25 AÑOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN EL PERÚ

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT⁽¹⁾

Transcurría el mes de agosto del año 1988 cuando se constituye nuestra homenajada, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y el país atravesaba por una época de grandes dificultades en muchos aspectos. El fenómeno del terrorismo crecía inexorablemente sin visos de solución a corto plazo, la inflación aumentaba galopantemente y la crisis económica era una realidad tangible, entre otros factores adversos. En tal contexto no es de extrañar que en el ámbito de la previsión social se pudiera apreciar que el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) fuera uno de los principales afectados con tal estado de cosas.

Además, en dicho ámbito el SNP coexistía con el Régimen Previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530, que inicialmente fue diseñado como un régimen cerrado para un número limitado de trabajadores al servicio del Estado pero que resultando muy atractivo en sus beneficios, se habían promulgado una serie de normas con rango de ley que permitieron su reapertura, generando que el número de sus afiliados se incrementara exponencialmente llevando a que los recursos que lo financiaban devinieran en insuficientes para sostenerlo. Ello llevaría a que el Tesoro Público afrontara dicha situación transfiriendo cada vez mayores recursos económicos que permitirían cubrir las obligaciones que debían cumplirse en este régimen previsional.

(1) Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Ex presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Como consecuencia de lo anterior, en el transcurso del tiempo se plantearían ajustes y reformas a los regímenes pensionarios existentes, al igual que el surgimiento de un nuevo mecanismo de protección social, el Sistema Privado de Pensiones, cuyo propósito esencial era contrarrestar las sustantivas dificultades experimentadas en la Seguridad Social en Pensiones.

No obstante, estas medidas no fueron suficientes, por lo que en la última década se han venido emitiendo nuevas disposiciones en materia previsional, que tuvieron por propósito estabilizar el Sistema.

I. EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

En el año 1973, se expidió el Decreto Ley N° 19990, cuyo propósito fue unificar los regímenes pensionarios existentes. De esa manera se constituyó el Sistema Nacional de Pensiones, el que se instauró como régimen unitario y de carácter público, propiamente un sistema de Seguridad Social basado en el reparto; situación que se mantuvo hasta fines del año 1992, como veremos más adelante.

Así, respecto del SNP se han postulado diversas aproximaciones, entre las que resaltamos la siguiente:

“El Sistema Nacional de Pensiones (SNP), sistema público en el cual 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 proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible”⁽²⁾.

La administración de las prestaciones que otorga el SNP fue encargada, inicialmente, al Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS), entidad que luego fue reemplazado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Este sistema comprende, entre otros, a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se encuentren

(2) VEGA-CENTENO, Máximo y 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.

dentro del ámbito del Decreto Ley N° 20530, trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

Pues bien, como hemos anotado al comienzo del presente trabajo, a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado, el Perú vivía una situación de creciente zozobra, lo que produjo importantes repercusiones en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Además, cabe señalar que incluso los fondos que percibía el SNP eran utilizados en fines diferentes a la previsión de sus beneficiarios, siendo que los recursos se iban agotando sistemáticamente.

Poco después, en 1991, el SNP se encontraba a punto de colapsar; 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⁽³⁾.

Además, se presentaba una situación anómala, puesto que a pesar de que las prestaciones económicas eran de un reducido nivel y los recursos que se percibían eran de un porcentaje considerable, el Sistema era absolutamente insostenible. En efecto, en noviembre de 1991, la pensión promedio ascendía a US\$ 69.00⁽⁴⁾ y el porcentaje de aportación que se imponía equivalía al 9 % de la remuneración, lo que no era suficiente para permitir la subsistencia del SNP. Cabe precisar que aportaban al SNP aproximadamente 2 millones de trabajadores, pero los recursos captados no permitían cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas⁽⁵⁾.

La consecuencia inmediata de la devastadora situación que atravesaba el SNP se trasladó al ámbito de la cobertura que se otorgaba a través de este régimen. Así, esta disminuyó considerablemente, en la medida que pasó de 33,7 % de la PEA en 1985 a 28 % en 1990 y a 21.3 % en 1992; asimismo, el ratio de dependencia se redujo de 13.6 aportantes por pensionista en 1980 a 7,3 en 1991⁽⁶⁾.

(3) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y otros. *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.

(4) *Ibidem*, p. 37.

(5) MORÓN, Eduardo y 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.

(6) *Ibidem*, p. 21.

De esa manera, el Sistema Nacional de Pensiones se hallaba en una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones, a lo que debía sumarse la escasa transparencia en el manejo de sus fondos.

Sobre ello, debemos recordar que el artículo 14 de la Constitución de 1979 –vigente en aquel entonces– disponía expresamente que los fondos previsionales eran intangibles, y por tanto, no podían ser destinados a fines distintos a los que se establecieron al momento de su creación. Sin embargo, los gobiernos predecesores habían dispuesto libremente de los Fondos de Pensiones, contribuyendo al desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones.

En efecto, los recursos de la Seguridad Social peruana fueron empleados por las sucesivas autoridades del Gobierno Central para cubrir sus propios problemas de inversión y liquidez, así como cubrir el déficit que se presentaba en el Régimen Previsional del Estado, el mismo que hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 25967, en diciembre de 1992, permitía obtener una pensión de cesantía con solo cinco años de aportación, mientras el régimen general exigía 15 años para los varones y 13 para las mujeres; y el desajuste irracional entre lo aportado y lo recibido⁽⁷⁾. A ello, debe sumarse las sucesivas modificatorias que se expidieron en relación con la Ley del Sistema Nacional de Pensiones, sustentadas básicamente en decisiones políticas enfocadas en las siguientes elecciones presidenciales y que dispusieron la reducción de las edades de jubilación de determinados grupos ocupacionales, quienes, ciertamente, se encontraban plenamente facultados a seguir trabajando y contribuir con el sistema.

