

LA AFILIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LA SEGURIDAD SOCIAL FALLIDA

MAURICIO MATOS ZEGARRA⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del sistema privado de pensiones (en adelante, SPP) introducida por la Ley N° 29903 hace más de dos años, es sin duda, de una de las más profundas que se han efectuado en este sistema desde su creación e implementación en nuestro país en el año 1993⁽²⁾.

En el contexto social y económico en el que se conciben las normas laborales y de seguridad social, varios aspectos de la reforma han sido objeto de críticas, a tal punto que las reformas que introduce son hasta el día de hoy fuente interminable de debates, polémica y opiniones encontradas respecto a algunos de los aspectos que desarrolla, habiendo sido materia incluso de una demanda de inconstitucionalidad resuelta a favor de la constitucionalidad de la reforma en el Exp. N° 0013-2012-PI/TC de fecha 27 de mayo de 2013.

No cabe duda de que uno de los aspectos que más controversia y encendidas discusiones ha suscitado es el de la afiliación obligatoria de trabajadores

(1) Gerente de Human Capital en EY. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB) - Bélgica. Docente de Derecho del Trabajo en la UCSM y en la UCSP.

(2) Recordemos, sin embargo, que los primeros intentos de implementación del SPP se dieron con el D. Leg. N° 724 del 11 de noviembre de 1991, cuyo artículo 1 dispuso la creación del SPP con el carácter de complementario al SNP a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

independientes; al punto que mediante la Ley N° 30082 tuvo que suspenderse la afiliación obligatoria de estos trabajadores hasta el 1 de agosto de 2014, y a la fecha en que concluimos el presente trabajo, el Congreso de la República ha aprobado por mayoría un Proyecto de Ley que suspende de manera definitiva la afiliación obligatoria de trabajadores independientes e incluso autoriza la devolución de los aportes ya realizados, proyecto que de ser promulgado determinará la defunción de una reforma que, valgan verdades, tampoco tuvo aplicación efectiva.

El debate sobre la reforma y funcionamiento del SPP en general, también ha merecido el pronunciamiento de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que a través de una serie de documentos como el *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*⁽³⁾ y el *Informe Anual de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones del año 2012*, ha mostrado su preocupación sobre como viene funcionando este esquema de seguridad social en el mundo y en nuestro país, a la luz del Convenio 102 - Norma Mínima sobre Seguridad Social, ratificado por el Perú en el año 1961.

En este sentido, a través del presente trabajo hemos querido recoger y comentar el impacto de la reforma del sistema pensionario en el Perú respecto a los trabajadores independientes y sobre todo analizar las causas de su fracaso. Con este objeto, hemos estructurado el mismo en tres partes principales. En la primera nos abocamos a recordar las diferencias estructurales existentes entre el SPP y el SNP, y sobre todo aquella que tiene que ver con el financiamiento de la seguridad social a través de un esquema de reparto solidario –como sucede en el SNP– o a través de un esquema de capitalización individual –como sucede en el SPP–.

En la segunda parte, desarrollamos y comentamos las reformas introducidas por la Ley N° 29903 respecto a los trabajadores independientes, así como el impacto que estas pueden tener en la economía y futuro previsional de los afiliados al SPP, y aquellos que decidan incorporarse por primera vez al sistema.

Finalmente, nos abocamos a desarrollar los aspectos pendientes para tener una cobertura efectiva y eficaz para los trabajadores llamados independientes y por qué razón hoy solo podemos hablar de una seguridad social fallida para estos.

(3) Documento adoptado en el seno de la 100 Conferencia Internacional del Trabajo, 2011 y cuyo texto íntegro puede ser consultado en <<http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>.

II. EL FINANCIAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

1. Del seguro social a la seguridad social:

Para poder abordar los temas introducidos por la ley de reforma del SPP respecto a la afiliación obligatoria de trabajadores independientes, resulta fundamental recordar cómo es que se financia y cómo es que funciona un esquema público de pensiones frente a un esquema privado.

Alemania, fue en la segunda mitad del siglo XIX el primer país donde se implementó un sistema de seguro social. En efecto, para el canciller Bismarck “el Estado no solo podía tener una misión defensiva destinada a proteger los derechos ya existentes, sino que debía promover activamente mediante instituciones apropiadas y utilizando los medios colectivos a su disposición, el bienestar de todos sus miembros y sobretodo el de los débiles y más necesitados”⁽⁴⁾. En este sentido, Dupeyroux⁽⁵⁾ nos recuerda que el sistema de seguro social alemán está construido sobre tres pilares fundamentales:

- a) **La afiliación**, que es obligatoria para todos los miembros de las categorías beneficiadas por el seguro, ya sea el de enfermedad, el seguro de accidentes de trabajo y el seguro de invalidez y vejez.

