partir de esta apreciación resulta de particular interés analizar desde una perspectiva jurídico constitucional la viabilidad de la reforma de los Sistemas de Seguridad Social en Pensiones a partir de los dos escenarios que podrían proponerse a la luz de la doctrina que ha venido acuñando el Tribunal Constitucional, esto es:

- (i) La reforma integral del Sistema Público de Pensiones manteniendo el carácter alternativo entre el Sistema Público y el Sistema Privado de Pensiones, tal como ocurre en la actualidad; y
- (ii) La coexistencia complementaria entre el Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones brindando ambos pensiones a todos los afiliados activos. El Sistema Público garantizaría una pensión mínima y el Sistema Privado brindaría una pensión complementaria.

Ciertamente, y cabe la advertencia desde el inicio, en el contexto de una reforma de la Seguridad Social en Pensiones, los propuestos no son los únicos escenarios que pueden plantearse, pues caben matices en su formulación, pero son los únicos que tienen sustento constitucional.

Lo anterior se ve ratificado en buena cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a través de una serie de pronunciamientos, ha venido señalando una línea directriz de interpretación en torno a los preceptos constitucionales que directa o indirectamente contienen previsiones en torno a la materia pensionaria. En este orden de ideas, cabe recordar las trascendentales consideraciones que sobre el particular han sido vertidas en la sentencia del 3 de junio de 2005 en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del

---

<sup>1</sup> Nos referimos concretamente al pedido de «libre desafiliación» del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y reincorporación al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) promovida por quienes consideran que su afiliación al SPP resultó contraria a sus intereses, pues en el Sistema Público obtendrían una pensión de jubilación superior a la que les correspondería en el Sistema Privado. En este punto cabe recordar que tal reclamo ha sido sustancialmente atendido a través de dos vías paralelas, a saber: (i) la profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha permitido en determinados supuestos tal «desafiliación» del SPP y retorno al SNP; y (ii) la emisión de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementaria y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, que crea supuestos que habilitan el retorno del SPP al SNP.

Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530<sup>2</sup>, pronunciamiento que por su enorme trascendencia será recurrentemente citado a lo largo del presente artículo.

A partir del reconocimiento constitucional de la viabilidad de un modelo alternativo de prestaciones pensionarias que habilita la coexistencia de los sistemas público y privado en competencia, a lo largo de nuestra ponencia procuraremos analizar si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional de Seguridad Social en Pensiones, o si el devenir de tal escenario ha creado desajustes técnicos que afectan directamente la misma configuración del Sistema Público de Pensiones generando la necesidad de replantear el modelo adoptado.

Esta cuestión, como resulta obvio, es de enorme trascendencia porque de la respuesta que se obtenga dependerá la solución sobre el desarrollo legislativo del propio Sistema de Pensiones a partir de las previsiones constitucionales. Así, resultando evidente que existe un mandato constitucional en materia de Seguridad Social en Pensiones, su alcance será distinto según se concluya que se describe un modelo acabado de Seguridad Social en Pensiones, o por el contrario, nos encontramos ante la necesidad de efectuar ajustes al modelo que lo hagan compatible con los principios rectores de la Seguridad Social. A tal cometido nos abocaremos en la presente ponencia.

## II. LOS REGÍMENES PREVISIONALES EN EL PERÚ

### 1. El Sistema Nacional de Pensiones, un sistema de seguridad social

En la década pasada (hasta el año 1992), el Sistema de Seguridad Social en Pensiones se configuraba como unitario y de carácter público, basado en el reparto. Así, las pensiones eran administradas por el Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS).

El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) se aprecia como un *sistema público en el cuál las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad (...); en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes (...)* hay una aportación

---

<sup>2</sup> Expedientes N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC y 009-2005-AI/TC (Acumulados) en los seguidos por los Colegios de Abogados del Cuzco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

*proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible*<sup>3</sup>.

Este sistema comprende, entre otros, a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se encuentren dentro del ámbito del régimen previsional del Estado aprobado por el Decreto Ley N° 20530 (esto es, en relación a todos aquellos que ingresaron con posterioridad al 11 de julio de 1962), trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

Pues bien, la ocurrencia de determinados hechos originó que en el año 1991, el Sistema Nacional de Pensiones se encontrara a punto de colapsar, siendo que las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo<sup>4</sup>.

