

# LA CRISIS DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES ADMINISTRADOS POR EL ESTADO Y EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

CÉSAR ABANTO REVILLA\*

*“Debemos, por tanto, abandonar el equivoco sentimiento mercantil que nos invade (la Seguridad Social tiene que devolverme lo que he pagado) y recuperar el sentido colectivo y solidario (estoy protegido porque los demás me protegen), que es el eje del Sistema”*

Manuel Alonso Olea y otro

## **Sumario:**

Introducción I. El Sistema de Pensiones en el Perú. 1. Los regímenes administrados por el Estado. 2. El Sistema Privado de Pensiones. II. La crisis del Sistema Nacional de Pensiones. 1. Antecedentes: el origen de la crisis. 2. Planteamientos de reforma del SNP. 2.1 Suprimir la pensión de jubilación adelantada 2.2 Establecer una pensión máxima (tope) única 2.3 Reducción del margen de morosidad III. La crisis del Decreto Ley N° 20530 1. Antecedentes: el origen de la crisis 2. Proyecto de reforma constitucional. IV. El futuro de la seguridad social en el Perú

## INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un mecanismo de protección del ser humano ante las contingencias que se producen durante su vida y que generan una disminución en su capaci-

---

(\*) Catedrático de Derecho de la Seguridad Social. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

dad laboral (accidentes, enfermedades, vejez, etc.), que tiene por finalidad elevar o - cuando menos- mantener su nivel económico social a partir de la redistribución de la renta.

Para cumplir tal objetivo se manifiesta a través de dos prestaciones: de **salud** (atención médica o económica -a través de los subsidios- de las contingencias físicas o mentales transitorias de los asegurados, pensionistas y sus familiares) y **pensiones** (pago de una suma de dinero periódica que se otorgará luego del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley, mismos que varían de acuerdo al tipo de pensión: jubilación, cesantía, invalidez, sobrevivientes, etc.).

En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de las pensiones, por lo que resulta necesario recordar que para el Estado la seguridad social es una política<sup>1</sup> y, como tal, dependerá de la tendencia del gobierno de cada país (en determinado momento histórico) establecer el modelo de la seguridad social en pensiones (Sistema Previsional o de Pensiones) que aplicará, esto es: si será un régimen basado en un único pilar<sup>2</sup> público; uno en el cual concurren un pilar público con uno privado; uno con un único pilar privado; etc.

En el Perú existe en la actualidad un sistema de pensiones en el que coexisten un pilar público y uno privado, el mismo que tiene como basamento el artículo 11<sup>o3</sup> de la Constitución Política de 1993 (cabe precisar que el cuarto párrafo del artículo 14<sup>o</sup> de la Constitución Política de 1979 contemplaba la participación del sector privado en las pensiones, siempre que las prestaciones que se otorgase fueran mejores o adicionales, y que existiera consentimiento del asegurado).

El régimen público de pensiones peruano (cuyo origen se remonta a inicios del siglo XIX) se encuentra en un estado de crisis crónica que data de la década de los setenta y alcanzó su punto crítico a fines de los noventa, producto de una administración deficiente -por decir lo menos- de su principal órgano de gestión (Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS), la utilización para fines ajenos a lo pensionario de sus fondos y la creciente morosidad de los empleadores (encabezados por el Estado) en el pago de las aportaciones correspondientes; a ello, se sumó la pérdida del valor real de las cotizaciones efectuadas por los asegurados (principalmente del Decreto Ley N° 19990) como consecuencia de la hiperinflación de los ochenta y los cambios sucesivos de moneda, lo

- 
- 1) Como correctamente señala Carlos Martí Buffil (citado por: FAJARDO CRIBILLERO, Martín. " *Teoría General de Seguridad Social* ". Lima, Ediciones Luis Alfredo, página 19), cuando alguien se refiere a la seguridad social generalmente lo hace desde un ángulo concreto: para el hombre común es un derecho, para la Ciencia Jurídica una disciplina, para la Administración un servicio público, para la Filosofía es expresión de justicia, etc.
  - 2) Con relación al análisis de los sistemas de pilares públicos y privados en pensiones se recomienda la lectura del informe elaborado por el Banco Mundial en el año 1994, que se publicó bajo el nombre de: " *Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del empleo* " (Washington D.C., Octubre 1994).
  - 3) *Artículo 11°*.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

cual ha originado montos diminutos de pensiones y -con ello- el malestar social.

En este escenario, analizaremos los factores principales que ocasionaron la crisis (y el fracaso) de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y los cambios estructurales que -consideramos- se deberían efectuar con el fin de detener el colapso del Tesoro Público, planteando a partir de tal reforma un panorama del futuro de la seguridad social en pensiones en el Perú.

## I. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

### ***1. Los regímenes administrados por el Estado***

Con relación a las pensiones públicas debemos distinguir entre los regímenes que son administrados por el Estado (como el caso del Sistema Nacional de Pensiones, que comprende al Decreto Ley N° 19990 y a los regímenes especiales de los trabajadores mineros, de construcción civil, amas de casa, etc.) y los que corresponden a los funcionarios y servidores públicos<sup>4</sup> (Decreto Ley N° 20530) y a los miembros de las fuerzas armadas y policiales (Decreto Ley N° 19846: Caja de Pensiones Militar Policial).