Como podemos advertir, el sistema de seguro social alemán, no tiene la vocación de universalidad, no busca proteger a todos, sino a un grupo de ciudadanos específico: los trabajadores. No obstante en el contexto del siglo XIX solo se entiende por trabajador, al trabajador obrero o al trabajador dependiente. La seguridad social no estaba garantizada para aquellos que podían ejecutar una prestación en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios con absoluta libertad, pues en principio aquellos trabajadores que desempeñaban una profesión liberal no estaban comprendidos en esta cobertura social.

Nuestro país se alinea parcialmente con este sistema, pues la protección que brinda la seguridad social ha sido históricamente dispensada a los trabajadores y propiamente hablando, a los trabajadores dependientes, quienes son considerados en línea de principio, los

(4) DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 17^{ème}. Ed. Dalloz. Paris. 2011, p. 22. Traducción libre.

(5) *Ibidem*. p. 23 y ss

afiliados obligatorios tanto del SNP, como del SPP e incluso del sistema de seguridad social en salud, pues los trabajadores “económicamente independientes” son considerados asegurados voluntarios o facultativos⁽⁶⁾.

- b) **El monto de la contribución:** el pago de una contribución o de un aporte, es un rasgo fundamental en el esquema del seguro social por dos razones: La primera permite diferenciar al seguro social de la asistencia social pues la protección que dispensa el seguro social solo se da para quienes han contribuido a su financiamiento con el pago de sus aportes, ya sea directamente, a través del empleador o de manera conjunta. La segunda, permite diferenciar al seguro social del seguro privado, pues mientras en el seguro privado el pago de la prima de seguro se realiza en función del valor de lo asegurado, de la alea, y del grado de siniestralidad, las cotizaciones al seguro social se realizan en función a la remuneración percibida por el trabajador.
- c) **La repartición de la carga social:** el pago de las cotizaciones se encuentran compartidas en líneas generales entre el asegurado y el empleador, con la eventual participación del Estado a través de una subvención.

Luego de dos guerras mundiales, y una serie de cambios políticos y sociales que redibujaron el mundo, los ingleses reformularon el planteamiento inicial del sistema alemán de seguros sociales, hacia un sistema de seguridad social con vocación de universalidad, generalidad y uniformidad. En efecto, partiendo de una idea básica: eliminar la indigencia y aceptar que el problema de la pobreza no es un problema sin solución, Beveridge⁽⁷⁾, el artífice del sistema, entiende que toda la población debe formar parte de la seguridad social –no solo los trabajadores como en el sistema alemán– y por otro lado las prestaciones deben ser uniformes, es decir se fijan en base a un mínimo legal sin tomar en cuenta la situación profesional⁽⁸⁾.

(6) El artículo 4 del D.L. 19990 establece que podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley: a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y

(7) BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*. November 1942, HMSO. En: <<http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html>>.

(8) Tal como lo refiere la OIT, el nuevo concepto de seguridad social comprendía la cobertura universal de la población, la oferta de prestaciones compatibles con la dignidad humana, y la prestación de asistencia sociales para quienes no estuviesen amparados por el seguro social. En: *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra, 2011, en: <<http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>, p. 11

La OIT reconoce la influencia que ambos sistemas ha tenido en su normativa –convenios y recomendaciones– a lo largo del siglo XX. Así, señala que las actividades normativas de la OIT pueden dividirse en tres generaciones. Las normas de la primera generación corresponden a la era del “seguro social”, por lo que entre 1919 y 1939 la OIT adoptó 15 convenios y 11 recomendaciones inspirados en este sistema. Las normas de la segunda generación, se adoptaron en la era de la “seguridad social” y aunque solo fueron tres convenios y cuatro recomendaciones, uno de los convenios (102), es la piedra angular sobre la cual se ha construido el sistema de seguridad social en el mundo; y finalmente, las normas de la tercera generación, que se centraron en la consolidación de los sistemas de seguridad social y la elevación del nivel de protección en términos de población cubierta, de cuantía y tipo de prestaciones⁽⁹⁾.

2. La seguridad social pensionaria en el Perú

Nuestro país no ha sido ajeno a los avatares en la evolución de los sistemas de protección social. La Constitución Política del Estado de 1920 acorde a los lineamientos del Estado Social o “Estado de Bienestar” introdujo las primeras regulaciones sobre seguridad social⁽¹⁰⁾. Si nos centramos exclusivamente en la protección dispensada a los riesgos sociales de vejez e invalidez, que comprende además el otorgamiento de prestaciones para sobrevivientes (viudez y orfandad), nuestro país se ha caracterizado por tener un sistema de seguros sociales con una importante participación del Estado.