A pesar del reducido nivel de las pensiones (la pensión promedio en noviembre de 1991 era equivalente a US\$ 69.00)<sup>5</sup> y el porcentaje de aportación que se imponía (9% de la remuneración), el SNP era insostenible. Aportaban a éste aproximadamente 2 millones de trabajadores, pero los recursos captados no eran los suficientes para cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas<sup>6</sup>.

Este contexto situó al SNP dentro de una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones. En adición a ello, se sumó la escasa transparencia en el manejo de sus fondos, así como la evasión de los aportes por parte de los empleadores – siendo el Estado el más grande evasor<sup>7</sup>– y la burocratización del IPSS<sup>8</sup>, lo que impidió una administración clara y suficiente del sistema.

---

<sup>3</sup> VEGA-CENTENO, Máximo / REMENYI, María Antonia, «El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones», en *Economía/PUCP*, Vol. 19, N° 37-38, julio-diciembre 1996, p. 375.

<sup>4</sup> ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel et al., *La Economía Política de las Reformas Institucionales en el Perú: los casos de Educación, Salud y Pensiones*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., marzo 1999, p. 35.

<sup>5</sup> *Ibidem.* p. 37.

<sup>6</sup> MORON, Eduardo / CARRANZA, Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas (1993-2003)*, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, diciembre 2003, p. 23.

<sup>7</sup> El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes.

<sup>8</sup> A tal efecto, Gabriel ORTIZ DE ZEVALLOS pone de relieve que el IPSS pasa de 25,000 trabajadores en 1985 a 45,000 en 1990, en Art. Cit., p. 37.

Fue de esta forma como el sistema pensionario se empezó a percibir como débil, en tanto que, desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son inherentemente inestables ya que dependen de factores demográficos. Estos determinan que la relación entre aportantes y pensionistas sea cada vez menor por efecto del creciente aumento en las expectativas de vida de la población asegurada y la paulatina disminución de los ingresos del sistema, a la par del progresivo aumento de sus obligaciones<sup>9 10</sup>.

Todo este mal manejo del sistema en el país contribuyó al deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas y generó la necesidad de brindar a los trabajadores más jóvenes una alternativa sostenible de ahorro previsional.

## 2. El Sistema Privado de Pensiones: la búsqueda de una salida frente a la crisis

Frente al precario y devastador marco que presentaba el SNP, se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro en pensiones. Luego de un intento fallido de reforma del sistema previsional<sup>11</sup>, se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP).

Así, este nuevo sistema acoge un esquema normativo, a través del cual las AFP se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el Fondo de Pensiones de cada afiliado; dichos fondos son colocados de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

---

<sup>9</sup> Al respecto, véase lo señalado por MORON, Eduardo / CARRANZA, Eliana, *op. cit.*, p. 20.

<sup>10</sup> Cabe advertir que la situación de crisis en la financiación de los Sistemas Públicos de Seguridad Social basados en el reparto intergeneracional de las cargas no es un fenómeno exclusivamente peruano. Por el contrario, puede sostenerse que el mismo es universal. Al efecto, ver: «*Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y la Promoción del Crecimiento*». Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994.

<sup>11</sup> A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el Diario Oficial «*El Peruano*» el 11 de noviembre de 1991. Se plantea al mismo como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud a un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley N° 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el Diario Oficial «*El Peruano*» el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez<sup>12</sup>, sobrevivencia<sup>13</sup> y gastos de sepelio, además de encargarse de la recaudación de los aportes, la cobranza de aportes impagos, tramitación de Bonos de Reconocimiento, la información a los afiliados y el otorgamiento y pago de las prestaciones previstas en la legislación en el momento en el cuál los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

Ahora bien, un cambio novedoso que trajo el nuevo sistema de previsión social recayó en la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC), las mismas que son creadas a nombre de cada afiliado, consignando todos los movimientos que se realizan como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, Bonos de Reconocimiento.

Además, al igual que el SNP, el SPP tiene la obligación de incorporar a todo trabajador ya sea dependiente o independiente que elija libremente afiliarse a él. El trabajador afiliado al SPP sólo podrá revertir su decisión de incorporación al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la Ley.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP, al SPP, a éste se le otorga un Bono de Reconocimiento<sup>14</sup> a efectos de reconocerle los años aportados en el SNP, lo cuál

---

<sup>12</sup> Cabe precisar que éstas no son aseguradas de manera directa por una AFP, sino que deben ser contratadas con una empresa de seguros. Para otorgar estas prestaciones se deben cumplir una serie de requisitos de antigüedad, así como de las circunstancias de la discapacidad.