Adicionalmente, coadyuvaban a tan precaria situación el periodo de gastos por el que atravesaba el SNP, en que la proporción de asegurados aportantes por jubilado se había reducido y sin que a lo largo de los 19 años de funcionamiento se hubieren generado recursos significativos que permitieran el pago de pensiones decorosas a los pensionistas actuales; y haber modificado su régimen financiero pasando de un sistema de prima escalonada a uno de reparto simple, en el que todo lo ingresado se distribuye entre los actuales pensionistas⁽⁸⁾.

(7) Mario Pasco Cosmópolis nos recuerda que en materia de pensiones la regla universal de la Seguridad Social fue establecer su monto en función de la última remuneración o del promedio de los últimos 12 meses, cuando en realidad no es esa la remuneración sobre la cual el trabajador ha cotizado a lo largo de su vida laboral, sino apenas en los últimos meses. En: Art. cit., p. 174.

(8) DANÓS ORDÓÑEZ, José. “El Instituto Peruano de la Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones” En: *Dilemas Actuales, Sistema privado de pensiones: Desafíos y respuestas*. 1ª edición, Cedal, Lima, 1994, p. 19.

Por otro lado, los problemas administrativos eran crecientes. El IPSS sufrió una fuerte burocratización, mostrando un elevado cuadro de crecimiento, especialmente administrativo⁽⁹⁾.

El IPSS adoleció no solo de una deficiente administración sino también de una falta de autonomía. El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes. De otro lado, las inversiones del dinero obtenido por recaudación de contribuciones no eran realizadas con criterios adecuados, lo que motivó que gran parte del fondo se fuera perdiendo por efecto de la inflación.

En este punto cabe advertir que el Fondo de Pensiones había sufrido una descapitalización dramática (particularmente durante la década de 1980)⁽¹⁰⁾; producto de diversos factores como el rendimiento negativo real de inversión (del 21 % en 1981 al 29 % en 1987); una significativa deuda estatal contraída por los sucesivos gobiernos (194 millones de dólares) que virtualmente desapareció debido a tasas de inflación muy elevadas y la falta de indexación y gastos administrativos enormes (52 % del total de gastos para 1986 debido en gran parte al ajuste de salarios del personal a la inflación)⁽¹¹⁾.

A todo lo anterior habría que sumar la considerable evasión y mora por parte de los empleadores, originado por una falta de definición del derecho de propiedad de los trabajadores sobre sus aportes, eliminando de esta manera cualquier incentivo para que estos ejerzan una vigilancia que garantice la buena administración del sistema⁽¹²⁾ y, por el contrario, promoviendo incentivos para la evasión del pago de las contribuciones.

En este contexto, el sistema pensionario se percibía como débil, en tanto que, desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son

(9) 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.

(10) Entre 1981 y 1987 el IPSS perdió anualmente entre el 20 % y 30 % del capital que invirtió una vez descontado el efecto de la inflación (Fuente: Estudio de Carmelo MESA-LAGO citado en *Apoyo al Congreso. Servicio de Asesoría Económica*. Año 1, N° 11, Publicación del Instituto Apoyo).

(11) MESA-LAGO, Carmelo. *La reforma de la Seguridad Social y las Pensiones en América Latina*. Santiago de Chile, 1994, p. 26.

(12) En el mismo sentido se expresa Emilio Morgado Valenzuela, al establecer que tanto la evasión como la morosidad generan serios efectos; por un lado afectan la posibilidad de acceder a una pensión de vejez o conducen a que la pensión obtenida sea de monto inferior al que les correspondería recibir, y por otro lado, aumenta el compromiso estatal de financiar el otorgamiento de pensiones mínimas o asistenciales, de ser el caso. Morgado Valenzuela, Emilio. "Reforma de la Seguridad Social en Chile: El Sistema de Pensiones por vejez". En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 81.

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.

Por ello, comentando el régimen pensionario sobre el que se cimienta el Sistema Nacional de Pensiones, se afirma que *“un sistema de reparto simple es muy dependiente de los cambios demográficos ya que fácilmente puede quedar desfinanciado si empieza a reducirse el grupo de trabajadores jóvenes que financian las prestaciones que reciben los trabajadores de mayor edad (ratio de dependencia), lo cual significa una mayor carga tributaria financiada por un número cada vez menor de jóvenes. Esta es precisamente una de las debilidades que tiene el sistema antiguo y que significó parte de su deterioro, ya que se produjo un desequilibrio entre los ingresos y egresos del sistema debido al lento crecimiento de la población de afiliados activos en relación con el grupo de pensionistas”*⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

En adición a lo anterior habría que agregar la falta de estudios actuariales durante periodos prolongados que habrían de determinar con certeza la conveniencia en la elevación de la tasa de aportación sobre las remuneraciones ante la progresiva reducción del ratio de dependencia.

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.

II. EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

A inicios de la década de los años 90 del siglo pasado, como consecuencia del deterioro sostenido del Sistema Público de Pensiones se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro previsional. Luego de un intento fallido de reforma del sistema⁽¹⁵⁾, se creó el Sistema Privado de Administración

(13) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Ob. cit., p. 20.

(14) 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.

(15) A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el

de Fondos de Pensiones, entregando el rol de administradoras del sistema a las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones.