Primero, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) del Decreto Ley N° 19990 que es administrado por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, entidad pública descentralizada del Sector Economía creada por el Decreto Ley N° 25967 (modificado por la Ley N° 26323), que actualmente cuenta con 401,801 pensionistas<sup>5</sup>, grupo que está conformado por los trabajadores independientes (asegurados facultativos), los dependientes (particulares y estatales) y aquellos incluidos por norma expresa (como las amas de casa: Ley N° 24705).

En segundo lugar, el régimen de pensiones de los funcionarios y servidores públicos del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530 (26 de Febrero de 1974), cuya calificación y reconocimiento de derechos pensionarios está en la actualidad a cargo de las entidades en las cuales laboró el funcionario o servidor, bajo las pautas y fiscalización posterior del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27719<sup>6</sup>.

Este régimen, que cuenta en la actualidad con más de 295,000 pensionistas, generó sólo en el año 2003 un gasto aproximado a los S/. 4,500 millones de nuevos soles, lo

4) Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de Octubre del 2003) los servidores diplomáticos contaban con un régimen especial de pensiones establecido por el Decreto Legislativo N° 894 y las normas que lo antecedieron (Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), el mismo que ha quedado derogado para los nuevos servidores.

5) Información a Julio del 2004 (Fuente: Oficina de Normalización Previsional - ONP).

6) Publicada en el diario El Peruano el 12 de Mayo del 2002. Esta norma fue dictada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 26835 (Expediente N° 001-98-1/TC) fallo por el cual se eliminó la competencia exclusiva de la ONP para calificar derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530. Con relación a esta sentencia ver: ROUILLON GALLANGOS, Carlos y otro. "Efectos de la sentencia del TC sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 26835". En: diario El Peruano, 20 de Setiembre del 2001, página 28.

cual ha obligado al Poder Ejecutivo a presentar al Congreso de la República un Proyecto de Reforma Constitucional que le permita fijar límites a las altas pensiones que se abona, principalmente por el efecto espejo de la nivelación<sup>7</sup>, que otorga a los pensionistas con más de 20 años de servicio el derecho a percibir una pensión en un monto igual al haber del servidor o del funcionario que ocupe el mismo cargo ejercido por aquellos al cese.

Finalmente, el régimen de pensiones de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, que se encuentra a cargo de la Caja de Pensiones Militar Policial, creada por el Decreto Ley N° 21021 (7° de Diciembre de 1977). Este régimen, regulado por el Decreto Ley N° 19846, cuenta con más de 11,000 pensionistas y, según los cálculos efectuados por su propia administración, en el año 2006 el ingreso por los aportes será inferior al egreso por pago de pensiones, por lo que el Estado debería establecer las alternativas de solución al ser su principal acreedor (como empleador).

Como veremos en los puntos siguientes, estos regímenes pensionarios están en un punto crítico que hace inviable su sostenimiento financiero futuro, por lo que resulta indispensable proceder a su reestructuración a corto plazo, con el fin de garantizar una pensión digna a sus beneficiarios sin que ello implique la afectación del Tesoro Público y -con ello- de los recursos estatales.

## **2. El Sistema Privado de Pensiones:**

Si bien el Decreto Legislativo N° 724 (publicado el 11 de Noviembre de 1991) dispuso la creación originaria del Sistema Privado de Pensiones - SPP, será recién bajo las pautas del Decreto Ley N° 25897 (publicado el 6° de Diciembre de 1992)<sup>8</sup> que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - AFPs (empresas particulares) asumirán las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio de los trabajadores estatales y privados (dependientes e independientes), que se afilien a este sistema.

El SPP, a diferencia del Decreto Ley N° 19990 (sistema de reparto con prima escalonada), funciona bajo la modalidad capitalización en cuentas individuales, en las que

- 
- 7) Como expresamos en un trabajo anterior (ABANTO REVILLA, César. " *Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530*" En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 58, Julio 2003, Gaceta Jurídica, página 39), este régimen es conocido como el de la **cédula viva** justamente por la naturaleza variable del efecto nivelatorio, pero dicha institución no fue concebida en el texto original de la norma, sino introducida posteriormente por la 8va. Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, y desarrollada por la Ley N° 23495 y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 015-83-PCM). El Decreto Ley N° 20530 regulaba en sus artículos 49° y siguientes la institución de la pensión **renovable**, que se otorgaba a los servidores con más de 35 años de servicio, a los pensionistas con 80 años de edad, entre otros casos, que es utilizada de manera errónea como sinónimo de la "nivelación" por algunas autoridades, juristas e, inclusive, magistrados.
- 8) Actualmente: Decreto Supremo N° 054-97-EF que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP), del 14 de Mayo de 1997.

se deposita el aporte mensual del trabajador<sup>9</sup> y la rentabilidad de las inversiones efectuadas por la AFP, que servirán para el pago de su pensión.

En la actualidad existen cuatro AFP (Horizonte, Integra, Profuturo y Unión Vida) que cuentan con 3´322,367 afiliados y un fondo de pensiones que supera los S/. 23,800 millones de nuevos soles<sup>10</sup>, a pesar de lo cual son cuestionadas a nivel nacional<sup>11</sup> e internacional<sup>12</sup>, al extremo que recientemente se aprobó en el Congreso de la República un proyecto de ley<sup>13</sup> autorizando la desafiliación excepcional del SPP para retornar al SNP (Decreto Ley N° 19990).

El SPP es supervisado en cuanto a su funcionamiento por el Estado a través de la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, a partir del 25 de Julio del 2000 (Ley N° 27328)<sup>14</sup>. La supervisión implica el control o fiscalización de las actividades de las AFP, así como la emisión de las normas generales sobre la estructura del sistema y los aspectos operativos para su mejor administración.