<sup>13</sup> Ésta comprende a los herederos forzosos de trabajadores que aún no habían alcanzado la edad para jubilarse dentro del SPP al momento de su muerte y de aquellos jubilados que hubieran optado por una modalidad diferente a la renta vitalicia personal. El monto de la pensión es decreciente según el grado de parentesco.

<sup>14</sup> El artículo 7° de la Ley N° 27617, vigente desde el 2 de enero de 2002, que sustituye el primer y segundo párrafos del Decreto Supremo N° 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones establece que tienen derecho a Bono de Reconocimiento los trabajadores que a diciembre de 1992 estaban afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS y que hubieran cotizado en el SNP, un mínimo de 48 meses en total dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992, fecha de creación del SPP. Cabe añadir que los trabajadores deben manifestar su derecho al Bono de Reconocimiento al momento de afiliarse al SPP, probando el cumplimiento de los requisitos para obtener este derecho a fin de que la ONP (en virtud de la Ley N° 26323) les otorgue el Bono que les corresponde. Dichos Bonos deben ser entregados por la ONP a la AFP que el trabajador indique, la que a su vez lo debe entregar a una entidad de servicio de guarda física de valores, salvo que los mismos se encuentren representados por anotaciones en cuenta.

incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente del mismo, con el Sistema Privado de Pensiones se crea la Superintendencia de Administración de Fondos de Pensiones –SAFP (absorbida en noviembre de 2000 por la Superintendencia de Banca y Seguros–SBS, convirtiéndose en la Superintendencia Adjunta de AFP), mediante la cuál se efectúan las funciones de supervisión del SPP en representación del Estado, con el fin de garantizar el financiamiento del sistema y vigilar el fiel cumplimiento de estas disposiciones, en observancia del artículo 11° de la Constitución de 1993.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí señalado, un sistema como el Privado de Pensiones, sustentado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el Público, por lo que cabe apreciar que el Sistema Privado no constituye una manifestación de la Seguridad Social<sup>15</sup>, tal como se apreciará con mayor detalle más adelante. Simple y sencillamente se trata de un mecanismo de aseguramiento social cuyo basamento no se encuentra en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que éste tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

### III. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO NORMATIVO ADOPTADO

Luego de habernos situado en un contexto en el cual conviven dos sistemas previsionales de diferente naturaleza, resulta necesario dilucidar si existe en la formulación constitucional peruana una adscripción a un modelo determinado de Seguridad Social en Pensiones<sup>16</sup>, y si tal eventual encuadramiento resulta ser

<sup>15</sup> En el mismo sentido, PASCO COSMOPOLIS, Mario, «¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?», en *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, pp. 177-178.

<sup>16</sup> Enfoque doctrinal que, en el caso español, es seriamente cuestionado por Joaquín APARICIO TOVAR al considerarlo inconducente, pues deriva en el reconocimiento que no existe modelo alguno, de lo que se podría concluirse que el legislador *puede hacer casi todo*. A entender del reconocido profesor español, corresponde al legislador –en uso del pluralismo político– ordenar los elementos del sistema como crea conveniente, «*siempre y cuando se mueva dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, que viene determinado, (...) entre otros medios, por el respeto del contenido esencial de la institución y por la suficiencia de las prestaciones*»; APARICIO

compatible o no con la normativa legal preexistente. Es decir, determinar qué modelo se aplica: el bismarckiano de corte profesional –contributivo<sup>17</sup> o beveridgeano de corte asistencial– universalista<sup>18</sup>. Claro está que tal encuadramiento resulta ser relativo, en tanto que en el actual estadio de evolución de la Seguridad Social no puede postularse la existencia de un modelo puro<sup>19</sup>.

Como punto de partida cabe apreciar que en su devenir histórico, el modelo imperante en nuestro país ha sido esencialmente profesional –contributivo, en tanto que la protección se ha circunscrito en su ámbito subjetivo a quienes realizan una actividad profesional de la cual procuran sus ingresos, en función de los cuales contribuyen al sistema; así como en su ámbito objetivo, pues las prestaciones que otorga el sistema se reciben como consecuencia de la cotización al mismo, cumpliendo una función de sustitución de las rentas percibidas con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia protegida, con independencia de la situación de necesidad que se pudiera padecer.