En el esquema normativo propuesto por el Sistema Privado, 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.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez⁽¹⁶⁾, sobrevivencia⁽¹⁷⁾ 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 cual los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

De otro lado, una de las principales modificaciones introducida por la reforma previsional de comienzos de los años 90 del siglo pasado es la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC). Esta es una cuenta creada a nombre de cada afiliado por la AFP en la que se encuentre incorporado y en ella se consignan todos los movimientos que respecto de un mismo afiliado se realizan en el fondo de pensiones como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, bonos de reconocimiento y rentabilidad.

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, tratándose de un trabajador que por primera vez participa en un sistema previsional o de un trabajador que ya estuvo afiliado al Sistema Público. En el diseño inicial del SPP, el afiliado solo podía revertir su decisión de incorporación

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 de 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.

- (16) Aún cuando 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.
- (17) Esta 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.

al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la Ley. Sin embargo, como veremos más adelante, esto fue modificado años después.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP al SPP, a este se le otorga un bono de reconocimiento⁽¹⁸⁾ a efectos de reconocerle los años aportados en el SNP lo cual incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

Al estar configurado como un sistema previsional, el SPP también cuenta con un aporte obligatorio a cargo del afiliado, quien a su vez debía pagar una comisión a la AFP por el servicio de administración que ésta brinda y un seguro de invalidez. Al comienzo, el aporte obligatorio fue de 8 % de la remuneración asegurable, siendo que con el tiempo esto se incrementó hasta llegar a la tasa de aportación actual de 10 %. En cuanto a las comisiones, estas variaban de AFP en AFP, siendo elección libre de cada individuo afiliarse a una u otra, asumiendo el pago de dicha cuota de administración. Importa anotar que años más adelante, fue este tema el que se encontró como centro de discusión, al advertirse que las comisiones que las AFP cobraban a los afiliados eran unas de las más altas de la región, por lo que se dispuso la modificación del sistema.

Los aportes acumulados de los trabajadores afiliados al SPP más los ingresos generados por las AFP producto de las inversiones realizadas, han llevado a que a mayo de 2013 la cartera administrada por las AFP ascienda a S/. 98,211 millones⁽¹⁹⁾ (\$ 35,300 millones, aproximadamente).

Es interesante anotar que el crecimiento que ha tenido el SPP a lo largo del tiempo, ha sobrepasado las expectativas del Estado peruano, toda vez que en el año 2007, el Poder Ejecutivo estimó que si se mantenía el ritmo de crecimiento –alrededor de \$1,000 millones anuales– para el año 2015 el total de fondo administrado por las AFP podría ascender a \$ 21,500 millones

(18) 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.

(19) Datos recogidos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

aproximadamente. No obstante, esa cifra fue largamente superada desde el año 2009, siendo actualmente la cartera administrada equivalente a casi el doble de la proyección planteada en el 2007.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente del mismo, con el Sistema Privado se creó 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 cual 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⁽²⁰⁾. 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 este tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

III. EL REGRESO DEL SISTEMA PRIVADO AL PÚBLICO DE PENSIONES

Como se ha indicado, el Sistema Privado de Pensiones nació como alternativa frente a la crisis por la que atravesaba el Sistema Nacional de Pensiones, por lo que se promovió la afiliación, calificada por algunos como indiscriminada, a las AFP. Debe recordarse que desde la creación del Sistema, la afiliación fue considerada como un acto voluntario por parte del trabajador, no obstante, con el afán promotor del nuevo sistema se emitieron normas que dispusieron la afiliación como resultado de una manifestación tácita de voluntad⁽²¹⁾.

(20) En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Art. cit., pp. 177-178.

(21) Tal es el caso del artículo 6 del Decreto Supremo N° 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, que presume la adscripción de un trabajador al Sistema Privado cuando este no comunica por escrito en el plazo de diez días de iniciada la relación laboral su opción por el Sistema Nacional de Pensiones, en cuyo caso el empleador deberá afiliarlo al la AFP en la que tenga mas trabajadores.

En este contexto, no solo se ofrecía a las AFP como el mejor sistema previsional sino que se expandió información sesgada acerca del cierre del Sistema Nacional de Pensiones, lo que ocasionó gran preocupación en la población que sin conocer en muchos casos los beneficios o desventajas del sistema privado aceptó su afiliación al mismo.

Como se ha indicado, el Sistema Privado de Pensiones se creó como Sistema alternativo y no es excluyente del Sistema Nacional de Pensiones, es por ello que ambos se han mantenido como regímenes paralelos que compiten en el mercado previsional.

Cabe precisar que por la característica especial de la capitalización individual del Sistema Privado de Pensiones, los efectos de la afiliación a dicho Sistema tenían diferentes significados para distintas clases de trabajadores. Así, por ejemplo, mientras el nuevo Sistema beneficiaba a los jóvenes que empezaban su ciclo laboral y, por ende, las posibilidades de acopio a su cuenta individual se hacían mayores, para los trabajadores que ya habían cumplido los requisitos para adquirir una pensión en el Sistema Nacional de Pensiones al momento de la afiliación al Sistema Privado, el traslado no les era favorable.

Pese a ello, las afiliaciones a las AFP fueron indiscriminadas y mal ilustradas, lo que ocasionó que un número indeterminado de personas que fueron afiliadas a las AFP, a quienes el Sistema Nacional de Pensiones le aseguraba una mejor pensión, demanden el retorno al régimen público. Debe resaltarse que la falta de información e incluso el engaño del que fueron víctimas muchos asegurados, vicia la voluntad expresada por ellos mismos para afiliarse a una AFP. Esto responde a que no es posible expresar una decisión válida para contratar cuando la otra parte, quien presta un servicio público, no ha cumplido con su deber de información.