La implementación del seguro social en nuestro país es relativamente reciente y tardía respecto a Europa. La Ley N° 8433 del 4 de setiembre de 1936 en concordancia con la Ley N° 13640 del 22 de abril de 1961 consolida la existencia de un seguro social obligatorio y la creación de un Fondo de Jubilación Obrera para los trabajadores que ostentan tal condición. Así, si bien la afiliación es obligatoria, solo lo es para los obreros, y en cuanto al financiamiento del sistema, este era tripartito e implicaba la participación solidaria del dependiente, el empleador e incluso del Estado.

Para el caso de los trabajadores –empleados, la protección social se implementa a través de la creación de una caja de enfermedad– Maternidad y una de

(9) *Ibidem*, pp. 11 y 12.

(10) Cabe resaltar que en el año 1911 ya se había promulgado en nuestro país una primera norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la Ley N° 1378; sin embargo, dicha norma hace responsable de la indemnización ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional al empleador directamente, por lo que no estaríamos frente a un esquema de seguro social ni de seguridad social propiamente dicho, solo frente a la implementación de la teoría del riesgo en materia de responsabilidad civil.

Pensiones con la Ley N° 13724 de 1961, aunque la caja de pensiones solo se organizaría el 11 de julio de 1962. La afiliación era obligatoria para los trabajadores empleados y el financiamiento del sistema era bipartito, el trabajador aportaba o cotizaba con 1/3 y el empleador asumía el pago de los 2/3 restantes⁽¹¹⁾.

El Decreto Ley N° 19990 del 1 de mayo de 1973, actualmente vigente y que constituye además la norma marco que organiza lo que hoy conocemos como SNP acabó con la dicotomía obrero-empleado, implementando un sistema de pensiones destinado a cubrir las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivientes para todos los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada y aquellos trabajadores del régimen laboral público no comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Ley N° 20530⁽¹²⁾. No obstante, consideró a los trabajadores independientes como afiliados voluntarios, dividiéndolos en dos categorías: a) por un lado los trabajadores considerados como independientes por realizar actividades por cuenta propia y no subordinadas⁽¹³⁾; y b) los trabajadores que habiendo sido dependientes, dejaron de serlo y optaron por seguir cotizando en calidad de independientes para alcanzar el derecho a una prestación dentro del sistema.

3. El financiamiento del SNP: financiación colectiva

El SNP puede considerarse como un típico sistema de seguro social, solidario y de reparto. En efecto, en primer lugar, la afiliación es obligatoria solo para los trabajadores dependientes, es decir, aquellos que se encuentran dentro del marco de una relación laboral (sea a duración determinada, indeterminada o a tiempo parcial); para el caso de los trabajadores independientes, la afiliación devino en obligatoria para las personas menores de 40 años, aunque a la fecha, su implementación se encuentra en suspenso.

En segundo lugar, la contribución y aporte originalmente fue bipartito, es decir, en el diseño original de la norma, el trabajador contribuía con un aporte de 1/3 y el empleador con los 2/3 restantes. Esta situación se ha modificado con el tiempo y desde el 1 de enero de 1997, por aplicación de la Segunda Disposición

(11) Es importante agregar que con anterioridad a la Ley N° 13724, existieron algunos intentos fallidos de procurar protección a los empleados, tanto a través de la Ley N° 10624 (1946) y el Decreto Ley N° 17262 (1968) que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares - Fejep.

(12) El régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al Estado creado en 1974 es un régimen cerrado y en vías de extinción, sobretodo a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 29389 en el año 2004. Por las características del sistema y los pensionistas que alberga no es materia de análisis en el presente trabajo. Para profundizar en el estudio de este régimen recomendamos revisar NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

(13) El artículo 6 del D.S. N° 011-74-TR establece que se considera actividad económica independiente aquella que genera un ingreso económico por la realización de trabajo personal no subordinado.

Transitoria de la Ley N° 26504, las aportaciones al SNP son del 13 % de la remuneración asegurable a cargo exclusivamente del trabajador.

Los aportes o contribuciones que realiza el trabajador se dirigen a un fondo común de carácter intangible⁽¹⁴⁾. Por su parte la OIT en el primer párrafo del artículo 71 del Convenio 102, ratificado por el Perú, establece que “el costo de las prestaciones en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del [Estado] Miembro y la de las categorías de personas protegidas”.

A fines de los años ochenta y el inicio de la década del noventa, el SNP atravesaba una aguda crisis económica, reflejo de la situación que afrontaba nuestro país. Esta situación sumada a una pésima administración de la Seguridad Social por parte de las instituciones públicas como el Seguro Social del Perú y luego el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), hicieron repensar el rol del Estado frente a la seguridad social y buscar una alternativa válida a los esquemas de financiación por reparto que requerían siempre una fuerte y activa participación del Estado.