Una primera aproximación al artículo 10° de la Constitución de 1993 pareciera mostrar un acercamiento al modelo asistencial –universalista en tanto éste

---

TOVAR, Joaquín, «La Seguridad Social en la Constitución», publicado en *El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 788. A nuestro entender, tal reparo no puede ser extendido al caso peruano pues la determinación del modelo en nuestro caso si resulta un ejercicio útil de análisis.

<sup>17</sup> Este modelo concibe a los seguros sociales como regímenes obligatorios de carácter nacional e institucionalizados, normativa, administrativa y financieramente. La organización de estos seguros es caracterizada como corporativa, de alcances limitados a los aportantes y de responsabilidades administrativas en función de las disponibilidades. Sobre los alcances de este modelo normativo de Seguridad Social, ver: BERNEDO ALVARADO, Jorge, *GANANCIA PARA ALGUNOS Y DESPROTECCIÓN PARA TODOS*, Bocetos, Lima, 2000, p. 11.

<sup>18</sup> Este modelo plantea un nuevo diseño de Seguridad Social que tiene por objetivo prioritario la atención del ciudadano ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Tiene como eje central la redistribución de la riqueza, proponiendo la sustitución del sistema financiero de capitalización por el de reparto que exige aportaciones a un fondo común. BEVERIDGE, William, *Seguridad Social y Servicios Afines*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.

<sup>19</sup> Como lo enfatiza Yolanda SÁNCHEZ-URAN AZAÑA cuando citando una obra colectiva coordinada por D. PIETERS recuerda que en Alemania existen aportaciones estatales, además de las cotizaciones de trabajadores y empleadores, en los seguros de vejez, invalidez y desempleo, financiando la totalidad de prestaciones de seguridad social fuera de la esfera de los seguros sociales. Y que en Inglaterra se han establecido prestaciones contributivas que cubren las contingencias de desempleo, vejez, invalidez, muerte, accidente de trabajo, enfermedad y maternidad, financiadas básicamente a través de cotizaciones del empleador y los trabajadores. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, p. 24.



reconoce el *derecho universal* y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley<sup>20</sup>.

No obstante, de la revisión del Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD)<sup>21</sup>, aparece que el reconocimiento del *derecho universal* a la seguridad social alude a una aceptación declarativa de la existencia del derecho<sup>22</sup>, llevando, por ende, a identificar este derecho como uno de preceptividad diferida. Es precisamente por ello que la norma constitucional, luego de reconocer el *derecho universal* a la seguridad social enfatiza que éste es progresivo, poniendo de relieve su condición de derecho fundamental social con una postulación programática.

Lo anterior no significa en modo alguno el desconocimiento de su condición de derecho fundamental o que su reconocimiento dependa de su nivel de exigibilidad, pues como señala el Tribunal Constitucional al referirse a la efectividad de los derechos sociales:

«No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto y contenido de la seguridad social. Así, ha señalado: «(...) la seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad» (Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI/TC, fundamento 14). Igualmente, ha sostenido que la seguridad social: «Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida» (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 54).

<sup>21</sup> Debate Constitucional, t. I (Primera Legislatura), Congreso de la República, Lima, 1994, pp. 422 y 434.

<sup>22</sup> Como se recuerda en: ABANTO REVILLA, César, *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 419.

<sup>23</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

Así pues, el reconocimiento del *derecho universal* a la seguridad social –señaladamente la pensión, materia objeto de nuestro análisis– en tanto derecho fundamental de preceptividad diferida alcanzará a todos los ciudadanos del país de forma progresiva, atendiendo a las posibilidades económicas del Estado.

De otro lado, si la Constitución de 1993 hubiere configurado un modelo de Seguridad Social asistencial –universalista, el modelo históricamente imperante en nuestro país, de corte profesional– contributivo, tendría que considerarse como contrario a ella; es decir, se habría producido en tal supuesto una inconstitucionalidad sobreviniente. Y, como puede apreciarse de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe pronunciamiento alguno del supremo intérprete de la Carta fundamental en el que se cuestionen las bases normativas de los diversos regímenes pensionarios sustentados en la condición de aportantes de sus beneficiarios.

Es más, a partir del reconocimiento a la pensión como un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido claramente que:

«En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias»<sup>24</sup>.

