

¿EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES ES PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL? UN INTENTO DE ADECUACIÓN A SUS PRINCIPIOS BÁSICOS

César Abanto Revilla⁽¹⁾

I. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

Para iniciar este trabajo, resulta necesario dejar constancia que actualmente –y desde finales de 1992– coexisten en nuestro país dos regímenes de pensiones de manera paralela, el público y el privado.

El régimen público, que funciona bajo el modelo del sistema de reparto, está –a su vez– conformado por cuatro regímenes:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial,
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP),
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos⁽²⁾, y
- Decreto Legislativo N° 894, régimen de los servidores diplomáticos⁽³⁾.

(1) Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor del curso “Instituciones de la Seguridad Social” en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del curso “Derecho Previsional” en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres.

(2) Régimen cerrado de forma definitiva, a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389.

(3) Si bien este régimen especial fue cerrado por Ley N° 28091, publicada el 17 de octubre de 2003, el Decreto Supremo N° 065-2009-RE restituyó su vigencia.

El régimen privado, que funciona bajo el modelo de la capitalización individual, fue creado el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el sistema chileno de inicios de los ochenta, que trasladó la administración de los aportes y pensiones de los trabajadores a empresas privadas –denominadas AFP– que funcionan bajo la supervisión del Estado⁽⁴⁾.

En tal sentido, todo trabajador público o privado que inicie su actividad laboral, de manera dependiente o independiente⁽⁵⁾ deberá elegir⁽⁶⁾ entre el SNP o el SPP.

El SNP fue promulgado el 24 de abril de 1993 por el Decreto Ley N° 19990, con el fin de unificar en un solo régimen las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y los empleados, que entonces recibían un tratamiento legal diferenciado. En la actualidad, y desde el 1 de enero de 1995, dicho régimen es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal descentralizada del Sector Economía que ha reemplazado en dicha labor al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que durante muchos años fue considerado uno de los entes burocráticos más ineficientes a nivel nacional (incluso mundial)⁽⁷⁾.

El SPP está conformado por cuatro AFP (Hábitat, Integra, Prima y Profuturo), cuenta con unos 5'000,000 de afiliados y un fondo de más de S/. 100,000 millones. Su implementación fue muy cuestionada, al haber sido impuesta sin un mayor debate y omitir –desde su origen– elementos que eran básicos para su adecuado funcionamiento, como la pensión mínima, que fue recién incorporada hacia julio de 1995 (Ley N° 26504), pero cuyo desarrollo operativo se dio en enero de 2002 (Ley N° 27617), casi una década después de su creación. Esta situación ha originado una serie de reclamos, sobre todo de aquellos que fueron afiliados sin una correcta información

(4) En el Perú, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), entidad que a partir del 25 de julio de 2000 asumió las funciones de la extinta Superintendencia de AFP (SAFP), por mandato de la Ley N° 27328.

(5) La afiliación del trabajador independiente a un régimen de pensiones (SNP o SPP) es voluntaria, al haber sido derogada la obligatoriedad prevista por la Ley N° 29903.

(6) De acuerdo al procedimiento previsto por la Ley N° 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada, publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibe un Boletín Informativo sobre las características del sistema pensionario, y a partir de su entrega tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión dentro de dicho plazo, será afiliado al SPP.

(7) Para el periodo 1981-1988, el IPSS fue considerada la entidad pública previsional que registró la menor rentabilidad en el mundo (-37.4 %), como consta en el Gráfico 3.7 de la p. 110 del informe del Banco Mundial de 1994.

acerca de las ventajas del régimen, razón por la cual desde finales de los noventa un grupo de asegurados ha pugnado por su retorno al SNP, habiéndose emitido en marzo de 2007 una norma que regula expresamente las causales en mérito a las cuales se puede gestionar la desafiliación de una AFP.

II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PREVISIONAL O PENSIONARIO

La seguridad social se manifiesta a través de diversas prestaciones (sanitarias, pensiones, subsidios, etc.), sin embargo, en la medida en que desde hace unos treinta años asistimos a una evolución acelerada y diferenciada de las normas, los principios y la doctrina relativa al campo pensionario, podemos afirmar que durante dicho periodo –y hasta la actualidad– se ha ido gestando su autonomía científica.

