

LA EXTENSIÓN DE PROTECCIÓN PREVISIONAL A LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES: UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A SU AFILIACIÓN OBLIGATORIA A LOS SISTEMAS PREVISIONALES

ANDRÉ COSSIO PERALTA⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, los trabajadores que prestan servicios de forma independiente o por cuenta propia representan aproximadamente el 35 % de la Población Económicamente Activa Ocupada (PEA Ocupada). Sin embargo, y de manera histórica, la protección previsional únicamente ha recaído sobre las personas que prestan servicios bajo una relación de dependencia (contrato de trabajo). De esta manera, ese 35 % de la PEA Ocupada se encontraba al margen de los sistemas de protección previsional para que puedan afrontar los riesgos propios de la vejez, invalidez o la muerte, salvo que voluntariamente hayan decidido afiliarse a los mismos.

Es en ese contexto que el 19 de julio de 2012 se publica en el diario oficial *El Peruano*, la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (Ley de Reforma del SPP) que, entre sus principales disposiciones, estableció la obligatoriedad de afiliación de los trabajadores independientes menores de

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia del curso Derecho Laboral Especial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado del Área Laboral de Rubio, Leguía, Normand.

40 años de edad a un sistema previsional, ya sea al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

De este modo, la Ley de Reforma del SPP pretendió extender el ámbito subjetivo de la protección previsional a los trabajadores independientes. Sin embargo, la vigencia de dicha disposición recién se produjo en el mes de agosto de 2013⁽²⁾ para que, ante los diversos cuestionamientos efectuados en contra de la misma, el legislativo proceda a postergar el aporte obligatorio hasta el 1 de agosto de 2014⁽³⁾.

No obstante, a pesar de dicha finalidad, dentro del legislativo y de los propios sujetos comprendidos en la reforma, se continuó cuestionando la medida por el impacto directo que la misma podría representar en la canasta familiar y/o liquidez de los trabajadores independientes, además de calificarla como una medida intervencionista⁽⁴⁾ que constituye un abuso incalificable⁽⁵⁾ de corte paternalista que restringe el derecho a la libertad de contratación y que, en los hechos, se trata de un robo institucionalizado⁽⁶⁾.

A la fecha de preparación del presente trabajo, dichos cuestionamientos se agudizaron e, inclusive, se realizó una marcha en contra la Ley de Reforma del SPP, con lo cual se aceleró el debate en el Pleno del Congreso de los diversos proyectos de ley que, por un lado, proponían postergar la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes⁽⁷⁾, y, por otro lado, su derogación⁽⁸⁾. El Congreso finalmente ha acogido esta última propuesta, encontrándose pendiente de promulgación u observación por parte del Poder Ejecutivo.

(2) De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reforma del SPP, la misma recién entraría en vigencia en el plazo de 120 días a partir de la fecha en que se publicase su norma reglamentaria. Esta última, el Decreto Supremo N° 068-2013-EF, se publicó el 3 de abril de 2013 de modo que el referido plazo se cumplió el 2 de agosto de 2013.

(3) Conforme a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30082, Ley que modificó la Ley de Reforma del SPP, publicada el 22 de setiembre de 2013.

(4) MULDER, Mauricio. “Crónica de un robo”. En: Peru21.pe, 21/09/2013, <<http://peru21.pe/empresa/cronica-robo-2150054>> Consulta: 14/07/2014 a las 21:34 hrs.

(5) Congresista Yonhy Lescano en entrevista en Radio Programas del Perú 20/09/2013 <http://www.rpp.com.pe/2013-09-20-lescano-ley-de-aporte-de-independientes-a-afp-es-un-abuso-incalificable-noticia_632745.html>. Consulta: 14/07/2014 a las 21:45 hrs.

(6) CISNEROS, Claudia. “AFP: El robo institucionalizado a los independientes”. En: Diario *La República*, Lima, 13/07/2014, <<http://www.larepublica.pe/columnistas/de-centro-radical/afp-el-robo-institucionalizado-a-los-independientes-13-07-2014>>. Consulta 14/07/2014 a las 21:59 hrs.

(7) Proyecto de Ley N° 3544/2013-CR (presentado el 02/06/2014).

(8) Proyectos de Ley N°s 3546/2013-CR (presentado el 03/06/2014), 3695/2014-CR (presentado el 05/08/2014), 3698/2014-CR (presentado el 05/08/2014), 3707/2014-CR (presentado el 12/08/2014), 3714/2014-CR (presentado el 13/08/2014), entre otros.