Consecuentemente podemos concluir que, reconociendo la *vocación universalista* del postulado contenido en el artículo 10° de la Carta fundamental, de él no puede derivarse que la Constitución diseñe un modelo específico de Seguridad Social que sea contrario a los principios del modelo profesional –contributivo en el que se inscribe la normativa legal en materia pensionaria.

Lo anterior resulta trascendente a efectos de apreciar que los rasgos profesionales del sistema adoptado pueden mantenerse a futuro en un plazo mediano, sin que ello pueda conceptuarse como contrario a las previsiones constitucionales. No obstante, cierto es que el Sistema de Seguridad Social deberá adoptar de forma paulatina y gradual elementos propios del asistencialismo, siempre y cuando las posibilidades del erario nacional así lo permitan.

#### IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU NUEVO MODELO LEGAL

La regulación constitucional admite, en materia pensionaria, la coexistencia de los Sistemas Público y Privado como formulas alternativas en

---

<sup>24</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.

competencia sin establecer preeminencias, tal como ocurre en la actualidad. Así, a partir de la garantía del libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas y privadas –consagrada en el artículo 11° de la Constitución de 1993–, podemos distinguir un Sistema Público de Pensiones de un Sistema Privado de Pensiones<sup>25</sup>.

Como puede apreciarse del cotejo de ambos Sistemas –expuesto en párrafos anteriores– resulta por demás evidente que el Privado de Pensiones al crecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptualizado como un Sistema de Seguridad Social<sup>26 27</sup>.

Tal apreciación era compartida hasta tiempo reciente por el Tribunal Constitucional al sostener que:

«Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un 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

<sup>25</sup> Cabe apreciar que el reconocimiento constitucional a entidades privadas que otorguen prestaciones pensionarias «constitucionalizó» el recientemente creado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en tanto que el precedente artículo 14° de la Constitución de 1979 (vigente hasta el 30 de diciembre de 1993) sólo admitía que una única entidad estatal tuviera a su cargo la atención de tales prestaciones de la Seguridad Social.

<sup>26</sup> En este punto consideramos que la existencia de una pensión mínima en el Sistema Privado sustentada en el Bono de Reconocimiento Complementario de Solidaridad financiado por el Tesoro Público no puede llevar a sostener válidamente que dicho Sistema sea uno de Seguridad Social, en tanto que ello sólo manifestará la «solidaridad» de todos los peruanos para con el Sistema Privado de Pensiones, más no la solidaridad que se encuentra presente en la Seguridad Social; esto es, la de sus participantes con ellos mismos. Situación conceptualizada por Álvaro VIDAL BERMÚDEZ y Christian SÁNCHEZ REYES como inequitativa en términos sociales y de aplicación incorrecta del principio de solidaridad de la seguridad social en la sugerente ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS, VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian, *Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social*, en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Arequipa, noviembre 2006, pp. 951-973.

<sup>27</sup> Joaquín APARICIO TOVAR con absoluta rotundidad lo expresa en una sola frase: «No hay Seguridad Social privada», en APARICIO TOVAR, Joaquín, «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo», en *Revista de Derecho Social* N° 19, julio-septiembre 2002, Bomarzo, Albacete, p. 27.

elevantar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad»<sup>28</sup>.

Lo anteriormente expresado por el Tribunal Constitucional acarrea, a nuestro entender, dos importantes conclusiones:

- i) Constituyendo la pensión una de las prestaciones económicas más relevantes de la Seguridad Social, el Sistema Público de Pensiones tiene una presencia *reforzada* a nivel constitucional, encontrándose presente en los artículos 10° y 11° de la Constitución, gozando de pleno reconocimiento como garantía institucional, por lo que «(...) está blindada contra una reforma legislativa –incluso constitucional– que la anule o la vacíe de contenido»<sup>29</sup>.

Repárese que el Tribunal Constitucional expresaba en el pronunciamiento antes glosado la imposibilidad de eliminar del sistema jurídico al Sistema Público de Seguridad Social en Pensiones, incluso a través de una reforma constitucional, en tanto que el desarrollo del derecho a la pensión se enmarca dentro de una configuración político constitucional que reconoce al Estado peruano como un Estado democrático y social de derecho<sup>30</sup>. Con ello, tanto el legislador ordinario como el constitucional están obligados a preservar el Sistema Público de Pensiones.