Ante esta problemática social, en el seno del Congreso de la República se promovieron diversas iniciativas legislativas⁽²²⁾ que buscaban dar solución a la misma promoviendo la posibilidad de una desafiliación irrestricta, incluso, en algún caso, facultando el libre traslado del SPP al SNP y viceversa. En medio de todas ellas, en agosto de 2006, luego del inicio de funciones del nuevo Gobierno Nacional, el Poder Ejecutivo propuso el proyecto de Ley N° 0026/2006-PE, en el cual se postuló la posibilidad de acceder a la libre desafiliación del SPP y otorgar pensiones complementarias. Este proyecto se

(22) Algunos claros ejemplos son el Proyecto N° 14393/2005-PE, de febrero de 2006, Proyecto N° 13288/2004-CR, de junio de 2005, Proyecto N° 12821/2004-CR, de abril de 2005, entre otros.

concretizó en la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

Sin embargo, un mes antes de que esta ley fuera publicada, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que traería consigo la tan anhelada posibilidad de iniciar un procedimiento de desafiliación del SPP a fin de retornar, de manera válida, al SNP.

En efecto, se trató de la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de enero de 2007, publicada el 9 de febrero de 2007 en su portal electrónico, recaída en el proceso constitucional de amparo seguido por Víctor Augusto Morales Medina, Expediente N° 1776-2004-AA/TC⁽²³⁾. Con este pronunciamiento, el TC se adelantó a la resolución del conflicto, estableciendo que aquellos afiliados al SPP que no estuvieran de acuerdo con su incorporación al SNP, podían acceder al retorno.

Además, es con esta sentencia⁽²⁴⁾ que el Tribunal Constitucional abre el camino a un nuevo criterio jurisprudencial, el cual, sorprendentemente, se alejó de la línea que había mantenido esta entidad en casos similares. En efecto, cabe recordar que en diversas sentencias⁽²⁵⁾ que precedentemente habían sido emitidas por el TC versando sobre temas similares, este había sido determinante al señalar que las demandas cuya temática se centrara en la nulidad de afiliación al SPP, debían ser declaradas improcedentes en vía constitucional, porque no hay una vulneración real a derechos constitucionales, lo que no habilitaba al acceso de la vía constitucional, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho para acudir a la vía civil ordinaria.

No obstante, la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, se determinaron tres supuestos específicos, según los cuales todo afiliado al SPP podía retornar al SNP, los cuales eran: (i) Si al momento de la afiliación al SPP, ya se había alcanzado la posibilidad de acceder a una pensión en el SNP; (ii) Si la afiliación al SPP se dio a consecuencia de una deficiencia en la información percibida por el afiliado; y (iii) Si las labores desplegadas generan un peligro en la vida o la salud del afiliado.

(23) Publicada en la Gaceta de Procesos Judiciales del diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007.

(24) Que incluye la Resolución de aclaración a la citada sentencia, emitida el 6 de marzo de 2007.

(25) Los procesos en los cuales el TC ha declarado improcedentes las demandas de acción de amparo en los que se solicita la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones son los siguientes: Exps. N°s 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC, 2861-2003-AA/TC, 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-AA/TC, 2896-2003, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC, 2046-2004-AA/TC, entre otros.

Apenas un mes después, en marzo de 2007 se promulgó la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, la misma que recogía parcialmente lo propuesto por el TC a través de la sentencia publicada pocas semanas atrás.

La discrepancia entre los términos de la sentencia y la ley radicó en que a diferencia de la primera, la segunda solo consignó dos de los tres supuestos adelantados por el TC: el haber alcanzado la titularidad de la pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP y el peligro en la vida o la salud del afiliado. Respecto de la información, la Ley solo se pronunció a futuro, implementando la obligación a todas las AFPs para que desde el momento de la entrada en vigencia de dicha norma, se brinde la información debida y adecuada a quienes deseen afiliarse a una de ellas, mas no se ocupó del tema de aquellos que alegaban falta de información como la consecuencia de su deseo de desafiarse del SPP.

Siendo ese el contexto, el TC decide emitir un nuevo pronunciamiento, cuyo punto central fue la falta de información, además de constituirse como precedente vinculante. De esa manera, el 4 de mayo de 2007 se publicó la sentencia que recayó en el Expediente N° 07281-2006-AA y mediante la cual el TC daba inmediata respuesta a la promulgación de la Ley N° 28991, donde se puede advertir que el TC deja de lado el rol de ente proponente, para transformarlo en un papel imperativo, según el cual pretende “imponer”⁽²⁶⁾ al Poder Ejecutivo que al reglamentar la Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, regule adicionalmente un supuesto de desafiliación del SPP contenido en su sentencia del 26 de enero de 2007 que no fue contemplado expresamente como tal por la Ley N° 28991.

Esta segunda sentencia centraliza su atención en la búsqueda de un razonamiento que explique los motivos por los cuales el Poder Ejecutivo debió y debería incluir el supuesto de la falta de información dentro de los alcances de la Ley N° 28991. Para ello, se plantea una línea de análisis sobre la cual se justifica la inclusión del supuesto de falta de información dentro del marco de aplicación de la Ley N° 28991, por estar debidamente fundamentado por el artículo 65 de nuestra Constitución, según el cual se consagra el derecho de las personas a tomar decisiones informadas.