Dentro de esta coyuntura, el presente trabajo tiene por objeto abordar el problema del recorte al derecho a la libertad de contratación a partir de la justificación constitucional de la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes como mecanismo de extensión de la protección previsional.

II. EL DERECHO UNIVERSAL Y PROGRESIVO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

1. El derecho a la Seguridad Social y el sistema peruano de seguridad social

La Seguridad Social es un derecho humano fundamental⁽⁹⁾ reconocido en múltiples instrumentos internacionales⁽¹⁰⁾ y, por lo tanto, se proclama como un derecho de **toda persona**, conforme así ha sido recogido en el artículo 10 de nuestro texto constitucional que expresamente consagra que “el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de **toda persona** a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida” (énfasis añadido).

Como bien es sabido, la Seguridad Social ha sido objeto de múltiples definiciones⁽¹¹⁾; sin embargo, todas tienen en común que ella procura brindar protección a **toda persona** frente a las diversas contingencias y/o vicisitudes que pueden presentarse a lo largo de su vida. De ahí, pues, que se proclame el carácter universal de la Seguridad Social que comprende necesariamente un alcance objetivo (todos los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona en el desarrollo de su vida) y otro subjetivo (todas las personas sin distinción)⁽¹²⁾.

(9) NEVES MUJICA, Javier. “La Seguridad Social en la Constitución”. En: EGUIGUREN, Francisco (Dir). *La Constitución peruana y sus problemas de aplicación*. Cultural Cusco S.A. Editores, Lima, 1987, p. 178.

(10) Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador.

(11) Ver por ejemplo la definición expresa por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1944 citada por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Son los Sistemas Privados de Pensiones Formas de la Seguridad Social”. En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, Madrid, 1998, pp. 169-170; RODRÍGUEZ RAMOS, María José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VILCHEZ PORRAS, Maximiliano. *Sistema de Seguridad Social*. 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 37; y, FAJARDO CRIBILLERO, Martín. *Teoría General de la Seguridad Social*. Ediciones Luis Alfredo, Lima, 1991, p. 21.

(12) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, María José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VILCHEZ PORRAS, Maximiliano. Ob. cit., pp. 35 y 36.

Precisamente por esta vocación universal, toda persona deberá ser sujeto de dicha protección, sin que sea relevante su condición, ya sea que se trate de trabajadores asalariados, trabajadores independientes (por cuenta propia), personas que no tienen una remuneración o ingreso, pues, como bien señala Pasco Cosmópolis, por dicha vocación, la Seguridad Social tiene como objetivo proteger a toda persona en estado de necesidad⁽¹³⁾. Más aún, para Toyama Miyagusuku la Seguridad Social debe comprender a todas las personas en atención a su condición de derecho fundamental⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, conforme a nuestro marco constitucional vigente, el ejercicio del derecho a la seguridad social comprende el otorgamiento de prestaciones de salud y de pensiones, toda vez que en el artículo 11 de la Constitución se proclama el deber del Estado de “(...) garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”.

Sobre la base de este mandato constitucional, se configura el Sistema Peruano de Seguridad Social que se subdivide en: (i) el Sistema de Seguridad Social en Salud; y; (ii) el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. A efectos del presente trabajo, solamente nos interesa examinar la composición de este último.

2. El Sistema de Seguridad Social en pensiones: el Sistema Privado de Pensiones como una forma de seguridad social

En virtud de lo establecido en el artículo 11 de nuestra Constitución, en materia previsional conviven de forma paralela un régimen público (SNP)⁽¹⁵⁾ y un régimen privado (SPP).

Sin embargo, y como anota Pasco Cosmópolis, ambos sistemas no corresponden a la idea misma de Seguridad Social⁽¹⁶⁾; pues, de un lado, el SNP

(13) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Loc. cit.

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Principios de la Seguridad Social”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Tribunal Constitucional, Lima, 2008, p. 303.

(15) Cabe precisar, como bien anota Abanto, que el régimen público está compuesto por los siguientes regímenes: (i) Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar y Policial; (ii) Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones; y, (iii) Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos. Cfr. ABANTO REVILLA, César. “La ampliación de cobertura en materia previsional: La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes y la regulación de los regímenes no contributivos”. En: *Laborem*. N° 11. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2011, p. 315. No obstante, para los fines del presente trabajo, cuando se haga referencia al régimen o sistema público nos referiremos al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

(16) La idea de seguridad social comprende un rasgo de universalidad (atención a todas las personas en estado de necesidad); generalidad-integralidad (cobertura total oportuna y suficiente de todos los riesgos sociales); unidad (métodos de operación técnica y de organización legal administrativa y financiera similares); base técnica (criterios comunes de la Seguridad Social en el mundo entero); y, solidaridad

constituye un régimen de reparto de alcance esencialmente limitado a los trabajadores que aportan a un fondo común⁽¹⁷⁾; y, de otro lado, el SPP está estructurado en función de los aportes individuales de los trabajadores dependientes a una cuenta individual de capitalización.