- ii) El *anclaje constitucional* del Sistema Privado de Pensiones se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, «(...) que reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones»<sup>31</sup>.

Apréciase que lo expresado por el Tribunal Constitucional va en la línea de exteriorizar la necesidad de supervisión que requiere el Sistema Privado

---

<sup>28</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 140.

<sup>29</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), último párrafo del fundamento 54.

<sup>30</sup> Y es que, como tiene señalado Joaquín APARICIO TOVAR, «(...) el Sistema de Seguridad Social es el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho». APARICIO TOVAR, Joaquín, «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo», p. 24.

<sup>31</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 69.

de Pensiones a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y de AFP, a fin de constatar el eficaz funcionamiento del sistema a partir del reconocimiento del carácter alternativo de los Sistemas Público y Privado.

No obstante lo antes señalado, con el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, recaído en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada<sup>32</sup>, se dio un radical cambio de criterio en relación a la calificación del SPP, en la medida que en esta ocasión, el TC lo reconoce como un sistema de seguridad social<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en forma previa, corresponde analizar si la propia postulación constitucional que habilita la coexistencia en competencia de los Sistemas Público y Privado resulta siquiera viable o, si por el contrario, nos encontramos ante una deficiente formulación del constituyente a la luz de los propios principios informadores de la Seguridad Social. Nos referimos, en concreto, a la vinculación que podría existir entre la viabilidad a futuro del Sistema Público y la creación de un sistema alternativo, el Privado, que socava sus propias bases de sostenimiento financiero<sup>34</sup>.

Justamente a efectos de determinar si el agudo desequilibrio financiero del sistema Público respondía a la concepción del modelo o a la introducción del alternativo Sistema Privado, en el estudio que produjo el Informe Defensorial N° 99 «*El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y*

---

<sup>32</sup> En marzo de 2007 fue promulgada la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, a través de la cual, entre otras disposiciones, se habilitó de forma legal el retorno de aquellas personas que estuvieron afiliados en el SNP y se trasladaron al SPP. Esta norma concibió dos supuestos por los cuales una persona podía regresar al SNP: (i) Haber alcanzado la titularidad de la pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP (ii) El peligro en la vida o la salud del afiliado. Un grupo de Congresistas de la República interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, pronunciándose el Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad parcial de la citada Ley en sentencia del 4 de mayo de 2009 (Expediente N° 00014-2007-AI/TC).

<sup>33</sup> Al respecto, véase lo señalado por Mariella ANTOLA RODRÍGUEZ, «*El Sistema Privado de Pensiones y la «libre desafiliación» luego de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28991*», en *Revista de Análisis Especial de Jurisprudencia*, Caballero Bustamante. (en prensa)

<sup>34</sup> Sobre la enorme trascendencia de la sostenibilidad financiera como criterio rector de la Seguridad Social en Pensiones cabe consultar la interesante ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS por Fernando GARCÍA GRANARA titulada «*La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones*», en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Arequipa, noviembre 2006, pp. 855-887.

*el Privado*», se hicieron los cálculos respectivos<sup>35</sup> suponiendo un escenario contrafactual en el que no hubiera habido reforma y el Sistema Público siguiera siendo el único vigente. El resultado es absolutamente revelador: si el Público fuere el único del sistema, con la tasa de contribución vigente del 13%, asumiendo que los afiliados al Sistema Privado lo estuviera al Sistema Público, abonando regularmente sus cotizaciones; el Sistema Público arrojaría un superávit de 431 millones de nuevos soles<sup>36</sup>, o alternativamente se pagarían pensiones que en promedio serían 32% superiores a las que actualmente paga el Sistema Público.

Como queda revelado del Informe Defensorial bajo comentario, lo ocurrido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es un efecto propio del paso de un sistema de transferencias intergeneracionales a un sistema en el que cada generación vela por sí misma; en ese tránsito, hay una generación que queda sin sustento, y eso causa el déficit del Sistema Público<sup>37</sup>.