Esta independencia o separación fáctica y teórica de la seguridad social, como conjunto, se debe a la relevancia que en las últimas décadas ha adquirido la administración y tutela de los fondos pensionarios, al constituir la garantía de su financiamiento en el tiempo, lo cual ha determinado la elaboración de diversas propuestas para reformar el tradicional modelo de reparto, variando sus parámetros con miras a una gestión eficiente.

La suma de una serie de factores paralelos de diversa índole –a nivel mundial–, como la longevidad, la reducción de la tasa de natalidad, el aumento de la informalidad laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, o la jubilación de los *baby boomers*⁽⁸⁾, ha originado un desfase financiero en los sistemas de reparto, sustentados en los aportes de los trabajadores en actividad, tanto por su reducción cuantitativa, como por el hecho que ahora carecen de una protección formal, en situaciones como la informalidad, lo que origina una disminución de los beneficiarios de la seguridad social.

En este escenario, fue Chile el primer país que se arriesgó en 1980, mediante el Decreto Ley N° 3,500, a implementar –dentro de un proceso de reforma integral de su economía– un modelo en el cual las pensiones de la seguridad social fueran administradas por la empresa privada a través de

(8) Como suele denominarse a quienes nacieron durante la etapa de incremento de la tasa de natalidad en Norteamérica, posterior a la Segunda Guerra Mundial (1946 a 1950), que hacia la primera década del nuevo siglo están alcanzando masivamente la edad de jubilación: en promedio, 60 a 65 años.

cuentas de capitalización individual, relegando al Estado a una función de supervisión y atención de determinados beneficios complementarios.

La idea que se postulaba era que, a diferencia del fondo común característico del sistema de reparto, cada asegurado tendría una cuenta que sería administrada por una empresa privada, la cual invertiría sus fondos en el mercado financiero y bursátil, tanto interno como externo, procurando una mayor rentabilidad a la obtenida por la gestión estatal, lo que generaría no solo una mayor pensión, sino la reactivación de la economía del país.

Lamentablemente, el tiempo y las crisis financieras internacionales nos han demostrado que condicionar la rentabilidad de las pensiones del SPP al resultado de las inversiones puede generar considerables pérdidas económicas a los asegurados, lo cual ha llevado que, en el 2008, Chile haya reestructurado su modelo (Ley N° 20,255), tomando como base el sistema multiplilar propuesto por el Banco Mundial⁽⁹⁾.

Dejando a un lado, por el momento, nuestra apreciación sobre el destino del modelo de capitalización, queda claro que el desarrollo del tema pensionario ha adquirido, tanto en el nivel normativo como teórico, una autonomía e independencia particular, con relación al estudio de la seguridad social, lo que justifica el análisis de su problemática de forma diferenciada a través del denominado Derecho Previsional o Pensionario.

III. ANÁLISIS DE LA “PENSIÓN”: CONCEPTO, CONTENIDO ESENCIAL Y CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

1. Hacia una definición del concepto “pensión”

A diferencia del concepto “seguridad social”, que admite una variedad de definiciones, difícilmente encontraremos un autor que explique el concepto “pensión”⁽¹⁰⁾, o precise los elementos que la conforman, pues la mayoría

(9) BANCO MUNDIAL. “Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento” (1994). Este modelo fue reformulado en el 2001 y 2005.

(10) Desde una perspectiva económica, Valdés la define como “un monto relativamente constante de dinero pagado periódicamente (mensualmente), que se inicia cuando el causante tiene una edad relativamente avanzada o cuando queda inválido o muere, y continúa hasta la muerte del causante y sus beneficiarios”. VALDÉS PRIETO, Salvador. “Políticas y mercados de pensiones”, p. 24.

tan solo se limita al estudio individualizado de sus modalidades: cesantía, jubilación, invalidez, etc.