Más aún, respecto de este último, el mismo autor acotó que se trata de un sistema de ahorro individual que carece del rasgo fundamental de la Seguridad Social: la solidaridad⁽¹⁸⁾. Por esta razón, Gonzales Hunt precisa que el SPP no constituye una manifestación de la Seguridad Social, sino más bien de una forma de aseguramiento social que no se sustenta en la idea de redistribución de la riqueza⁽¹⁹⁾. El Tribunal Constitucional (TC) también era de esta misma opinión⁽²⁰⁾.

No obstante, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma del SPP, el TC ha señalado que “(...) El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social”⁽²¹⁾. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento, el SPP constituye una forma de Seguridad Social que permitirá garantizar el acceso y disfrute de otro derecho fundamental: el derecho a la pensión.

3. La garantía institucional de la Seguridad Social y el derecho fundamental a la pensión

El TC ha proclamado que la Seguridad Social, más que un derecho, constituye una garantía institucional que permite salvaguardar el otorgamiento de prestaciones individualizadas que permitan coadyuvar al mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad⁽²²⁾. A partir de ello, Gonzalez Hunt ha señalado que esta garantía institucional permitirá, pues, la efectividad de un derecho⁽²³⁾, esto es, las prestaciones de salud o el otorgamiento de pensiones.

(distribución equitativa del costo del sistema entre todos los miembros de la comunidad). Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los Principios de la Seguridad Social y Los Diversos Sistemas Pensionarios”. En: *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 261.

(17) GONZALES HUNT, César. “La configuración constitucional de la Seguridad Social en pensiones”. En: AA.VV. *Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 430.

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Son los Sistemas Privados de Pensiones ...”. Ob. cit., p. 178.

(19) GONZALES HUNT, César. “La Seguridad Social y el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones”. En: *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 280.

(20) Cfr. Fundamento jurídico N° 140 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

(21) Fundamento jurídico 38 de la STC Exp. N° 0001-2013-PI/TC.

(22) Fundamento jurídico 54 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

(23) GONZALES HUNT, César. “La configuración constitucional ...”. Ob. cit., p. 437.

Con respecto al otorgamiento de pensiones, el TC ha sostenido que la seguridad social es la garantía institucional del derecho a la pensión que facilita su vigencia en el marco de lo que corresponde a un Estado Social y Democrático de Derecho⁽²⁴⁾. Más aún, el Supremo Intérprete de la Constitución precisó que como toda garantía institucional, la Seguridad Social requiere que exista una fuente normativa que permita delimitar su contenido de modo que esta pueda operar plenamente⁽²⁵⁾. Así, acota el TC, que la garantía institucional de la Seguridad Social está compuesta por: (i) las disposiciones legales que prevén las condiciones legales de pertinencia a un determinado régimen de seguridad social y, por lo tanto, su reforma requerirá una mayor carga de consenso, en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad; (ii) las condiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho subjetivo a una particular prestación; y, (iii) el principio de solidaridad⁽²⁶⁾ que trae consigo la justicia redistributiva inherente a todo sistema de seguridad social⁽²⁷⁾.

Por lo tanto, desde la doctrina del TC, la Seguridad Social se erige como el instrumento a través del cual se materializa el derecho fundamental a la pensión, siendo este una manifestación del contenido de aquella⁽²⁸⁾. Precisamente, para el TC el derecho a la pensión es un derecho fundamental de configuración legal y que parte de su contenido constitucionalmente protegido se haya comprendido por el derecho *de acceso a una pensión*⁽²⁹⁾.

Esta fase de acceso, a la luz de los pronunciamientos del TC⁽³⁰⁾, comprenderá, pues, a las disposiciones legales que prevén los requisitos de libre acceso al sistema de Seguridad Social en Pensiones consustanciales a la actividad laboral

(24) Fundamento jurídico 53 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados

(25) Fundamento jurídico 55 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

(26) Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación que va dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común, y de otro, ‘el deber del núcleo directivo de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales’”. Fundamento jurídico 16 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC.

(27) Fundamento jurídico 55 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

(28) GONZALES HUNT, César. “La configuración constitucional ...”. Loc. cit.