Siendo ello así, la creación del Sistema Privado habría generado una *crisis estructural* en el Sistema Público pues el futuro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones estaría condicionado a la mayor o menor afiliación al alterno Sistema Privado, impidiendo siquiera el desarrollo de una libre competencia entre ambos, pues el éxito del Privado generaría el fracaso del Público o, mejor dicho, su inviabilidad financiera. Justamente el desarrollo del Sistema Privado llevó a que el Sistema Público dependiera críticamente del financiamiento complementario del Tesoro Público, lo cual explica la progresión en la participación porcentual del Estado en el pago de las pensiones en el Sistema Público, siendo ésta de un crecimiento sostenido<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> A cargo del Eco. Pedro Francke Balve, profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y uno de los consultores de la Defensoría del Pueblo en el desarrollo del estudio sobre cuyas bases se elaboró el Informe Defensorial N° 99.

<sup>36</sup> En el 2006, el Sistema Público recibía un subsidio del Tesoro Público de 2,020 millones de Nuevos Soles, pero al mismo tiempo el Sistema Privado con la cotización del 8% recibe 2,002 millones, que con una cotización de 13% se convertirían en 3,254 millones de nuevos soles. Por su parte el Sistema Privado pagó 769 millones de nuevos soles de beneficios. El cálculo no considera el costo administrativo, que es de cerca del 1%, tal como queda revelado en el Informe Defensorial N° 99 «*El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*», p. 11. Para el año 2009 el Gobierno Nacional ha proyectado un subsidio al Sistema Público ascendente a 4,751 millones de nuevos soles (Resolución Jefatural N° 252-2008-JEFATURA/ONP del 29 de diciembre de 2008).

<sup>37</sup> Informe Defensorial N° 99 «*El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*», p. 11.

<sup>38</sup> Resulta absolutamente gráfico apreciar que para poder pagar una pensión durante todo el tiempo que ésta deba otorgarse, el Estado asume el 58% del capital necesario en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones. Durante el año 2003, el Estado financió el 72% de las pensiones en este régimen (Fuente: MEF, ONP).

Además, a efectos de no ahondar aun mas el desequilibrio financiero del Sistema, el Estado ha optado por mantener bajas las pensiones y establecer topes pensionarios reducidos, lo cual ciertamente desincentiva la afiliación al Sistema Público y acentúa su desequilibrio presupuestal.

Lo anterior revela que al crearse el Sistema Privado no se ponderó suficientemente el efecto que acarrearía la implementación de una relación alternativa entre éste sistema y el Público; generándose en el decurso del tiempo una omisión o inacción culpable cuando el Estado permite que se acentúen los defectos técnicos advertidos en el Sistema Público, máxime sí, como entendemos haber acreditado, el Sistema Público al ser el único de Seguridad Social no puede ser anulad ni vaciado de contenido, tal como clara y expresamente lo señalara el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005.

En este sentido, no basta tener un ordenamiento normativo constitucional y legal que habilite la creación y desarrollo del Sistema Privado, sino que es necesario revisar las relaciones entre ambos sistemas y establecer mecanismos que permitan generar una visión integral de ambos sistemas.

La constatación de tal situación no debe llevarnos a proponer la eliminación del Sistema Privado –que en el tiempo transcurrido desde su implementación deben ponerse de manifiesto logros destacables y positivos para sus beneficiarios y el país en general<sup>39</sup>– sino mas bien buscar un modelo distinto a los actualmente vigentes que, armonizando la viabilidad jurídico constitucional del esquema que se proponga con sus fuentes de financiamiento, se constituya en una verdadera solución al actual desafío de la Seguridad Social en Pensiones: garantizar la subsistencia del sistema, con proyección al futuro y otorgando prestaciones suficientes.

## V. HACIA EL FUTURO DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

En la concreción del rol atribuido a los sistemas de protección social de los regímenes de Seguridad Social, se deben considerar principalmente una serie de

---

<sup>39</sup> No puede soslayarse que entre sus varias virtudes el Sistema Privado ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos previsionales como secularmente ha ocurrido en el alterno Sistema Público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de lobbies y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además, ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y favorecido la inversión privada. La Asociación de AFPs ha informado que a fines del mes de diciembre de 2008 el fondo del Sistema Privado alcanzaba los S/. 49,380 millones, cifra que equivale al 56.81% del ahorro interno total y al 13.24% del PBI (Fuente: Página web de la Asociación de AFPs: <http://www.asociacionafp.com.pe/> ).

factores que han sido determinantes para plantear la reforma del Sistema de Pensiones, como son: el factor demográfico<sup>40</sup>, el factor social, el factor administrativo, y el factor económico.