Para quien suscribe, la pensión es –independientemente de la contingencia que la origine (enfermedad, accidente, vejez, muerte, etc.)– una suma dineraria, generalmente vitalicia⁽¹¹⁾, que sustituirá los ingresos percibidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o transitoria⁽¹²⁾, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que esta cumpla todos los requisitos previstos legalmente.

En la medida en que no existe una fórmula única o perfecta que resulte aplicable a todos los ordenamientos legales del mundo, los aspectos relativos a la regulación específica de los requisitos y particularidades de las pensiones deben ser evaluados tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país.

Finalmente, en la medida en que a partir de un fallo del Tribunal Constitucional, emitido al resolverse el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra las leyes que aprobaron la reforma constitucional previsional del 2004 (Exp. N° 00050-2004-AI/TC)⁽¹³⁾, se han determinado los elementos que conforman tanto el contenido esencial del derecho a la pensión y, posteriormente, su contenido constitucionalmente protegido, será necesario dar una mirada a ambos conceptos para verificar su relación con el SPP.

2. El contenido esencial del derecho a pensión⁽¹⁴⁾

Se acepta en la doctrina constitucional que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo tanto, pueden estar sujetos a límites legales, sin embargo, la facultad del legislador de restringir estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado “contenido esencial”.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, alude a la limitación que tendrá el legislador ordinario –incluso el constituyente–, al elaborar normas referidas a derechos fundamentales, de no poder afectar el

(11) Existen supuestos en que la pensión tiene carácter temporal, como la cesantía por disponibilidad, prevista por el Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial.

(12) Por ejemplo, la caducidad de la pensión de invalidez, por recuperar la capacidad física o mental, regulado por el literal a del artículo 33 del Decreto Ley N° 19990.

(13) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de junio de 2005.

(14) Ídem

núcleo de los elementos mínimos que identifican a un derecho, sin los cuales perdería su identidad.

El contenido esencial de cada derecho fundamental deberá ser determinado –caso por caso– por el Tribunal Constitucional. Dicha labor conllevará a un análisis de su origen y sustento constitucional, como de su desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial, a lo largo del tiempo.

Si bien en el Perú la Constitución de 1993 no hace referencia expresa a la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha recurrido a dicha técnica –en algunas ocasiones– para evaluar la constitucionalidad de determinadas leyes, como se aprecia en el fundamento 11 del fallo recaído en el Exp. N° 01593-2003-HC/TC⁽¹⁵⁾, en el cual se declaró textualmente lo siguiente:

11. (...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa (...).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido esencial de algunos derechos fundamentales⁽¹⁶⁾ y, en el caso de la pensión, en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el citado Exp. N° 00050-2004-AI/TC ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos, a saber:

- El derecho de acceso a una pensión
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- El derecho a una pensión mínima vital

(15) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero de 2004.

(16) Por ejemplo: Exp. N° 01124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por la Federación y el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A., al determinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical; Exp. N° 00010-2001-AI/TC, acción de inconstitucionalidad formulada por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 290 de la Municipalidad de Lima, para evaluar al derecho a la pluralidad de instancia como un elemento del contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo; Exp. N° 00004-2004-AI/TC (acumulados), acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco y otros contra los Decretos Legislativos N° 939, N° 947 y la Ley N° 28194, para establecer los componentes del contenido esencial del derecho a la libertad contractual y descartar el derecho al secreto bancario como parte integrante del contenido esencial del derecho a la intimidad personal; entre otros casos.

Estos tres elementos constituyen el “núcleo duro” del derecho fundamental a la pensión, por lo tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su correcto ejercicio.

Cabe precisar que en los fundamentos 107 y 108 del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de otros elementos que también formarían parte del derecho a la pensión, agrupándolos de manera complementaria en: no esenciales (reajustes y topes) y adicionales (pensiones de sobrevivientes). Estos sí podrán ser revisados y regulados por el legislador para su libre configuración normativa.