## II. LA CRISIS DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

### 1. Antecedentes: el origen de la crisis

El 24 de Abril de 1973 es promulgado el Decreto Ley N° 19990, norma por la cual se crea el Sistema Nacional de Pensiones con el fin de unificar y sustituir los regímenes previsionales -entonces separados- de los obreros y empleados.

Este régimen estuvo a cargo del Seguro Social del Perú (creado mediante Ley N° 20212, del 6° de Noviembre de 1973), institución descentralizada del Sector Trabajo que existió hasta el 28 de Diciembre de 1987, fecha en la cual se creó el Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS (mediante Ley N° 24786) como una institución con autonomía administrativa, financiera y presupuestal.

El IPSS -al igual que su antecesor- se encargaba de brindar las prestaciones de salud y pensiones, administrando sumas considerables de recursos que en reiteradas oportunidades fueron utilizados como “caja chica” por el gobierno de turno, lo que

9) Mantenido en 8% según prórroga dispuesta por la Ley N° 28147 (30 de Diciembre del 2003). A este porcentaje se deberá agregar la comisión de la AFP y el costo de la prima de seguro (aproximadamente un 3 a 3.5% adicional al aporte).

10) Información al 30 de Agosto del 2004 (Fuente: Superintendencia de Banca y Seguros - SBS).

11) Sobre el particular, desde sus orígenes: NEVES MUJICA, Javier. “*Sistema Nacional y Sistema Privado de Pensiones: Opción diabólica*”. En: Themis N° 25, Revista PUCP, 1993, páginas 7-10.

12) Un reciente informe de Mayo del 2004 elaborado por el Banco Mundial (“*La promesa de seguridad de los ingresos en la vejez en América Latina*”) señala en sus conclusiones que la cobertura de las pensiones privadas continúa siendo baja en la región a pesar que los costos de la reforma han sido más altos de lo previsto. Puede accederse a la versión en inglés del informe en: [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org).

13) En la primera semana de Mayo del 2004 ha sido remitida al Poder Ejecutivo para su aprobación.

14) Mediante esta ley, la SBS reemplazó en sus funciones a la extinta Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones -SAFP (ente supervisor originario).

sumado a su excesiva y sobredimensionada burocracia<sup>15</sup> originó que fuera una de las entidades más deficientes de los años ochenta, razón por la cual se dispuso escindirla en dos organismos, cada uno de los cuales habría de asumir unas de las prestaciones mencionadas: el IPSS<sup>16</sup>, que se encargaría de las prestaciones de salud; y la Oficina de Normalización Previsional - ONP, a cargo de las pensiones del SNP a partir del 1º de Enero de 1994<sup>17</sup>.

El SNP está conformado por los asegurados al Decreto Ley N° 19990 y a los regímenes especiales como el de los trabajadores mineros, de construcción civil, marítimos, periodistas, amas de casa, entre otros.

El régimen se basa en un sistema de reparto con prima escalonada en el que la totalidad de los aportes de cada uno de sus asegurados se destinan a un fondo común del cual se deberían obtener los recursos para atender el pago de las pensiones de los beneficiarios, sin embargo, en la medida que estos fondos se utilizaron con fines ajenos a lo previsional por los gobiernos de turno, y aunado ello a la pérdida de valor de las cotizaciones por la hiperinflación de la década de los ochenta, los sucesivos cambios de moneda (de sol oro a intis, de intis a intis millón, y de estos a nuevos soles) y la creciente morosidad en el pago de los aportes retenidos por los empleadores (encabezados por el Estado) se está ante un escenario que reclama acciones inmediatas en el plano jurídico para, a partir de ellas, tentar una recuperación (al menos parcial) del régimen.

Respecto al adeudo del Estado con la seguridad social es ilustrativo recordar que el artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 067-98 (publicado el 15 de Enero de 1999) aprobó parte de la deuda que algunas entidades tenían al IPSS desde Enero 1988 a Diciembre 1996, fijándola en S/. 1,271´638,148.42 nuevos soles.

En cuanto a la morosidad, es alarmante constatar que de cada 10 asegurados obligatorios (trabajadores dependientes en actividad inscritos en el SNP) sólo se efectúa el aporte real de 3 de ellos<sup>18</sup>, sin embargo, de acuerdo al artículo 70º del Decreto Ley N° 19990 dichos asegurados podrían acceder a una pensión a pesar que el empleador no haya efectuado el pago del aporte a la ONP, lo cual implicará el reconocimiento de una pensión “de por vida” (inclusive su eventual extensión a los derecho habientes del beneficiario) sin respaldo alguno<sup>19</sup>.

---

15) A manera de ilustración, bastará recordar que el Seguro Social (IPSS) pasó de 25,000 trabajadores en el año 1985 a 45,000 en el año 1990 (casi el doble en sólo 5 años).

16) Mediante Ley N° 27056 (publicada el 30 de Enero de 1999) se cambió la denominación del IPSS, creándose sobre la base del mismo al Seguro Social de Salud - EsSalud. En relación a dicha entidad, ver: DELGADO APARICIO, Luis. “*La Seguridad Social en el Perú. La creación de EsSalud*”. Lima, 2000, Fimart Editores, 532 páginas.

17) Conforme a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto Ley N° 25967, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 26323.

18) Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas. Cabe recordar que en el punto 4.5 (página 5) del informe de la Comisión Especial creada por el Decreto Supremo N° 003-2001-TR (publicado el 15 de Julio del 2001, separata especial) se estableció que la morosidad en el SNP ascendía a un 53% por ciento, habiéndose incrementado casi en una mitad en apenas 3 años.

19) En el Sistema Privado de Pensiones (SPP) no se reconocen pensiones que no tengan como respaldo los aportes a la cuenta individual de capitalización (artículo 32º del Decreto Supremo N° 054-97-EE; T.U.O. de la Ley del SPP).

Un aspecto de igual importancia es el relacionado a la rentabilidad generada de la inversión de los fondos del SNP, que si bien a partir de la administración financiera de la ONP ha logrado cifras destacables a nivel del mercado interno (incluso en comparación al SPP), tiene aún en el pasado del IPSS algunos de los porcentajes más bajos a nivel mundial (- 37.4% en el periodo 1981-1988)<sup>20</sup>.

Por si ello fuera poco, existen una serie de pronunciamientos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional<sup>21</sup> que, partiendo de la aplicación excepcional de la Teoría de los Derechos Adquiridos en materia pensionaria<sup>22</sup>, han interpretado de manera errónea diversas instituciones jurídicas del Decreto Ley N° 19990, tales como la pensión máxima (tope)<sup>23</sup> y la pensión mínima (Ley N° 23908)<sup>24</sup>, que han originado miles de procesos judiciales en contra de la ONP, lo cual -a su vez- implica un costo adicional al Estado por concepto de defensa técnica.

## **2. Planteamientos de reforma del SNP**

Efectuado este breve recuento de los antecedentes del SNP y las causas que -a nuestro criterio- han originado su crisis crónica actual, pasamos a formular lo que consideramos una serie de propuestas de reforma en el plano legal para evitar que el sostenimiento financiero de las pensiones que son atendidas por este régimen sigan afectando al Tesoro Público, a saber:

### **2.1 Suprimir la pensión de jubilación adelantada**

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga al asegurado cuando alcanza una edad avanzada (vejez) que ocasiona su incapacidad para el trabajo<sup>25</sup>, siempre que acredite -además- contar con una cantidad mínima de años de aportación efectuados al SNP.

En su texto original el Decreto Ley N° 19990 contemplaba 4 modalidades de jubilación, que exigían años de edad y de aportación distintos:

- 
- 20) Banco Mundial. Informe citado (1994), página 110 (Gráfico 3.7)
- 21) En especial la recaída en el Expediente N° 007-96-ITC (acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967), publicada el 26 de Abril de 1997.
- 22) Recogida por la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.
- 23) Por ejemplo, la ejecutoria recaída en el Expediente N° 3170-2000 de la extinta Sala de Derecho Público (publicada el 5° de Noviembre del 2001), que disponía el pago de una pensión de jubilación del Decreto Ley N° 19990 sin tope alguno. Sobre la aplicación de la pensión máxima se ha pronunciado también la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI (aprobado por Resolución Defensorial N° 004-2002, que fue publicada el 29 de Enero del 2001), punto de vista que hemos criticado en su momento: ABANTO REVILLA, César. "El Decreto Ley N° 19990 y la pensión máxima (topes)". En: diario El Peruano, 19 de Marzo del 2002, página 10.
- 24) Sobre este tema, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, criticada (entre otros) por: PARÉDEZ NEYRA, Ivan y otro. "Ley N° 23908: Pensión mínima e indexación en el Sistema Nacional de Pensiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional". En: Asesoría Laboral, Diciembre 2003, páginas 11-15.
- 25) En este sentido, por todos: ROMERO MONTES, Francisco. "La Jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 75.

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General artículos 38° y 41°	60 (hombres)	15
	55 (mujeres)	13
2. Régimen Especial <sup>26</sup> artículos 47° al 49°	60 (hombres)	5 años
	55 (mujeres)	ambos sexos
3. Pensión Reducida artículo 42°	60 (hombres)	+ de 5 pero – de 15
	55 (mujeres)	+ de 5 pero – de 13
4. Pensión Adelantada <sup>27</sup> artículo 44°	55 (hombres)	30
	50 (mujeres)	25

El 19 de Diciembre de 1992, con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, se incrementan los años de aportación mínimos para acceder a una jubilación del SNP a 20 años (para hombres y mujeres), quedando derogados el Régimen Especial y la Pensión Reducida. De igual manera el 18 de Julio de 1995 es publicada la Ley N° 26504, que en su artículo 9° fijó en 65 años la edad de jubilación en el SNP (hombres y mujeres).

De tal manera, en la actualidad existen las siguientes modalidades para acceder a una pensión de jubilación:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General	65	20
2. Pensión Adelantada artículo 44°	50 (mujeres)	20
	60 (hombres)	25

La pensión adelantada es una modalidad concebida con el fin de otorgar una prestación económica a los asegurados que iniciaron sus labores a temprana edad, permitiéndoles acceder a la jubilación anticipadamente respecto de los demás asegurados (que tendrían que esperar hasta los 65 años, en la actualidad). Sin embargo, el otorgamiento de esta pensión implica aceptar el descuento del 4% del monto que correspondería como pensión por cada año que se adelantó respecto de la edad general.

26) Sólo aplicable a los asegurados nacidos antes del 1° de Julio de 1931 (hombre) o 1936 (mujeres) inscritos en las Cajas de Pensiones del Seguro Social obrero o del empleado.