(26) A través de los fundamentos 23 y 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07281-2006-AA/TC, es posible evidenciar esta clara imposición que el TC consigna en el último pronunciamiento publicado, respecto del tema de la desafiliación.

En igual sentido, el TC pone en evidencia el vínculo estrecho que existe entre la falta de información como presupuesto para iniciar el procedimiento de desafiliación, con el derecho de acceso a la pensión, en el sentido que como es sabido el contenido esencial de tal derecho se encuentra conformado por el libre acceso o retiro de ella, razón por la cual solo será posible la ejecución efectiva de tal derecho sobre la base de una decisión razonablemente informada.

No obstante el claro mandato del Tribunal Constitucional, el Reglamento de la Ley N° 28991 no reguló ni reglamentó el supuesto de la falta de información suficiente a efectos del ejercicio de la facultad de traslado de un sistema a otro como uno de procedencia de la desafiliación del SPP. Por el contrario, solo trató los dos supuestos recogidos por la ley.

Ante dicho proceder del Poder Ejecutivo, la reacción del Tribunal Constitucional fue inmediata, toda vez que al día siguiente de la publicación del Reglamento de la Ley N° 28991, el TC publicó en la Gaceta de Jurisprudencia del diario oficial *El Peruano* una serie de sentencias a través de las cuales resuelve demandas de amparo iniciadas por afiliados del SPP a fin de buscar su retorno al SNP, sobre la base del supuesto de la falta de información suficiente, declarándolas fundadas. Cabe advertir que en los meses siguientes, se expidieron más de 600 sentencias cuyos fundamentos dieron pie a que el supuesto de falta de información fuera ampliado a subgrupos, tales como: distorsionada información, deficiente información, inducción a la afiliación, entre otros.

Con todo ello, a partir del año 2007 se abrió el camino hacia el retorno al SNP, permitiendo que aquellas personas que veían disminuidos sus derechos a pensionarse con las irregularidades presentadas en su afiliación al SPP, tuvieran la oportunidad de remediar dicha situación, asegurándose un futuro mejor. Además, esta apertura hacia el retorno permitió concebir la idea de una reestructuración del SNP, en la medida en que al permitir el regreso de un grupo de afiliados, los recursos que financian el régimen se verían igualmente incrementados.

Un dato interesante es que al año 2013, la SBS ha emitido un total de 105,593 Resoluciones de Desafiliación, lo que evidencia el éxito de la medida. Sin embargo, es opción de cada afiliado ejecutar el derecho reconocido de volver al SNP.

IV. LA REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Estando ya en el año 2012, teníamos que se habían implementado las medidas necesarias para que aquellos afectados con las afiliaciones cuestionadas

al SPP, pudieran optar por el regreso al SNP. A su vez, este último tenía la posibilidad de mejorar sus fuentes de ingresos al recibir a un número significativo de personas, cuyas aportaciones permitirían mayores recursos para la sostenibilidad del Sistema. De igual manera, el Régimen Previsional del Estado había quedado definitivamente cerrado, con lo que la carga que representaba para el Estado se veía, en proyección, aliviada.

Pero resultaba necesaria una reforma del Sistema Privado de Pensiones a efectos de superar el estancamiento que venía experimentando. Es así que en el mes de julio de 2012 se publicó la Ley N° 29903, que dispuso su reforma.

Los principales cambios que insertó la Ley de Reforma estuvieron enfocados en la inserción de nuevos actores adicionales a las AFP (como los agentes a cargo de los procesos operativos), la incorporación de más personas al Sistema (como afiliados potestativos), la designación de una sola AFP que concentre a todos los nuevos afiliados (cuya elección giró en torno a la oferta de la menor comisión), restricciones en el libre traslado entre las AFP (permitiéndose únicamente a aquellos que estuvieron dentro del Sistema hasta antes de la entrada en vigencia de la ley), afiliación obligatoria de los independientes, centralización de procesos operativos, creación de nuevas comisiones, entre otros.

Es importante resaltar, que de todos los cambios antes enunciados, el proceso de licitación de nuevos afiliados, el cambio de las comisiones y la afiliación obligatoria de los independientes, resultaron ser los de mayor trascendencia.

El proceso de licitación implicó someter a un concurso a todas las AFP y aquellas empresas que quisieran ingresar al mercado de la administración de los fondos de pensiones; concurso en el que competían en función de la comisión ofertada. Así, quien ofreciera el menor porcentaje de comisión, sería el acreedor de todos los nuevos afiliados al SPP durante dos años, lo que se ha proyectado en un estimado de 700,000 personas. Esto, a su vez, significó –y significa– que todo aquella persona que ingrese por primera vez al SPP, ya no tendrá posibilidad de elegir entre las AFP existentes, sino que por defecto, será afiliado a la AFP ganadora de la licitación⁽²⁷⁾.

En adición, la reforma del SPP dispuso la modificación de la forma de cálculo de las comisiones que se cobrarían dentro del régimen. Así, la Ley N° 29903 creó la comisión sobre el saldo, la misma que establece que las AFP cobrarán la contraprestación por sus servicios de administración, ya no sobre

(27) Importa señalar que el proceso de licitación se llevó a cabo el 20 de diciembre de 2012, adjudicándose la buena pro a la recién constituida AFP Habitat, la cual inició sus operaciones a partir del mes de junio de 2013.

la remuneración asegurable, sino sobre el fondo pensionario. Evidentemente, el propósito de este cambio fue condicionar a las AFP a enfocarse en conseguir mayor rentabilidad para sus afiliados, toda vez que a mayor rentabilidad, mayor incremento del fondo y, por ende, mayor comisión.