3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión

Los derechos fundamentales requieren de un instrumento que les brinde tutela ante una vulneración o amenaza inminente de agresión, por ello, el Derecho Constitucional prevé la jurisdicción constitucional: procesos judiciales ad hoc mediante los cuales, a través de pretensiones diferenciadas según el derecho protegido, podrá recurrirse al Poder Judicial para reclamar frente a un derecho afectado: acción de amparo, hábeas corpus, etc.

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental está constituido por los supuestos que –al derivarse de su contenido esencial– merecen ser tutelados en la sede judicial a través del proceso de amparo constitucional.

Con esto, se busca restringir el acceso a la vía del amparo constitucional, reservándola solo para aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, mas no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por más que estén relacionado al derecho en cuestión, deban ser reclamadas en sede judicial ordinaria (civil, penal, laboral, etc.), al no derivar directamente del contenido esencial.

En el fallo recaído en el Exp. N° 01417–2005–PA/TC⁽¹⁷⁾, el Tribunal Constitucional –tomando como referente los elementos que conforman su contenido esencial– definió el contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión, al precisar (fundamento 37) los reclamos que podrían ser planteados a través del proceso de amparo:

(17) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005. Proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

- a) Los supuestos en que, habiendo la persona cumplido los requisitos legales para iniciar el periodo de aportes al SNP, se deniegue el acceso a la seguridad social.
- b) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de cesantía, jubilación o invalidez, pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad, años de aportación, etc.).
- c) Los supuestos en que la pretensión esté relacionada con el monto específico de la pensión, del sistema previsional público o privado, cuando esté comprometido el derecho al mínimo vital⁽¹⁸⁾.
- d) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendiente), pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla.
- e) Los supuestos en que se afecte el derecho a la igualdad, cuando ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas, se brinde un tratamiento disímil –en el libre acceso a prestaciones pensionarias– a personas que se encuentren en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Los reclamos pensionarios que no estén relacionados con dichos supuestos tendrán que ser formulados en la vía judicial ordinaria.

Este fallo redujo la cantidad de demandas en materia pensionaria, interpuestas en la vía del amparo, pero no los reclamos judiciales en sí, que representan la principal carga del Poder Judicial⁽¹⁹⁾, ahora formulados masivamente en la vía contencioso-administrativa.

(18) Tomando como referente objetivo el monto más alto de la pensión mínima (S/. 415.00), fijado por la Ley N° 27617, podrán acudir a la vía judicial del amparo constitucional aquellas personas cuya pensión sea menor a dicho monto. Quienes perciban un monto igual o mayor deberán recurrir a la vía judicial ordinaria, a menos que, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su solución en vía constitucional para evitar consecuencias irreparables, por ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud. En esta excepción se incluyó posteriormente a las personas de edad avanzada: 80 años o más.

(19) Cerca del 60 %, según las Memorias Institucionales del 2011 y 2012. Cabe recordar que con la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506) la mayoría de litigantes recurrían al Poder Judicial a través de procesos constitucionales, por celeridad y restringido cotejo probatorio, pese a que debían formular sus reclamos en las vías ordinarias. La causal de improcedencia

IV. UN INTENTO DE ADECUACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES A LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. El desarrollo teórico de la discusión

Desde que fuera aplicado como un sistema de pensiones obligatorio en Chile, se ha debatido teóricamente si el SPP forma –o no– parte de la seguridad social.

La mayoría de autores considera, en términos que compartimos, que al carecer de solidaridad intrínseca, es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, más no un régimen previsional, en estricto.

Revisemos algunas opiniones al respecto, a fin de evaluar la posibilidad de encontrar un punto medio en esta discusión.

Pestieau⁽²⁰⁾ reconoce que las reformas pensionarias con cierto grado de capitalización son indispensables, aunque representen una más grande toma de riesgos y un costo para algunos, por lo tanto, al no existir unanimidad de la sociedad (personas con ingresos bajos, medios y altos), debería formar parte del pilar complementario, pues algunos no quieren que esté presente la menor incertidumbre bursátil vinculada a la garantía de una pensión decente, independiente de los riesgos financieros.