(29) Los otros elementos lo componen el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión; y, el derecho a una pensión mínima vital. Cfr. Fundamento jurídico N° 107 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados; leído en conjunto con el fundamento jurídico 37 de la sentencia recaída en el Exp. N° 01417-2005-AA/TC.

(30) Cfr. Fundamentos jurídicos 42 y 43 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0001-2013-PI/TC.

pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio tanto al periodo de aportaciones al SNP como al SPP.

A partir de este marco conceptual, veamos la situación de los trabajadores independientes frente al acceso a los sistemas de protección previsional.

III. EL TRABAJO INDEPENDIENTE Y SU EXCLUSIÓN DE PROTECCIÓN PREVISIONAL

1. Hacia la definición del trabajador independiente

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el empleo o trabajo independiente está compuesto por los siguientes subgrupos: (i) los trabajadores por cuenta propia o autónomos, esto es, quienes trabajando por su cuenta no han contratado a ningún empleado de forma constante para que labore con ellos; (ii) los miembros de cooperativas de productores que trabajan en una cooperativa de bienes y servicios y participan en condiciones de igualdad; (iii) los empleadores que son aquellos trabajadores que laborando por su propia cuenta han contratado empleados de forma continua durante determinados periodos; y, (iv) los trabajadores auxiliares que trabajan en un establecimiento dirigido por una persona de la familia, pero que no puede ser identificable o comparable con el jefe del establecimiento⁽³¹⁾.

Sin embargo, Lanzilotta ha ensayado una definición operativa, pues afirma que, sin perjuicio de las múltiples definiciones existentes, en virtud de la calificación del puesto de trabajo, puede identificarse que el empleo por cuenta propia alcanza a los siguientes subgrupos: (i) Profesionales [abogados, arquitectos, etc.]; (ii) Cuenta propia de oficio [transportistas, electricistas, etc.]; y, (iii) Cuenta propia de subsistencia⁽³²⁾ [personas que no tienen alguna calificación, como por ejemplo, vendedores ambulantes].

(31) FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y DURÁN VALVERDE, Fabio (coordinador). *Innovaciones en la extensión de la cobertura del seguro social a los trabajadores independientes*. Experiencias de Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Francia y Uruguay. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, p. 13.

(32) LANZILOTTA, Bibiana. "El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay". En: AA.VV. *Trabajadores Independientes y protección social en América Latina*. Fabio M. Bertranou (coordinador). Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p. 40.

Esta última clasificación se acerca a la que maneja el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), pues por trabajador independiente entiende a “la persona que explota su propia empresa o negocio o que ejerce por su cuenta una profesión u oficio y que puede tener o no, trabajadores remunerados a su cargo”⁽³³⁾. Sobre la base de esta definición, para el cierre del año 2012, más del 34 % de la PEA Ocupada a nivel nacional califican como trabajadores independientes, a diferencia del 24 % de empleados y 20 % de obreros⁽³⁴⁾. Para el año 2013, el porcentaje de trabajadores independientes no ha variado, pues se estima que este grupo representa el 34,5 % del total de la PEA Ocupada a nivel nacional⁽³⁵⁾.

Precisamente, con la Ley de Reforma del SPP se pretendió incorporar a este importante sector, puesto que en su definición de trabajador independiente comprendía tanto a las personas que percibían ingresos de cuarta y/o quinta categoría de acuerdo a las normas de la Ley del Impuesto a la Renta⁽³⁶⁾. De este modo, estarían incluidos en la Ley de Reforma del SPP aquellas personas que ejerzan de manera individual cualquier profesión, arte u oficio, así como los denominados trabajadores independientes que perciben ingresos de cuarta-quinta categoría⁽³⁷⁾.

2. La exclusión de protección previsional al trabajador independiente

Las actividades que realizan los trabajadores independientes, por lo general, son temporales, cíclicas y, en la mayoría de los casos, se ejecutan de manera informal. Por esta razón, la OIT ha señalado que los trabajadores independientes son más vulnerables frente a los problemas de precariedad laboral y, por ello, a los efectos negativos de los ciclos económicos, lo que hace necesario la elaboración de estrategias y políticas para garantizarles protección social⁽³⁸⁾.

(33) Definición utilizada por INEI para medir la variable de ingresos del trabajador independiente en la Encuesta Nacional de Hogares. Ver: <http://webinei.inei.gob.pe/anda_inei/index.php/catalog/195/vargrp/VG31> Consulta: 06/07/2014 hora: 8:25 p.m.