Cabe anotar que esta variación en la forma de cálculo de la comisión fue producto de múltiples cuestionamientos, básicamente por la posibilidad de que descontarla del fondo previsional pudiera atentar contra la intangibilidad de este que garantiza la Constitución vigente.

Finalmente, la afiliación de los trabajadores independientes menores de 40 años de edad suscitó especial atención. La Ley de Reforma determinó que a los 120 días después de la publicación del su Reglamento –aprobado por el Decreto Supremo N° 068-2013-EF– todos aquellos independientes que percibieran más de una Remuneración Mínima Vital durante un mes, estaban en la obligación de afiliarse a un sistema previsional y aportar sobre lo percibido. Esta obligación surgió pues a partir del 1 de agosto de 2013.

Lejos de ser una iniciativa bien recibida, las críticas fueron mayores, las que se basaron en el hecho de que el establecimiento de cuotas de aportación obligatorias para los independientes generaría una disminución de sus ingresos que no tenían presupuestada. Además, se criticaron los márgenes de aportación, siendo estos los siguientes:

SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	
Ingresos (rentas de cuarta o cuarta-quinta categoría)	Tasa de Aportación
Menos de 1 RMV en el mes.	0 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014.	7 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2015.	10 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero de 2016 en adelante.	13 %
Más de 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 y en adelante.	13 %

SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES	
Ingresos (rentas de cuarta o cuarta-quinta categoría)	Tasa de aportación
Menos de 1 RMV en el mes.	0 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014.	5 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2015.	7 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero de 2016 en adelante.	10 %
Más de 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 y en adelante.	10 %

Pese a la claridad de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones respecto a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes menores de 40 años de edad a partir del 1 de agosto de 2013, en el mes de setiembre de este año se expidió la Ley N° 30082 que modificó ello, estableciendo que dicha obligatoriedad se suspendía hasta el 1 de agosto de 2014.

Por tanto, en la actualidad mantenemos el esquema anterior bajo el cual los trabajadores independientes no están obligados a aportar a un régimen previsional.

V. DEL RÉGIMEN PREVISIONAL DEL ESTADO

Tal como hemos tenido oportunidad de señalar, en paralelo al Sistema Nacional de Pensiones, y luego también al Sistema Privado de Pensiones, en el Perú se cuenta con un régimen previsional adicional, el llamado Régimen Previsional del Estado, creado por el Decreto Ley N° 20530, promulgado el 26 de febrero de 1974. En principio este sistema se presentó como exclusivo y cerrado, abarcando únicamente a un número determinado de trabajadores del Estado. Esto es, al momento de la dación de esta norma, el objetivo fue crear un sistema previsional especial para aquellas personas que se encontraran prestando servicios a favor del Estado y que no estuvieran comprendidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, el régimen del Decreto Ley N° 20530 fue ampliando su ámbito subjetivo, a través de diversas normas de excepción, como es el caso de la Ley N° 25146 (incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación), Ley N° 25212 (incorporó a los profesores), Ley N° 25273 (incorporó a los trabajadores de las empresas públicas), entre otras.

A su vez, la misma disposición constitucional implementó el derecho de los beneficiarios del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 a la nivelación progresiva de sus pensiones con los ingresos de los trabajadores en activo. La justificación que se le otorgó a este privilegio fue que este Sistema era uno de naturaleza cerrada.

En ese sentido, mediante la Ley N° 23495 y su Reglamento se dispuso que las nivelaciones a las que se refirió la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, debían sujetarse a la escala remunerativa de los servidores públicos comprendidos en el Decreto Legislativo N° 276. Es decir, las pensiones que se otorgaban en el marco del Decreto Ley N° 20530

eran equivalentes a las remuneraciones que percibían los trabajadores en activo (el denominado efecto espejo).

Evidentemente, esta situación generó ingentes desembolsos de dinero, cuyos orígenes no fueron siempre los fondos previsionales del Sistema de Pensiones, sino que por el contrario, los recursos en su gran mayoría provenían del Tesoro Público. A consecuencia de ello, a partir de 1991 se empiezan a imponer topes pensionarios, los que fueron declarados constitucionales por el Tribunal de Garantías Constitucionales. No obstante, este criterio fue modificado en 1997 cuando el mismo Tribunal Constitucional se pronunció señalando que, en virtud de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, la imposición de topes era inconstitucional.

El costo de mantenimiento anual del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 era un aproximado de S/. 4500 millones, que en gran medida se destinaba al pago de las prestaciones niveladas obtenidas de manera indebida, razón por la cual el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República un proyecto de reforma de los artículos 11, 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que al ser aprobado le permitiera reestructurar el régimen previsional del Estado.

Es decir, se hacía urgente contar con una reforma que abarcara todo el Sistema, con el objetivo de sostener al Régimen de Pensiones del Estado como un sistema financieramente viable y equitativo.

Esta reforma constitucional tuvo como sustento importantes recomendaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional, entre otros. De esa manera, el día 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28389, mediante la cual se aprobó la reforma de la Constitución Política de 1993, sustituyéndose –entre otros– el contenido de su Primera Disposición Final y Transitoria, declarándose cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como excluida de nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional y la nivelación de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores en activo.