Dicho autor sostiene que las personas con ingresos bajos se han beneficiado con la distribución –inter e intrageneracional– de los modelos de reparto, en detrimento de los grandes aportantes, pero que en la actualidad existe un enfoque más individualista de la jubilación, que es incompatible con la regla de perecuación (reparto igualitario). Si bien una unidad monetaria sustraída a la deuda pública y añadida a los derechos pensionarios tendría un efecto neutro, lo cierto es que no se puede pasar a la capitalización sin que el Estado tenga que financiar –en todo o parte– las prestaciones de dicha transición⁽²¹⁾.

del inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) pretende reducir este fenómeno (amparización), para lo cual requiere que el Tribunal Constitucional delimite el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental.

(20) PESTIEAU, Pierre. “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”, pp. 128-129.

(21) *Ibidem*, pp. 121-122.

Gruat⁽²²⁾ precisa que en los procesos de reforma de pensiones –como el SPP– se deben de aplicar los principios de la seguridad social aceptados internacionalmente, pues por más que se invoquen problemas estructurales vinculados a factores internos y externos, debe tenerse en cuenta que el objetivo central de cualquier cambio tiene que ser el procurar una pensión mayor y mejor para los trabajadores, lo que no está reñido con la búsqueda de fuentes de financiamiento sostenible o una adecuada gestión de los sistemas, por lo tanto, la normativa vinculada a la reforma debe contrastarse con las reglas aprobadas por el Convenio N° 102 de la OIT y los demás instrumentos internacionales que fijan los valores superiores del Derecho social.

En sede nacional, Pasco⁽²³⁾ señala que la seguridad social se basa –naturalmente– en sus principios, que al ser confrontados con el SPP nos muestran no solo un desajuste, sino una total contradicción, pues los regímenes privados no conllevan a la universalidad, a pesar de que la misma no les resulte ajena o incompatible, al orientarse la captación de sus afiliados a los sectores privilegiados, aunque sin llegar a la marginación –prohibida por ley–, sin embargo, es en la solidaridad donde se encuentra el criterio diferenciador, por excelencia, pues mientras la seguridad social procura repartir los ingresos de forma justa, equilibrando las diferencias en busca del bienestar colectivo, el SPP se sustenta en la individualidad, segregando toda transferencia interna de recursos y condicionando el monto de las prestaciones a la medida exacta de los aportes personales.

En tal sentido, concluye que –desde el punto de vista principista– el SPP no sería parte de la seguridad social, sin embargo, añade que no atribuirle la condición de instrumento o modalidad de dicha ciencia, es apenas una constatación, mas no un juicio de valor, pues no se puede desdeñar que el SPP redujo algunos factores que influyeron en el fracaso de los sistemas de reparto. Constituiría, por lo tanto, un mecanismo distinto y paralelo, basado en criterios, principios y métodos diferentes para enfrentar el riesgo social, no desde una perspectiva solidaria y redistributiva, sino en función exclusiva del esfuerzo y el aporte personal e individualizado.

(22) GRUAT, Jean-Victor. “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”, pp. 25-27.

(23) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?”, pp. 177-179.

Para Gonzáles⁽²⁴⁾, el SPP no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social, pues su concepción y desarrollo se encuentra en las antípodas de las bases que la sustentan, por lo tanto, al carecer de su rasgo más distintivo –la solidaridad–, no es más que una expresión lograda de un modelo de aseguramiento social. Precisa, dicho autor, que si bien ello no lo descalifica como un mecanismo previsional, es una precisión doctrinal que es fundamental al analizar nuestro sistema pensionario.

Desde su perspectiva⁽²⁵⁾, ni siquiera la existencia de una pensión mínima en el SPP, que es pagada con un bono de reconocimiento (BRPM) financiado por el Tesoro Público, puede llevar a sostener válidamente que dicho sistema sea parte de la seguridad social, pues este beneficio solo demuestra la solidaridad de todos los peruanos con dicho régimen, mas no una solidaridad intrínseca de sus propios participantes (afiliados).