(34) Determinación propia de los porcentajes en función de los datos obtenidos de la Encuesta Nacional de Hogares al año 2012. La PEA ocupada está compuesta (en miles) por 15,541.5, de los cuales: (i) 3,836.1 son empleados; (ii) 3,214.6 son obreros; y, (iii) 5,403.5 son trabajadores independientes.

(35) De acuerdo al cuadro estadístico elaborado por la Dirección de Investigación Socio Económico Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con base en la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua 2013.

(36) Artículo 8.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, modificado por el artículo 7 de la Ley de Reforma del SPP.

(37) Inciso a) del artículo 33 e inciso e) del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

(38) FLORES AGUILAR, Jorge (et. ál). Ob. cit. p. 11.

En nuestro ordenamiento, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP, la afiliación al SNP o al SPP era facultativa o voluntaria para los trabajadores independientes. En el caso peruano, se estima que, en promedio, apenas un 10 % de los trabajadores independientes han optado por afiliarse de manera voluntaria, ya sea al SNP o al SPP, lo cual no resulta ajeno a lo que sucede en otros países sudamericanos⁽³⁹⁾.

En efecto, en países como Argentina y Chile, los trabajadores independientes han expresado su falta de motivación para cotizar en los sistemas de seguridad social debido a la desconfianza en el propio sistema, bajas prestaciones en comparación con las altas cotizaciones, o solamente por no contar con recursos necesarios para asumir las mismas⁽⁴⁰⁾.

Estas razones resultan perfectamente aplicables al caso peruano, toda vez que, bajo un esquema de afiliación voluntaria, no se ha presentado un importante nivel de incorporación de los trabajadores independientes al SNP o al SPP, encontrándose, en los hechos, al margen del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a pesar de la proclamada libertad de acceso prevista en el artículo 11 de la Constitución. En efecto, si se repasan los índices de incorporación de nuevos afiliados al SPP al cierre de los tres ejercicios anteriores a la fecha de publicación de la Ley de Reforma del SPP, se advierte lo siguiente⁽⁴¹⁾:

Tipo de trabajador	Dic. 2009	Dic. 2010	Dic. 2011
Dependiente	13636	19473	21623
Independiente	141	252	637

Como se observa, los trabajadores independientes veían recortada sus posibilidades de poder acceder y, eventualmente, disfrutar de una pensión que tiene carácter de derecho fundamental, la cual, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP, se reconocía –en los hechos– exclusiva de los trabajadores asalariados. Confirmándose así las considerables diferencias existentes

(39) ABANTO REVILLA, César. “La ampliación de cobertura ...”. Ob. cit., p. 323.

(40) BERTRANOU, Fabio. “Economía Informal, Trabajadores Independientes y Cobertura de la Seguridad Social en Argentina, Chile y Uruguay”. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--emp_policy/documents/meetingdocument/wcms_125982.pdf Consulta: 06/07/2014> a las 9:20 p.m. pp. 12 y 13.

(41) Información recabada del Boletín Estadístico Mensual para el SPP del portal institucional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos Privados de Pensiones <<http://sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#b>>.

entre el nivel de protección social que se otorga a los trabajadores asalariados en comparación con la que se brinda a los trabajadores independientes⁽⁴²⁾.

IV. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES: ¿LA RESTRICCIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN O LA GARANTÍA DEL ACCESO A UN DERECHO FUNDAMENTAL?

Dentro de las diversas críticas formuladas contra la Ley de Reforma del SPP, se señaló que la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales recorta el derecho fundamental a la libertad de contratar reconocido en los artículos 2 inciso 14) y 62 de la Constitución⁽⁴³⁾.

En este sentido, y como veremos a continuación, la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes supera el Test de Proporcionalidad con base a los lineamientos establecidos por el TC, lo cual implica identificar la justificación constitucional, para luego efectuar el juicio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, en ese orden⁽⁴⁴⁾.

1. La justificación constitucional

Para identificar la justificación constitucional en el caso de la Ley de Reforma del SPP debemos de remitirnos al proyecto de ley que la originó, vale decir, el Proyecto de Ley N° 1213/2011-PE (“el Proyecto”), del cual se advierte que, de un lado, el objetivo inmediato de la medida consiste en ampliar la cobertura previsional a los trabajadores independientes con capacidad contributiva; y, de otro lado, la finalidad mediata será garantizar que estos accedan al derecho fundamental a la pensión⁽⁴⁵⁾.

(42) BERTRANOU, Fabio. Ob. cit., p. 2.