Asimismo, el 30 de diciembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28449, el cual establecía las nuevas reglas del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la reforma constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, siendo las principales novedades la imposición como tope máximo de las pensiones el equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, la prohibición de la nivelación de las mismas con las

remuneraciones de los trabajadores en activo, entre otras disposiciones adicionales⁽²⁸⁾. Además, esta norma dispuso que aquellas pensiones que no alcanzan el tope establecido, podían ser reajustadas a inicios de cada año, siempre que el pensionista cumpla con tener 65 o más años de edad.

Como se puede advertir, se expidieron dos normas cuyo principal propósito fue desaparecer y prohibir la nivelación pensionaria en el marco del Régimen Previsional del Estado.

Es importante anotar que hasta antes de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional, la mayoría de pensionistas del régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530 percibía prestaciones inferiores a los S/. 800.00, además de que no contaban con una pensión mínima garantizada.

Así, al eliminarse la nivelación pensionaria, el sistema contaba con mayores recursos para mejorar las pensiones, por lo que podría decirse que la reforma acarreó beneficios para los pensionistas, pues con ella, a partir de enero de 2005, ningún pensionista del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibía una pensión inferior a los S/. 415.00, es decir, de manera similar a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 19990 (Sistema Nacional de Pensiones). Asimismo, la reforma pensionaria trajo consigo que los incrementos en las pensiones favorecieran a 97,178 beneficiarios cuyas pensiones no eran superiores a S/. 800.00, entre otras bondades.

Como era de esperarse, un sector representativo de los beneficiarios del régimen que obtenían elevadas pensiones de cesantía (producto de la nivelación pensionaria) y, otro importante sector de pensionistas desinformados de lo que conllevaba la reforma constitucional, avalados por algunas instituciones habilitadas para interponer demandas de inconstitucionalidad (los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao) plantearon la inconstitucionalidad de las Leyes N° 28389 y N° 28449, siendo declarado por el Tribunal Constitucional infundado el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional (Ley N° 28389) y fundada en parte en cuanto algunos aspectos que conllevaba la Ley N° 28449, a través de la sentencia del 3 de junio de 2005, recaído en el Expediente acumulado N° 050-2004-AI/TC.

Sobre este pronunciamiento, Abanto Revilla nos recuerda que en la misma sentencia en los fundamentos 63, 64, 99 y 100 (entre otros), se estableció

(28) Es importante anotar que la nivelación de las pensiones quedó expresamente prohibida por el artículo 3.1 de los lineamientos para la el reconocimiento, declaración, calificación y pago de derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530, aprobado por la Resolución Ministerial N° 405-2006-EF.

que la nivelación no era una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, sino que fue agregada con posterioridad, constituyendo el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen (factor de inequidad), por lo que prohibir la nivelación de pensiones con las remuneraciones no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión ⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾.

Asimismo, la nivelación con el trabajador activo constituye una herramienta de reajuste de la pensión, como así lo puede constituir, por ejemplo, la nivelación con el costo de vida, con el valor de la moneda extranjera, con el valor del precio de un metal o mineral con cotización internacional pública, o una fórmula polinómica. Así, todos ellos son mecanismos de reajuste y el reajuste mismo de la pensión no se encontraba en discusión. Por ello, relieren que lo que se ventilaba en la acción de inconstitucionalidad era si la nivelación con el trabajador activo constituía la esencia del derecho a la pensión que, como se aprecia, no constituye el único ni mucho menos contenido esencial del derecho a la pensión, pues si así fuera ese sería el patrón básico para todos los regímenes de la Seguridad Social en el Perú y en el mundo y no, como sucedía en nuestro país, que se aplicaba solo a un reducido grupo de beneficiarios del régimen previsional del Estado⁽³¹⁾.

Por tanto, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, con la entrada en vigencia de Ley de Reforma Constitucional y de la Ley N° 28449, mantenían su derecho y condición de pensionistas pero sin el mecanismo de reajuste a través de la nivelación en caso se produjera un reajuste de la remuneración del trabajador en activo, sino que percibirán el reajustes de sus pensiones por disposición normativa. Este es el efecto de la prohibición de la nivelación pensionaria: la pensión no puede ser reajustada a través de la nivelación pensionaria, la cual deja de tener aplicación, lo que origina en la práctica que el pensionista mantenga su pensión, en el monto que ha venido percibiendo, sujetándose a una nueva disposición normativa para su reajuste, el cual ya no opera en forma

(29) ABANTO REVILLA, César: “Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 82, julio 2005, p. 34.

(30) Para ver un mayor análisis sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión ver el artículo de ABANTO REVILLA, César, referido en el pie de página N° 2 y el artículo de GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. “Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 82, julio 2005, pp. 19-29.

(31) *Ibidem*, pp. 28-29.

automática con la remuneración del trabajador en activo, sino que debe ajustarse a los criterios de sostenibilidad financiera⁽³²⁾

Toda vez que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no satisfizo a los impugnantes de las Leyes N° 28389 y N° 28449, puesto que no habían logrado su finalidad, que era que se continúe con la nivelación de las pensiones de cesantía con lo que percibían los trabajadores activos, así como que continúe rigiendo en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, estos acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a fin de que esta haga suya su reclamación y plantee ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Estado peruano con su reforma constitucional habría violado el derecho a la propiedad privada de los pensionistas, debiéndose evaluar las cuestiones generales sobre protección del derecho a la pensión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entre otros criterios de legalidad y proporcionalidad ⁽³³⁾.

En su oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el pronunciamiento del Caso 12.670 seguido por la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros en contra del Perú, decidiendo sobre el fondo de las peticiones de las presuntas víctimas que venían ejerciendo su derecho a la pensión de cesantía, declaró que el Estado Peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 21 de la Convención Americana, es decir, sobre el derecho a la propiedad privada en derecho pensionario.