El SPP fue concebido como una alternativa que otorgó al Estado un importante alivio económico, en el tiempo, pues ya no tuvo que afrontar la pesada carga (financiera) que representaba atender el pago de las pensiones de un importante contingente de personas, que pasaron del SNP al régimen privado, traspaso que contó con un claro respaldo estatal. En su opinión, la introducción del SPP constituyó la debilitación del derecho a la seguridad social brindada por el Estado⁽²⁶⁾.

En esa misma línea, Vidal y Sánchez⁽²⁷⁾ reconocen que en la Constitución no se regula expresamente un mecanismo determinado de financiamiento de la seguridad social, sin embargo, al precisar la Cuarta Disposición Final y Transitoria que las normas relativas a los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, debemos respetar los criterios fijados por el Convenio N° 102 de la OIT (Normas Mínimas de la Seguridad Social, 1952), en el cual se dispone que la administración debe ser colectiva y con una finalidad redistributiva, lo cual no es cumplido por el SPP.

Añaden dichos autores, que las medidas implementadas posteriormente por el Estado, para paliar las debilidades del SPP, son parciales y no

(24) GONZÁLES HUNT, César. “El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp.15–16.

(25) *Ibidem*, p. 93 (Infra 88).

(26) *Ibidem*, p. 32.

(27) VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”, pp. 970-971.

configuran un contenido solidario institucional que permita calificarlo como un mecanismo de seguridad social.

Por su parte, Cruz Saco⁽²⁸⁾ considera que en el SPP no existe el concepto de solidaridad o redistribución. Las CIC eliminan la redistribución intergeneracional, al no estar reguladas comisiones para extender la cobertura a los grupos de menores ingresos.

La desconfianza y el excesivo costo motivan –en su opinión– que un grupo considerable de trabajadores no se afilie al SPP o procuren evadir la obligatoriedad. Incluso aquellos con altos ingresos prefieren redefinir su categoría laboral para no ser parte del sistema, optando por ahorrar, invertir o adquirir seguros de vida u otros productos previsionales con beneficios y precios más competitivos, incluso del extranjero.

Nuestra apreciación, coincidente con la de estos autores, es que existe una contradicción manifiesta al principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada a través del otorgamiento de beneficios como la pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, al ser prestaciones que el Estado tendrá que asumir –parcial o totalmente– con cargo al Tesoro Público, no mediante mecanismos de solidaridad intrínseca, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP.

No existe solidaridad indirecta o implícita en un régimen carente de redistribución.

Esta conclusión, sin embargo, no implica sustraer totalmente al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues –en un sentido amplio– es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser instaurado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito que sería denominado “cuasi previsional”.

Cabe mencionar que en algunos países de Europa –Suecia, Italia, Letonia, Polonia, entre otros– se viene utilizando desde mediados de los noventa un mecanismo alterno al reparto (SNP) y la capitalización individual (SPP),

(28) CRUZ SACO OYAGUE, María. “¿Capitalización para quién? La industria de las AFP”, p. 46.

que es conocido como el sistema de contribución definida nocional o no financiera, que constituye una suerte de aplicación conjunta de ambos modelos, bajo un esquema de actualización actuarial, en el que los ingresos de los trabajadores son registrados –durante toda su vida laboral– en una cuenta individual, sujetos a una tasa fija, a la cual se aplica un tasa interna de retorno.

El fondo de pensiones no es invertido en instrumentos financieros –como en el SPP– y se le aplican reglas y características de recambio generacional similares a las del sistema de reparto tradicional (*pay as you go*)⁽²⁹⁾.

Consideramos que dicho modelo no podría ser implementado en nuestra realidad, sin las adecuaciones legislativas de control correspondientes, pues –al ser administrado por el Estado– podría tener el mismo destino que el SNP; además, las variables que afectaron a los sistemas de reparto en Europa –principalmente demográficas–, no aplican en el caso peruano, en que los factores negativos principales están relacionados a la informalidad del mercado laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, entre otros.