(43) El TC ha señalado que la libertad de contratación posee un doble contenido: (i) libertad de contratar, esto es, la libertad de decidir si contrato o no y con quién se contrata; y, (ii) libertad contractual, que comprende la libertad de configuración interna del contenido del contrato, esto es, la autodeterminación de la materia objeto de regulación y las reglas que regirán el mismo. Cfr. Fundamento jurídicos N°s 7 y 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 02175-2011-AA/TC.

(44) Cfr. Fundamentos jurídicos N°s 32-36 de la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2008-AI/TC.

(45) Página 53 del Proyecto de Ley N° 1213/2011-PE.

Con respecto a la ampliación de cobertura, se observa que, sobre la base de las estadísticas de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administración de Fondos Privados de Pensiones, solamente en lo que va de 2014, se han incorporado 3031 trabajadores independientes⁽⁴⁶⁾, lo cual supera aproximadamente en un 294 % a la suma de todos los nuevos trabajadores independientes afiliados al SPP durante los años 2009, 2010 y 2011⁽⁴⁷⁾. Esta ampliación de la cobertura, como bien sostiene Ramírez Azcúe, se configura como una obligación primordial de los Estados por la consagración del derecho a la seguridad social como un derecho humano fundamental⁽⁴⁸⁾.

En lo que se refiere a la garantía del derecho fundamental a la pensión, en el Proyecto se señaló que esta medida apunta a asegurar el ejercicio del mismo dentro de la garantía institucional de la seguridad social potenciándose con el principio de igualdad entre trabajadores dependientes e independientes⁽⁴⁹⁾.

Ahora bien, cabe anotar que a partir del reconocimiento del derecho a la pensión como un derecho fundamental de carácter social y siendo una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, el Estado tiene el deber de realizar prestaciones adicionales para garantizar su ejercicio y disfrute universal⁽⁵⁰⁾. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, nuestro país ha adoptado un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud del cual se admite que el Estado pueda limitar o intervenir en los denominados derechos fundamentales clásicos, esto es, los derechos fundamentales de libertad⁽⁵¹⁾ para que se garantice el goce de los denominados derechos sociales.

En esta materia, el TC ha establecido que el Estado tiene obligaciones de hacer, consistentes en efectuar las acciones necesarias que permitan el mayor disfrute del derecho⁽⁵²⁾, por lo que no solo se exigirá una conducta abstencionista,

(46) Boletín Estadístico Mensual para el SPP del mes de julio de 2014 de la SBS.

(47) La suma total de los trabajadores independientes incorporados durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011 asciende a 1030 trabajadores independientes. Ver supra punto 2.2.

(48) RODRÍGUEZ AZCÚE, Álvaro. “La ampliación de cobertura en materia previsional: La regulación de los regímenes contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes”. En: *Laborem*. N° 11, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2011, pp. 358-359.

(49) Página 53 del Proyecto de Ley N° 1213/2011-PE.

(50) Fundamento jurídico 56 de la sentencia recaída en los Exps. N°s 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.

(51) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 92-95.

(52) Fundamento jurídico 7 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2002-2006-PC/TC.

sino que además demanda “(...) una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana⁽⁵³⁾”.

Más aún, teniendo en cuenta que de acuerdo a la doctrina del TC, se reconoce tanto al SNP como al SPP como formas de Seguridad Social, el carácter solidario de esta institución también debe proyectarse a los trabajadores independientes, pues estos, al igual que todos los integrantes de la colectividad, deberán aportar con su actividad a la consecución de un fin común del Estado⁽⁵⁴⁾. En materia de la Seguridad Social en Pensiones, esta solidaridad se verificará en coadyuvar con el deber del Estado de garantizar que *todas las personas* –sin importar su condición– puedan tener acceso al derecho fundamental a la pensión.

Así, en razón de dicha solidaridad, las formas de seguridad social en pensiones de nuestro ordenamiento deberán responder al carácter obligatorio de la Seguridad Social, pues, como bien sostiene Aparicio Tovar, “el esquema solidario no existiría si se dejara a los individuos [la potestad de] estar dentro o fuera de él [Sistema de Seguridad Social] según su voluntad”⁽⁵⁵⁾.

De esta manera, en materia del derecho a la pensión, se justifica una intervención del Estado en el recorte a la libertad de contratación de los trabajadores independientes para que, a través de la afiliación obligatoria a un Sistema Pensionario (SNP o SPP), pueda garantizárseles el potencial disfrute y ejercicio de otro derecho fundamental: el derecho a la pensión.