27) Si el cese laboral era producto de una reducción de personal (conforme lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18471) los años de aportación exigidos se reducirían a 15 y 13 años, según se tratase de hombre o mujer respectivamente.



En tal sentido, partiendo de la premisa que un sistema pensionario de reparto requiere que sus asegurados formen una pirámide<sup>28</sup> en la cual la base esté conformada por los trabajadores en actividad que sostienen a los pensionistas (cúspide), resulta indispensable extender la vida laboral de estos trabajadores para proveer de aportaciones actuales que sirvan de sustento (parcial) al pago de las pensiones del SNP.

Esta propuesta es congruente con el Principio de Solidaridad<sup>29</sup>, pues las mayores aportaciones (en años) efectuadas por los asegurados que han iniciado sus labores a temprana edad servirán para atender el pago de las pensiones de aquellos cuyas diminutas aportaciones no sustentarían el pago de una prestación (siquiera mínima) de por vida.

### *2.2 Establecer una pensión máxima (tope) única*

La pensión máxima mensual o tope es el monto mayor que se abona por una prestación en el SNP. Es una institución jurídica contemplada por el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990 que fue evolucionando durante las décadas de los setenta y ochenta a través de fórmulas que la vincularon a conceptos laborales como la remuneración mínima vital, hasta que el 19 de Diciembre de 1992 el Decreto Ley N° 25967 (artículo 3°) establece un monto fijo (S/. 600 nuevos soles) que podría ser incrementado.

Es el caso que, como consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 007-96-I/TC, la Defensoría del Pueblo emite el Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI, en el cual sostiene que para una correcta aplicación ultractiva del Decreto Ley N° 19990 en cuanto al tope se tomará la fórmula vigente al 18 de Diciembre de 1992 (un día antes a la vigencia del Decreto Ley N° 25967), esto es que la pensión máxima es igual al 80% de la suma de 10 RMV (según el Decreto Ley N° 22847), la misma que debe utilizar como referencia el valor de la RMV vigente en el momento del cese laboral del asegurado. Por ejemplo: Juan Pérez tiene los requisitos para acceder a jubilación del SNP al 18 de Diciembre de 1992 pero continúa laborando hasta el año 2002 -fecha en que la RMV equivalía a S/. 410 nuevos soles-, el pensión máxima o tope aplicable en su caso sería S/. 3,280 nuevos soles, casi 4 veces el tope vigente en la actualidad: S/. 857.36 nuevos soles (Decreto de Urgencia N° 105-2001).

La tesis de la Defensoría del Pueblo parte de una premisa errónea: que el tope establecido por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967 constituye un supuesto distinto al regulado por el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990, en lugar de un escalón mas en la evolución de dicha institución jurídica previsional, por lo que su aplicación (incluso a los beneficiados por los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional antes

28) MARTÍBUFFIL, Carlos. "Derecho de la Seguridad Social: Las Prestaciones". Madrid, 1954, Diana - Artes Gráficas, página 386. Según este autor, al reducirse el grupo de los trabajadores activos estaremos en una situación de desequilibrio (pirámide invertida).

29) En virtud del cual quien aporta más (en tiempo o dinero) colabora con la prestación que se otorgará a quien aportó menos. Como idea trascendental: FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 29-31.

citada) no puede generar situaciones de inequidad tan manifiesta dentro de las pensiones que se otorgan al interior del mismo SNP<sup>30</sup>.

De lo expuesto, se desprende la necesidad de establecer un monto tope único que pueda ser aplicado a todos los pensionistas del SNP (actuales y futuros), lo cual podrá materializarse a partir de la esperada reforma de la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993; o en su defecto, uniformizar los criterios del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en cuanto al origen y evolución legal de esta institución, a fin de aplicar validamente el Decreto Ley N° 25967 y sus modificatorias.

### *2.3 Reducción del margen de morosidad*

En el SNP existen 3 tipos de asegurados: **(i)** los obligatorios, que son los trabajadores dependientes que aportan a través de su empleador, quien les retiene un porcentaje de su remuneración mensual para entregarlo al ente recaudador<sup>31</sup>; **(ii)** los facultativos, que son trabajadores que realizan actividad económica independiente y aportan de modo directo; y **(iii)** los de continuación facultativa, que son aquellos que al cesar en su trabajo como asegurados obligatorios no reúnan aún los requisitos de edad o de aporte, prosiguiendo con su aportación al SNP como facultativos.

Como hemos referido en los puntos precedentes, en la actualidad es el Estado quien asume algo más del 70% de las pensiones del SNP, lo que implica que se percibe el aporte real de 3 de cada 10 asegurados por la morosidad y la falta de pago a la ONP (vía SUNAT) de las aportaciones retenidas a los **asegurados obligatorios** de parte de sus empleadores, a pesar de lo cual dichos asegurados tienen garantizado su derecho a una eventual pensión con sólo acreditar los servicios prestados (según el artículo 70° del Decreto Ley N° 19990), desfinanciando al régimen en la medida que se otorga una prestación sin respaldo dinerario tangible.

En este escenario resulta impostergable la dación de dispositivos legales que establezcan procesos especiales en sede administrativa (coactiva)<sup>32</sup> y judicial (tanto en sede civil como penal) que de manera célere permitan la recuperación de la mayor cantidad de aportes retenidos y no pagados, sirviendo a la vez de medios disuasivos para la práctica evasiva.