2. El desarrollo jurisprudencial de la discusión

Podemos afirmar que en las últimas dos décadas la jurisprudencia ha jugado un papel de suma importancia en el tema pensionario, al punto que se han dictado normas legales que en forma expresa han asumido los criterios fijados por el Tribunal Constitucional, como se aprecia de las Leyes N° 27561, N° 28407 y N° 29711, o el Decreto Supremo N° 150-2008-EF. Los precedentes vinculantes han originado cambios de criterio –de larga data– en la interpretación y aplicación de figuras previsionales de los diversos regímenes.

En el sistema de Derecho romano-germánico, al cual pertenece el Derecho peruano, la ley es la fuente principal del Derecho. La jurisprudencia, entendida como la decisión del más alto tribunal del país que al resolver en instancia final un caso concreto establece un principio o doctrina, complementa al ordenamiento jurídico, por lo tanto, sería una fuente indirecta del Derecho, sin embargo, en materia previsional es hoy una fuente principal.

Para determinar la existencia de un precedente jurisprudencial vinculante nos debemos referir al artículo 400 del Código Procesal Civil o al

(29) PALMER, Edward. “¿Qué es el sistema de contribución definida nocional?”, pp. 21–23. Dicho autor considera que este modelo tiene como origen el trabajo de James Buchanan titulado “Social insurance in a growing economy: A proposal for radical reform” (1968).

artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), norma esta última que el Tribunal Constitucional ha utilizado los últimos años para emitir sentencias normativas en las que se han delimitado algunos principios fundamentales relacionados al SNP y el SPP.

En cuanto a la discusión que nos convoca, respecto a definir si el SPP es parte –o no– de la seguridad social, inicialmente el Tribunal Constitucional se manifestó expresamente en contra de dicha posibilidad, en el fundamento 140 del fallo recaído en el Exp. N° 00050-2004-AI/TC, al calificar a dicho régimen como un “seguro privado”, como se aprecia de la transcripción literal del referido considerando:

140. (...)

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, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

Esta postura negativa, sin embargo, fue variada dos años después, cuando en el fallo del Exp. N° 01776-2004-AA/TC⁽³⁰⁾, sobre desafiliación del SPP por causales, precisó que, a pesar de ser administrado por empresas privadas, el nuevo régimen formaba parte del sistema pensionario, analizando el caso específico a partir del supuesto previsto por el literal a del fundamento 37 del Exp. N° 01417-2005-PA/TC, a pesar de que estaba referido a los aportes del SNP, sin hacer mención alguna al SPP. Veamos lo expuesto:

6. Ahora bien, a entender del TC, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea para resolver el caso de autos, dado que en él se debe analizar la existencia de un derecho fundamental como es el libre acceso a las prestaciones de pensiones, y, determinar si este fue vulnerado por las instituciones demandadas bajo el amparo de la legislación correspondiente. (...)

(30) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007. Proceso de amparo seguido por Victor Morales Medina contra la SBS y AFP Unión Vida.

20.

b. (...)

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. (...) Importa señalar que aun cuando la administración y las prestaciones de pensiones están en manos de agentes distintos del Estado, no por ese hecho este último deja de tener la condición de sujeto pasivo del derecho a la pensión y, en ese sentido, carece de obligaciones para con él. (...)

21. *Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la drittwirkung –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. Por tal razón, se señaló en el fundamento 69 la sentencia recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros que el artículo 11 de la Constitución reconoce sistemas diferenciados, pero es en el SPP cuando es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna), convirtiéndose este en parte de los desafíos de las políticas gubernamentales. Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no solo debe promoverlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.*

Este nuevo punto de vista, a favor de considerar al SPP dentro del sistema pensionario y de la seguridad social, fue ratificado dos años más tarde, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2007-AI/TC⁽³¹⁾, proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N° 28991, en cuyos fundamentos 36 y 39 se indica expresamente que el SPP –a pesar de la capitalización

(31) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2009.

individual– es un sistema de seguridad social al cual le resulta aplicable el principio de solidaridad. Si bien esta afirmación se realiza para justificar el riesgo compartido por las pérdidas derivadas de las inversiones de las AFP, con ocasión de la crisis financiera internacional de 2008, lo relevante es la precisión en el sentido de pertenencia del SPP dentro del ámbito de la seguridad social. Veamos lo expuesto:

§7. Deber constitucional de las AFP de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

36. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, existen motivos de relevancia constitucional por los que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente necesario que el legislador y los organismos competentes como la SBS, modifiquen sensiblemente el tratamiento normativo de las referidas comisiones. (...)