2. El juicio de idoneidad

En este nivel, debe analizarse la relación de causalidad entre la medida legislativa restrictiva y la finalidad constitucional perseguida por el legislador. Así, en la materia que nos convoca, el recorte del derecho a la libertad de contratación a través de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales, implicará necesariamente que estos aporten de manera compulsiva al SNP o al SPP para que, una vez que cumplan con los requisitos establecidos en tales sistemas, puedan disfrutar de una pensión para afrontar las contingencias de la vejez, enfermedad, invalidez o muerte.

(53) Fundamento jurídico 56 (último párrafo) de la sentencia recaída en los Exps. N°s 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.

(54) Cfr. el desarrollo del principio de solidaridad efectuado por el TC en los ff. jj. 6 al 9 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0004-2010-AI/TC.

(55) APARICIO TOVAR, Joaquín. “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”. En: AA.VV. *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación*. Granada, Comares, 2008, p. 133.

Por lo tanto, existe una relación de causalidad entre la medida restrictiva adoptada (afiliación obligatoria) y el fin legítimo perseguido por el legislador (garantizar el derecho fundamental a la pensión a través de la garantía institucional de la Seguridad Social), de ahí que se supere el juicio de idoneidad.

3. El juicio de necesidad

Conforme prevé el TC, en este punto corresponderá analizar si existen medidas alternativas para alcanzar con igual o mayor intensidad la finalidad propuesta “(...) incidiendo con menor, nimia o sin ninguna intensidad en el contenido del concernido derecho fundamental”⁽⁵⁶⁾. De esta manera, debemos comparar la obligatoriedad de afiliación por el legislador con otros mecanismos que permitan garantizar a los trabajadores independientes la posibilidad de acceder a los sistemas previsionales que les permitan acceder y disfrutar del derecho fundamental a la pensión.

Las alternativas que no afectan el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de contratación son: (i) la voluntariedad de la afiliación; y, (ii) la promoción estatal de una cultura previsional.

A las razones expuestas sobre la baja tasa de afiliación voluntaria⁽⁵⁷⁾, se agrega que existe un marcado desinterés, en particular, por parte de los trabajadores independientes de menor edad en contar con un fondo previsional para afrontar las contingencias que puedan producirse a largo plazo. Se opta, pues, por la satisfacción de las necesidades cercanas e inmediatas en desmedro de las necesidades a largo plazo⁽⁵⁸⁾.

Por lo tanto, con la voluntariedad no se alcanzará la finalidad propuesta por el legislador, a lo que se suma que la administración de un sistema previsional de afiliación voluntaria resulta sumamente onerosa⁽⁵⁹⁾, por lo que, contrariando la finalidad propuesta por el legislador, se terminaría desincentivando la incorporación de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales.

(56) Fundamento jurídico 35 de la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2008-AI-TC.

(57) Ver supra punto 2.2.

(58) Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el nivel de previsión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuando subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro”. Fundamento jurídico 48 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0001-2013-PI/TC.

(59) BERTRANOU, Fabio y SARAVIA, Leonor. “Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: Desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones”. En: AA.VV. *Trabajadores Independientes y protección social en América Latina*. Fabio M. Bertranou (coordinador). Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p. 27.

Por el lado de la implementación de una política estatal de una cultura previsional para sensibilizar a los trabajadores independientes respecto a los riesgos de la vejez, enfermedad o muerte, no resultaría una medida inmediata para garantizar la ampliación de la cobertura previsional. En otras latitudes, este tipo de políticas se han intensificado con posterioridad al establecimiento de la obligatoriedad de la afiliación. Por ejemplo, en Cabo Verde, el Instituto Nacional de Seguridad Social elaboró una estrategia de comunicación intensiva a los trabajadores independientes seguida de actividades de educación y sensibilización, lo que contribuyó al incremento de la cobertura previsional respecto de este colectivo⁽⁶⁰⁾.

4. El juicio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto

En los términos del TC, en este punto corresponderá verificar si al nivel o grado de intervención del derecho fundamental afectado (libertad de contratación), le corresponde un mayor grado de importancia u optimización de la finalidad constitucional pretendida por el legislador⁽⁶¹⁾ (ampliación de la cobertura previsional a los trabajadores independientes y garantía del acceso al derecho fundamental a la pensión).

Aquí tenemos, pues, que la Ley de Reforma del SPP neutraliza totalmente el derecho a la libertad de contratación con fines previsionales, pues el trabajador independiente no puede decidir libremente si se incorpora o no a un sistema previsional. Empero, a esta completa afectación a libertad de contratación, se contraponen el mayor grado de importancia de la finalidad constitucional del legislador de optimizar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión por parte de los trabajadores independientes con capacidad contributiva.