---

30) Cabe destacar que recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (por todos, ver: Expediente N° 1163-2001-AA/TC) reconocen la legalidad de la aplicación del tope, tomando como origen del mismo al artículo 78° del Decreto Ley N° 19990.

31) Desde 1999 la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT es la entidad encargada de recaudar los aportes al SNP (Ley N° 27038).

32) Si bien el artículo 13° del Decreto Ley N° 19990 habilita la sede coactiva (desde 1999 a cargo de la SUNAT), ello no obsta que puedan dictarse normas complementarias que establezcan plazos, procedimientos y pautas especiales adicionales para estos cobros.

En cuanto a los procesos judiciales civiles consideramos que al igual que en el caso del SPP<sup>33</sup> se debería dar mérito ejecutivo a las liquidaciones de adeudos de aportaciones al SNP y establecer pautas específicas que faciliten su aseguramiento (vía cautelar) y recuperación en el corto plazo.

Respecto de los procesos judiciales penales, si bien hemos sostenido en oportunidades anteriores la vigencia del artículo 4º de la Ley N° 20604, que regula el delito de apropiación ilícita de los aportes al SNP<sup>34</sup>, en la medida que su definición resulta insuficiente para los supuestos que se presentan actualmente, tomando de base la propuesta contenida en el Proyecto de Ley N° 1067<sup>35</sup>, debe dictarse una Ley de Delitos en materia Previsional que abarquen el SNP, SPP<sup>36</sup> y los demás regímenes.

### III. LA CRISIS DEL DECRETO LEY N° 20530

#### 1. *Antecedentes: el origen de la crisis*

El Decreto Ley N° 20530 fue dictado para reemplazar a la Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de Enero 1850<sup>37</sup> (la denominada “Ley de Goces” del Gobierno de Ramón Castilla).

La norma nació como un régimen cerrado, pues regularía el otorgamiento de derechos pensionarios para los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado con anterioridad al **11 de Julio de 1962**; el Estatuto de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Decreto Supremo del 11 de Julio de 1962) estableció que todo trabajador que ingrese a prestar servicios para el Estado a partir de esta fecha cotizaría para esta Caja de Pensiones, la misma que en el mes de Mayo de 1973 fue unificada con el régimen de los obreros en el Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990.

En efecto, originalmente este régimen pensionario comprendería a un reducido grupo de servidores (aproximadamente 30,000) que estaban sujetos al régimen laboral de la actividad pública (Ley N° 11377), sin embargo, a partir de la década de los ochenta,

33) El artículo 38º del Decreto Supremo N° 054-97-EF (T.U.O de la Ley del SPP), con la modificación de la Ley N° 27242, contempla una serie de disposiciones particulares a favor de las AFP (competencia especial, causales taxativas para la contradicción del mandato ejecutivo, etc.) para el proceso civil de cobro de adeudos de aportaciones.

34) ABANTO REVILLA, César. “*El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones*”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 11, 2002, páginas 77-88. Sostenemos su vigencia por cuanto el delito de apropiación ilícita contenido en el artículo 190º del Código Penal de 1991 efectúa una tipificación en la cual los elementos objetivos y subjetivos no encuadran en el supuesto planteado en la Ley N° 20604, por lo cual no habría operado su derogación (tácita, ni expresa).

35) Ver el texto del proyecto y su Exposición de Motivos en: [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe).

36) Si bien el tercer párrafo del artículo 35º del Decreto Supremo N° 054-97-EF (T.U.O de la Ley del SPP) contempla la posibilidad de accionar en sede penal contra empleadores que maliciosamente no pagan los aportes retenidos, por el delito de apropiación ilícita, en la práctica dicha imputación podría resultar ineficaz por los argumentos expuestos en el pie de página N° 34.

37) Esta norma tuvo a su vez como antecedente a la Real Orden del Rey de España del 8º de Febrero de 1803, que fuera aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela, conforme lo anota: HEREDIA MENDOZA, Madeleine. “*La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530*”. En: Gaceta Jurídica N° 30, 1996, página 41-B.

por razones de índole político, este régimen fue abierto con la dación de normas de excepción que permitieron el ingreso de cientos de trabajadores de empresas estatales y organismos públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916), lo que originó un engrosamiento desmesurado de sus pensionistas (incluidos sus derecho habientes) y con ello la consecuente afectación al Tesoro Público y al presupuesto de las empresas y entidades estatales que debían asumir el pago de dichas pensiones<sup>38</sup>.

Por esta razón, el Gobierno se vio obligado a emitir el Decreto Legislativo N° 763 (15 de Noviembre de 1991) que declaró la nulidad de pleno derecho de los actos de incorporación que se hubiesen efectuado en contravención a las disposiciones del Decreto Ley N° 20530. En virtud a esta norma, las empresas y entidades del Estado emitieron resoluciones administrativas declarando la nulidad de dichas incorporaciones, contra lo cual los pensionistas interpusieron demandas de amparo acogidas favorablemente por el Poder Judicial, forzando al Gobierno a dictar el Decreto Legislativo N° 817 (publicado el 23 de Abril de 1996), que otorgó a la ONP la competencia exclusiva para el reconocimiento de los derechos pensionarios derivados del Decreto Ley N° 20530 (artículo 4°); la facultad imprescriptible de declarar nula las incorporaciones indebidas (artículo 5°, segundo párrafo, in fine); y el patrocinio de la defensa de los intereses del Estado en todos los procesos judiciales que trataban sobre la aplicación de derechos pensionarios de ese régimen (1ra. Disposición Complementaria).