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que en un SPPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento.

39. (...) en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFP, representado por el cobro de las comisiones de administración.

Como se aprecia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –con relación a este tema– ha sido cambiante, pues luego de rechazar en un inicio al SPP como parte integrante de la seguridad social, varió su criterio, a efectos de habilitar su pronunciamiento respecto a la desafiliación de las AFP, postura ratificada finalmente en el 2009.

Ello demuestra la ausencia de una tendencia uniforme y un riesgo jurídico latente, pues el solo cambio de los magistrados de dicho tribunal conlleva la posibilidad que criterios relevantes en materia pensionaria sean modificados radicalmente, lo que representa una obvia preocupación respecto al destino final del sistema previsional en general, pues una premisa esencial

para su correcto funcionamiento radica en la estabilidad de sus reglas y el respeto de sus parámetros teóricos en el tiempo.

V. CONCLUSIONES

1. Desde que fuera aplicado como un sistema de pensiones obligatorio en Chile, se ha debatido teóricamente si el SPP forma –o no– parte de la seguridad social.
2. La mayoría de autores considera que al carecer de solidaridad intrínseca el SPP es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, más no un régimen previsional, en estricto.
3. En cuanto a esta discusión, inicialmente el Tribunal Constitucional se manifestó expresamente en contra de dicha posibilidad en el fundamento 140 del fallo recaído en el Exp. N° 00050-2004-AI/TC, al calificar a dicho régimen como un “seguro privado”.
4. Esta postura negativa fue variada dos años después, cuando en el fallo del Exp. N° 01776-2004-AA/TC, sobre desafiliación del SPP por causales, precisó que, pese a ser administrado por empresas privadas, el nuevo régimen formaba parte del sistema pensionario (fundamentos 6, 20 y 21).
5. Este nuevo punto de vista, a favor de considerar al SPP dentro del sistema pensionario y de la seguridad social, fue ratificado dos años más tarde, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2007-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N° 28991, en cuyos fundamentos 36 y 39 se indica expresamente que el SPP –a pesar de la capitalización individual– es un sistema de seguridad social al cual le resulta aplicable el principio de solidaridad.
6. Nuestra opinión, es que existe una contradicción manifiesta al principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada a través del otorgamiento de beneficios como la

pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, al ser prestaciones que el Estado tendrá que asumir –parcial o totalmente– con cargo al Tesoro Público, no mediante mecanismos de solidaridad intrínseca, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP.

7. Esta conclusión, sin embargo, no implica sustraer totalmente al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues –en un sentido amplio– es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser instaurado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito que podría ser denominado “cuasi previsional”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO REVILLA, César. “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión”. En: *Laborem*. N° 6, Revista de la SPDTSS, Lima, 2006.

ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Gaceta Jurídica Lima, 2013.

BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press, Washington, 1994.

CRUZ SACO OYAGUE, María. “¿Capitalización para quién?: La industria de las AFP”. En: *Apuntes*. N° 45, Revista del Centro de Investigación (Universidad del Pacífico), Lima, 1999.

GONZÁLES HUNT, César. *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. ARA Editores, Lima, 2013.

GRUAT, Jean-Victor. “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”. En: VV.AA. *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*. 2ª ed., OIT, Lima, 1999.

PALMER, Edward. “¿Qué es el sistema de contribución definida nacional?”. En: VV.AA. *Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto*. Cepal, Bogotá, 2008.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?”. En: VV.AA. *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. OISS, Madrid, 1998.

PESTIEAU, Pierre. “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”. En: *Economía*. N° 42, Revista del Departamento de Economía (PUCP), Lima, diciembre de 1998.

VALDÉS PRIETO, Salvador. *Políticas y mercados de pensiones*. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002,.

VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS, Arequipa, 2006.