De esta manera, el Estado cumple con su deber de realizar acciones positivas para garantizar el ejercicio del derecho universal y progresivo a la seguridad social en pensiones, contemplado en los artículos 10 y 11 de la Constitución.

(60) Cfr. FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y Fabio Durán Valverde (Coordinador). Ob. cit., p. 36.

(61) Fundamento jurídico 36 de la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2008-AI-TC.

V. APUNTES FINALES

Superado el examen de constitucionalidad de la afiliación obligatoria establecida por la Ley de Reforma del SPP, cabe observar que la misma proclama la igualdad entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes. Sin embargo, ¿realmente son iguales? Veamos.

Si bien trabajadores asalariados e independientes se encuentran expuestos a los mismos riesgos de la vejez, invalidez y muerte, no puede soslayarse que existe una clara diferenciación entre su situación laboral. En efecto, por un lado los trabajadores asalariados se encuentran bajo el marco protector de la legislación laboral y percibirán todos los beneficios previstos en el mismo; de otro lado, los trabajadores independientes carecen de protección laboral, cuando –probablemente– en los hechos deba corresponderle. A su vez, los trabajadores independientes *verdaderamente* independientes, en múltiples casos, perciben ingresos cíclicos que no pueden compararse a la regularidad de los ingresos de los trabajadores asalariados.

En atención a dicha diferencia, la incorporación de los trabajadores independientes debe analizarse en función de su particular condición a fin de definir si es viable su incorporación al régimen existente o será necesario el diseño de un régimen especial⁽⁶²⁾. Por ejemplo, en Argentina y Uruguay, los trabajadores independientes, dependiendo de su condición laboral, pueden incorporarse al régimen general, al régimen simplificado monotributo para pequeños contribuyentes, o a las cajas previsionales para profesionales universitarios⁽⁶³⁾.

Asimismo, en Brasil, país que representa la experiencia más exitosa en materia de extensión de protección previsional a los trabajadores independientes⁽⁶⁴⁾, la diferencia versa en la forma y/o tasa de contribución al sistema previsional. En efecto, en el Plan Simplificado de Previsión Social brasileño el trabajador independiente puede elegir entre contribuir con una tasa máxima del 20 % con relación al salario mínimo mensual o, escoger por la tasa de contribución mínima del 11 % de dicho salario⁽⁶⁵⁾.

(62) BERTRANOU, Fabio y SARAIVA, Leonor. Loc. cit.

(63) *Ibidem*, p. 29.

(64) FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y Fabio Durán Valverde (coordinador). “Innovaciones en la extensión de la cobertura...”. Ob. cit., p. 15.

(65) *Ídem*.

En cambio, en nuestro ordenamiento, con la Ley de Reforma del SPP se pretendió que al trabajador independiente inicialmente se le aplique una tasa gradual de aporte obligatorio que, finalmente, al mes de agosto de 2017, sería idéntica a la que se aplica a los trabajadores asalariados, vale decir, 13 % para el caso del trabajador independiente que se encontrarse afiliado al SNP, y 10 % de aporte obligatorio para el que se encuentre afiliado al SPP.

En razón de lo expuesto, consideramos que el debate debería centrarse en examinar si se justifica la implementación de un sistema previsional y tasas de aportes diferenciados que reconozcan la particularidad situación de los trabajadores independientes, asumiendo que, en nuestro contexto, la obligatoriedad de su incorporación a los sistemas previsionales resulta indispensable para garantizar que puedan tener acceso a la Seguridad Social en Pensiones y tengan la posibilidad de disfrutar del derecho fundamental a la pensión.

No obstante, el Pleno del Congreso ha aprobado derogar las disposiciones legales que establecían la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales devolviéndole su carácter voluntario. Esta decisión legislativa incide directamente en el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues recae sobre las disposiciones legales que establecen la incorporación de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En este sentido, no se ha reparado en el hecho que con la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP dichas disposiciones han pasado a formar parte de la garantía institucional de la Seguridad Social en Pensiones. De ahí que, como bien sostiene el TC, este sistema se encuentre blindado contra reformas legislativas que lo anulen o vacíen de contenido⁽⁶⁶⁾, exigiéndose, por lo tanto, un mayor grado de consenso sobre las reformas que pretendan implementarse. En atención a ello, consideremos que un eventual retorno a la afiliación voluntaria sin que se discuta una reforma integral al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que incorpore a los trabajadores independientes, significaría un retroceso en el deber del Estado de garantizar el derecho universal y progresivo a la Seguridad Social.

(66) Fundamento jurídico N° 54 (último párrafo) de la sentencia recaída en los Exps N°s 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.