Esta norma fue sometida a una acción de inconstitucionalidad, proceso que concluyó el 26 de Abril de 1997 al ser publicada en El Peruano la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC. Se dicta luego la Ley N° 26835 (publicada el 4° de Julio de 1997), que también pasa por el tamiz constitucional, siendo derogada casi en su integridad con el fallo emitido en el Expediente N° 001-98-I/TC (publicada el 27 de Junio del 2001), perdiendo la ONP sus facultades administrativas y judiciales vinculadas a este régimen.

Casi un año después de publicada esta sentencia, ante la existencia de miles de solicitudes pendientes de resolver en sede administrativa y otros tantos de procesos judiciales paralizados, el Gobierno dictó la Ley N° 27719<sup>39</sup> mediante la cual se otorgó a la entidad en la cual se hubiera prestado servicios (artículo 1°) la competencia para reconocer, declarar, calificar y pagar los derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530, y la representación del Estado ante el Poder Judicial; la norma precisa (artículo 3°) que el Ministerio de Economía y Finanzas sería el encargado de aprobar los lineamientos y directivas para la aplicación uniforme de la ley, efectuando a la vez el control administrativo y supervisión de dichos actos. Mediante Decreto Supremo N° 159-2002-EF (anexo publicado el 25 de Octubre del 2002) se aprobaron dichos lineamientos.

38) Como precisa: GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. "El fallo del Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817". En: Asesoría Laboral, Junio 1997, página 10.

39) Publicada en el diario El Peruano el 12 de Mayo del 2002.

El resultado de esta evolución temporal plagada de excesos legales y judiciales es el incremento excesivo de los pensionistas de 30,000 (cálculo inicial) a unos 295,000 aproximadamente, que solo en el año 2003 representaron al Estado un gasto superior a los S/. 4,500 millones, lo que es totalmente inviable desde el punto de vista financiero para un país como el Perú, razón por la cual el Poder Ejecutivo ha presentado un Proyecto de Reforma Constitucional que le permita reestructurar este régimen, el mismo que explicaremos a continuación.

## **2. Proyecto de reforma constitucional<sup>40</sup>**

El Proyecto N° 10344/2003-CR, presentado el 14 de Abril último, plantea que sean modificados 3 temas puntuales de la Constitución Política de 1993:

- 2.1** Incorporar al artículo 11° un segundo párrafo, en el cual se precise que la ley establecerá la entidad del Gobierno Nacional que administrará los regímenes de pensiones a cargo del Estado<sup>41</sup>.
- 2.2** Sustituir el texto del artículo 103°, con la finalidad de establecer en todo el ordenamiento legal (sin excepción adicional a la penal) la Teoría de los Hechos Cumplidos, en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo.
- 2.3** Reemplazar en su totalidad la 1ra. Disposición Final y Transitoria con el fin de suprimir la referencia a los “derechos adquiridos” en materia de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, generando:
  - El cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530
  - La aplicación inmediata de las modificaciones
  - La supresión de la nivelación de pensiones
  - La aplicación (gradual) de un tope único
  - El inicio de acciones de nulidad por incorporaciones indebidas

En la medida que el presente trabajo no pretende ser un comentario de las citadas reformas constitucionales, nos limitaremos a indicar que el 26 de Mayo último el Congreso de la República aprobó en primera legislatura la reforma (con una mayoría impensada: 96 votos a favor), estando pendiente el debate del Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional para la segunda legislatura, el mismo cuyo inicio se ha previsto para el 20 de Octubre; esperemos que, igual que en la oportunidad anterior, los congresistas dejen de lado sus intereses personales y permitan una reforma estructural del

40) Para ahondar sobre los comentarios a la reforma, ver: GONZALES HUNT, César. “*El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen previsional del Estado*”. En: Actualidad Jurídica N° 126, Mayo 2004, páginas 31-42; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. “*Modificaciones constitucionales al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530*”. En: Asesoría Laboral, Julio 2004, páginas 7-10; ABANTO REVILLA, César. “*Comentarios sobre el Proyecto de Reforma Constitucional del Decreto Ley N° 20530*”. En: Asesoría Laboral, Agosto 2004, páginas 25-29.

41) El artículo 9° del Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional del Proyecto de Reforma establece que sería el Ministerio de Economía y Finanzas la entidad encargada para tal fin, el mismo que podrá -a su vez- delegar dicha facultad en otras entidades.

régimen pensionario estatal que haga viable su manejo financiero, paliando en parte la situación económica nacional actual, cuyo destino es incierto en tanto subsista la carga previsional mencionada que constituye una traba para el desarrollo del país.

#### IV. EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Esbozado el panorama de la situación actual (crisis crónica) de la seguridad social en pensiones de los regímenes administrados por el Estado, la misma que no es mediatizada de manera eficiente en bienestar de la colectividad con la presencia conjunta de los particulares (en el SPP a través de las AFP), en la medida que -conforme a lo expuesto por el propio Banco Mundial en el informe señalado del año 2004- las pensiones privadas otorgadas son bajas a pesar de los altos costos de la reforma, resulta manifiesto que el Sistema de Pensiones del Perú debe ser reestructurado de manera inmediata.