Sobre este último punto, debe apuntarse a un financiamiento garantizado. Los recursos del sistema deben estar no sólo garantizados en cuanto a que su destino es el previsional sino que debe garantizarse contar con estos recursos. La fuente puede ser el propio asegurado, el Estado, la rentabilidad obtenida de la administración de estos fondos, u otras fuentes, pero en modo alguno no puede aceptarse la idea de un sistema desfinanciado. Las alternativas a plantear deben tener presente que existiendo un objetivo central en la reforma previsional como es el otorgamiento de pensiones dignas, existen otros objetivos<sup>41</sup> que no deben ser dejados de lado.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada *cuestión pensionaria* demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cuál garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99.

---

<sup>40</sup> Los sistemas de Seguridad Social deben responder a nuevos problemas demográficos tales como el envejecimiento de la población y la evolución de las estructuras familiares que tienen importantes consecuencias para la financiación de la protección social. Uno de los problemas fundamentales es que la mitad de la población mundial está excluida de cualquier tipo de protección social; una sociedad que envejece no tiene por qué enfrentar una crisis, siempre y cuando pueda proporcionar trabajo a su población activa que envejece. En los países latinoamericanos se podría obtener un mayor provecho de sus circunstancias demográficas actuales si pudiera contar con flujos de capital estables de largo plazo de los países más avanzados en su transición demográfica, que a su vez se beneficiarían con mayores rendimientos para su capital. Gradualmente los países de América Latina pasarían a tener una estructura de edades y una acumulación de ahorros semejante a la que hoy tienen los países desarrollados. Para más información ver BID, *Desarrollo más allá de la economía*. Progreso Económico y Social en América Latina, Informe 2000, Washington D.C., p.112.

<sup>41</sup> Según el Informe del Banco Mundial, «*Manteniendo la Promesa de la Seguridad de la Pensión de Jubilación en Latinoamérica*», entre otros objetivos de la reforma destacan: la sostenibilidad fiscal (para reducir las deudas y fomentar el ahorro), desarrollo de capitales (para lograr la eficiencia en la movilización de los recursos y con ello el crecimiento económico), incremento del bienestar social (que se lograría con un sistema multipilar), siendo uno de los fines principales, el aumento de la cobertura cuyo incremento ha sido lento en algunos países. Para más información, ver: <http://www.worldbank.org/lacpensionsconf>



Obviamente ambos Sistemas serían reformados, incorporando las modificaciones necesarias<sup>42</sup>. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del Sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y el Privado no puede garantizarse.

Esta propuesta es compatible con el modelo constitucional en Seguridad Social en tanto que el Estado a través del Sistema Público, con los aportes de todos los trabajadores, garantizaría el otorgamiento de una pensión mínima, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado; configurándose un esquema mixto o multipilar, reconocido con posible por el artículo 11° de la Constitución de 1993.

El modelo propuesto considera un primer pilar público que se exteriorizaría a través del otorgamiento de una pensión mínima digna como concreción del principio de igualdad subyacente en todo Sistema de Seguridad Social, complementado por un pilar privado que permitiría una mejor tasa de reemplazo para los trabajadores de ingresos medios y altos.

Como podemos ver, el enfoque propuesto se orienta a mejorar los sistemas actuales de protección social en pensiones, la cuál puede ser vista como una pieza clave y de convivencia solidaria, garante de la «paz social» y generadora de compromisos que aúnan de forma solidaria a los miembros de cada generación y a los de las distintas generaciones<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Sería necesario que a partir de estas propuestas, se tomaran las siguientes iniciativas:

- Analizar la posibilidad de perfeccionamiento y consolidación del actual Sistema de Pensiones, de tal modo de hacerlo viable financieramente, a través de un Sistema Público de prestaciones económicas.
- Fomentar una revisión en clave restrictiva de la jubilación adelantada la cuál causa un claro perjuicio a la viabilidad del SNP.
- Perfeccionar el protagonismo del Estado a efectos de que analice de manera permanente las tendencias del sistema de pensiones y corrija las desviaciones que puedan producirse durante el funcionamiento del sistema.
- Incentivar la participación activa en el sistema pensionario de los aportantes y pensionistas.
- Otorgar información clara y detallada del sistema a todos los beneficiarios de éste.

<sup>43</sup> ALONSO OLEA, Manuel / TORTUERO PLAZA, José Luis, «Las Propuestas de Privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La Situación en España», en *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 90.