Así la CIDH, consideró que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de Seguridad Social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y, por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. La CIDH también consideró razonable el argumento de que estas medidas (reforma constitucional) pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido, el cual es asegurar la estabilidad

(32) Un importante trabajo elaborado acerca de la sostenibilidad financiera, se puede consultar a: GARCÍA GRANARA, Fernando. “La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones”. En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, noviembre de 2006, pp. 855-887.

(33) Un estudio detallado sobre el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se realiza en GONZALES HUNT, César. “La reforma constitucional y legal del régimen previsional del D.L. N° 20530. Anotaciones al Informe N° 38/09 en el Caso 12.670 del CIDH”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 131, agosto, 2009, pp. 269-277.

financiera del Estado y eliminar la inequidad en el Sistema de Seguridad Social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos. Finalmente, la CIDH consideró pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivalía a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención Americana; por el contrario, las supuestas víctimas continúan ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones, sin que resulte una afectación a la esencia del derecho a la pensión. Por lo tanto, este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.

La CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana, es decir, del derecho al desarrollo progresivo de las normas sociales. Así, la CIDH consideró que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26° de la Convención Americana, supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles, implicando un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. La CIDH considera aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, por lo que consideró que la reforma pensionaria no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

Por otro lado, la CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención Americana, es decir, del derecho a la protección judicial. Así, la CIDH consideró que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo; por lo que consideró que del expediente no se desprende la existencia de una manifiesta arbitrariedad judicial, limitándose los peticionarios a cuestionar la posición jurídica adoptada por el Tribunal Constitucional peruano.

En definitiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, cerrando a nivel supranacional cualquier revisión sobre el tema de la reforma pensionaria.

Así, esta consolidación a nivel supranacional de la reforma pensionaria, constituyó una gran victoria jurídica para el Estado peruano, pues la contingencia económica del acogimiento de los objetores de la reforma constitucional y legal del Régimen Previsional del Estado ascendía a \$ 5,850 millones. Además, tal pronunciamiento en sede supranacional habilitó el establecimiento de mecanismos adecuados y necesarios en la tarea de implementar

finalmente la carrera del servicio público o la reforma integral del empleo público, de progresiva aplicación en la actualidad.

VI. COMENTARIO FINAL

25 años no son muchos, sin embargo, la evolución experimentada en ese tiempo por la regulación de la Seguridad Social en Pensiones en nuestro país ha sido, por decir lo menos, notable. No solo se han incorporado nuevas formas de protección, sino que los paradigmas propios en que se ha asentado desde que se conoce como fórmula de cobertura de estados de necesidad provocados por riesgos sociales, parecen haber sufrido los que podrían considerarse como verdaderos vuelcos.

Tal vez el cambio más radical ha sido la creciente intervención privada en la administración de los sistemas previsionales así como la aplicación del régimen financiero de capitalización individual, haciendo prevalecer la solución suficiente y adecuada de las contingencias sociales por sobre la idea de redistribución de los ingresos, alejándose de la regla estimada como de la esencia misma de la Seguridad Social, que tradicionalmente ha considerado tal circunstancia como su único y real objetivo final, lo que plantea el desafío de replantearnos tal finalidad considerada esencial, idea que, aun en otro sentido, fue claramente plasmada por la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que ha debido intervenir para otorgar su legitimación a las modificaciones que el Estado peruano ha introducido buscando la equidad global de uno de nuestros sistemas previsionales, evitando que éste se viera obligado a continuar otorgando beneficios que estaban lejos de constituirse en una real solución de los problemas cuya solución se ha ido sobreponiendo a cualquier otra finalidad anexa a los mismos.

Se ha tomado conciencia de la real importancia que la protección social efectiva de los particulares frente a los riesgos sociales presenta, en términos tales que todos aquellos llamados a regular legislativamente estas materias se han visto verdaderamente sobrepasados al imponerse, de alguna forma, la esencia misma de las instituciones, por sobre el interés o inclinación formal de proteger los intereses meramente económicos que puedan estar implicados.

En efecto, hemos visto cómo el Tribunal Constitucional ha buscado la protección social incluso más allá de las reglamentaciones encomendadas por el legislador, sobreponiendo de esta forma, la búsqueda de la solución a los problemas propios de la Seguridad Social en Pensiones, por sobre el claro interés económico del sistema estatal, llegándose incluso a resaltar el derecho

esencial de los afiliados a la toma de decisiones informadas, por sobre un conocimiento presunto de la ley.

El máximo intérprete de la Constitución se ha constituido en un verdadero protector de la realización de la esencia misma de la Seguridad Social, más allá de todo paradigma preestablecido que, por lo demás, no parecen haber permitido la adecuada respuesta a los problemas que plantea la disciplina, demostrando, por un lado, que la Administración estatal no siempre es garantía de eficiencia y de cuidado de los recursos previsionales y que, en contraposición a ello, los particulares pueden resultar administradores capaces y efectivos y, por el otro, que los sistemas de reparto no solo no se han constituido necesariamente como la respuesta idónea a los problemas sociales a que están naturalmente llamados a responder, sino que tampoco parecen haber operado como un efectivo mecanismo de redistribución de los ingresos, siendo válido preguntarse sobre el real contenido de la Seguridad Social en los tiempos que nos toca vivir.

Ciertamente, este es un debate aún no resuelto. Tal vez en una próxima efeméride de nuestra homenajeada podamos brindar respuestas más claras y logradas a esta trascendental materia.