En tal sentido, consideramos que debe procederse a desarrollar (por cada uno de los regímenes administrados por el Estado) un **estudio actuarial** íntegro, en el cual se determine: **(i)** el número exacto de pensionistas registrados, con una proyección grupal de espectro futuro de vida y las cargas familiares eventuales; **(ii)** el número exacto de asegurados (trabajadores en actividad aportantes), con la determinación de los empleadores morosos, a fin de determinar los ingresos potenciales con que podría contar cada fondo; y, **(iii)** el monto exacto con que cuentan en la actualidad cada uno de los fondos y reservas previsionales, para establecer las acciones futuras de inversión.

Paralelamente a esta medida, que debería ir aparejada con la aprobación de la reforma constitucional (luego, legal) de los regímenes de pensiones del Estado, se debe proceder al establecimiento de un **régimen previsional unificado**, al cual aporten todos los trabajadores (dependientes e independientes, estatales y particulares) de manera obligatoria, el mismo que funcionaría con el esquema del sistema de reparto con prima escalonada, pero con reservas obligatorias y actualización o reajuste periódico de las pensiones (para evitar la caída de su valor como consecuencia de la inflación o los cambios monetarios), sirviendo el pilar privado como un sistema complementario **voluntario**, financiado bajo el modelo de capitalización individual, al que el trabajador aportará un porcentaje adicional para incrementar el monto de la pensión que percibiría en el futuro del pilar público obligatorio<sup>42</sup>. El régimen previsional privado seguiría aún bajo la supervisión del Estado, en cuanto a su funcionamiento

Se entiende que el nuevo régimen previsional unificado funcionaría bajo una pensión de jubilación (en que se exija una edad no menor a 65 años, y cierta cantidad de

42) Como ocurre con el Sistema de Pensiones de la Argentina, conforme anota: ROMERO MONTES, Francisco. "Seguridad social: En busca del sistema adecuado". En: temas de derecho N° 1, Revista UPSMP, 1995, páginas 60-61.

años de aportes mínimos, no menores a 20 ó 30), eliminándose toda prestación vinculada únicamente (como en el caso del Decreto Ley N° 20530 para la cesantía) a los años de servicio. Junto a dicha pensión también se reconocerían las prestaciones de invalidez (con ciertas reformas menores) y sobrevivientes (con los porcentajes que rigen en el Decreto Ley N° 19990, esto es, sin otorgamiento del 100% de la pensión, como dispuso la Ley N° 25008 en el régimen previsional de los servidores y funcionarios públicos del Estado).

En efecto, mas allá de que el Estado sea (generalmente) un mal administrador de los recursos dinerarios<sup>43</sup>, lo cierto es que la seguridad social debe propender a la atención mayoritaria de las necesidades básicas de la colectividad, claro está, dentro de las posibilidades económicas y financieras del país -puesto que de lo contrario, y sin los ajustes radicales en la estructura actual previsional de los regímenes estatales, todo proyecto nacerá condenado a muerte-, y plantear un esquema de competencia entre pilares públicos y privados sujetos a formas de financiamiento, tasas de aportes y demás instituciones esenciales distintas (como la presencia de una pensión máxima y una mínima) en un país en el que el inversionista privado no sería proclive a introducir factores de solidaridad en su gestión de las pensiones<sup>44</sup>, podría poner en riesgo el reconocimiento real de la seguridad social como un derecho universal (por más que sea progresivo)<sup>45</sup>, razón por la cual nuestra propuesta apunta a lo antes dicho.

Para finalizar el presente trabajo, queremos recordar al lector que el establecer un sistema adecuado de seguridad social es un trabajo que dependerá de una decisión política -al final-, pero el camino para llegar a asumir un determinado destino estará supeditado a circunstancias y factores económicos, sociales e -inclusive- demográficos<sup>46</sup>, razón por la cual en toda reforma del régimen de pensiones de un país se debe efectuar una evaluación previa y precisa de esas condiciones para determinar el sistema a seguir, sin dejar de señalar de modo expreso la responsabilidad administrativa, civil y penal que se atribuirá a quien (o quienes) den un destino indebido a los fondos y reservas previsionales.

- 
- 43) Las estadísticas relativas a la situación del SNP antes de la reforma del año 1992 se pueden cotejar en: MONTORO, Carlos. "Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas". En: Estudios Económicos, Julio 1999, Revista del Banco Central de Reserva, páginas 57-77; PAYET PUCCIO, José. "La reforma estructural en el Sistema de Pensiones". En: Ius et Veritas N° 5, Revista PUCP, 1992, páginas 15-20; BOLOÑA BEHR, Carlos. "Cambio de rumbo: El programa económico para los '90". Lima, 1993, Instituto de Economía de Libre Mercado, 248 páginas; APARICIO VALDEZ, Luis. "La reforma de la seguridad social en el Perú". En: Derecho & Sociedad N° 11, Revista PUCP 1996, páginas 124-132.
- 44) A tal punto que algunos autores plantean, con cierta validez, que el SPP no puede ser considerado seguridad social. Por ejemplo: PASCO COSMÓPLIS, Mario. "¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Madrid, 1998, Secretaría General OISS, página 170.
- 45) Debe tenerse en cuenta que ciertos autores sostienen que la seguridad social debería estar siempre bajo el control público estatal. En ese sentido: SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. "Seguridad social y Constitución". Madrid, 1995, Editorial Civitas, 155 páginas.
- 46) En ese sentido: HENKE, Klaus. "Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas". En: LACHMANN, Werner (Editor). "Seguridad Social en la Economía Social de Mercado". Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer, página 279; Oficina Internacional del Trabajo. "Seguridad Social: Un nuevo consenso". Ginebra, 2002, página 99.