La respuesta a esta crisis la daría Chile, país que desde noviembre de 1981 había redibujado e reinventado el esquema clásico de financiamiento de la seguridad social con amplia participación estatal, reemplazándolo por un sistema privado de pensiones, donde el capital privado tiene un rol estelar en la administración del sistema.

4. El financiamiento del SPP: financiación individual

La existencia de esquemas privados de pensiones en el mundo es relativamente nueva. La patente de invención la tiene Chile, primer país que implementó la medida a inicios de la década de los años 80. La OIT advierte que durante los últimos decenios, este sistema proliferó en los países en transición de Europa Central y Oriental y en los países de América Latina⁽¹⁵⁾.

(14) El artículo 12 de la Constitución Política del Estado establece que los fondos y las reservas de la seguridad social tienen carácter intangible por lo que disentimos con varios pasajes de la STC recaída en el Exp. N° 0013-2012-PI/TC respecto a la constitucionalidad del cobro de la comisión al SPP sobre la base de lo que ya se encuentra en las cuentas individuales de capitalización (CIC) de los afiliados.

(15) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ob. cit., p. 207 y ss.

La característica principal del SPP es que elimina el principio de financiación colectiva y solidaria típica de los sistemas de reparto, reemplazándolo por un sistema de Cuentas Individuales de Capitalización (CIC) que permiten que cada afiliado acumule anticipadamente y de manera individual el monto de su futura pensión de jubilación; Así, la base de cálculo de la pensión de jubilación está relacionada directamente con las cotizaciones aportadas por el trabajador. En conclusión, tal como advierte Mesa-Lago⁽¹⁶⁾, los sistemas público y privado de pensiones de seguridad social se definen sobre la base de sus cuatro elementos fundamentales: cotización, prestación, régimen financiero y administración. El sistema público se caracteriza por cotización no definida, prestación definida, régimen financiero de reparto y administración pública. Por el contrario, el sistema privado se caracteriza por cotización definida, prestación no definida, régimen financiero de capitalización individual y administración privada.

En nuestro país, a diferencia de Chile, el SPP convive con el SNP; es decir, que el trabajador puede elegir entre pertenecer a uno u a otro sistema; sin embargo, desde su creación, la orientación del legislador ha sido facilitar al trabajador el tránsito del SNP al SPP y no lo contrario. En consecuencia, estamos frente a un sistema paralelo⁽¹⁷⁾.

Cabe agregar, finalmente, que si bien la OIT tolera la existencia de los esquemas privados de pensiones, ha sido muy crítica con estos. Así, la Comisión de Expertos entiende que estos esquemas se estructuran sin tomar en cuenta no solo los principios de solidaridad, participación en los riesgos y financiación colectiva, que constituyen la esencia de la seguridad social, sino también los principios que propugnan una gestión transparente, responsable y democrática del sistema de pensiones con la participación de los representantes de los asegurados⁽¹⁸⁾.

(16) MESA-LAGO, Carmelo. "Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina". En: *Revista de la Cepal* 84, diciembre de 2004, p. 60 y ss. En: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/20417/G2258eMesaLago.pdf>>.

(17) Al lado del sistema paralelo, se reconoce también la existencia de un sistema sustitutivo, como el chileno, donde el esquema público ya no permite nuevas incorporaciones y todos los nuevos afiliados deben optar por el esquema privado; a su vez, se reconoce la existencia de sistemas mixtos que combinan pilares públicos y privados al mismo tiempo.

(18) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Ob. cit., p. 207 y ss.

III. LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES

El artículo 9 de la Ley N° 29903 introdujo una reforma inédita en la historia previsional de nuestro país, la posibilidad de que los trabajadores independientes menores de 40 años fuesen considerados como afiliados obligatorios sea del SPP o del SNP, de acuerdo a su elección. Pese a que la reforma es relativamente nueva, esta era una deuda pendiente que se venía arrastrando por lo menos desde 1945.

En efecto, el Perú fue uno de los 11 países que ratificó en 1945, el Convenio 35 de la OIT sobre seguro de vejez. Dicho convenio, aún en vigor para nuestro país, pues a la fecha no se ha ratificado el Convenio 128 de 1967 sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, establece en el artículo 2.1. que el seguro obligatorio de vejez se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales, de las empresas comerciales y de las profesiones liberales, así como a los trabajadores a domicilio y del servicio doméstico

La implementación de esta reforma, estuvo inicialmente prevista para el 1 de agosto de 2013; sin embargo luego de una serie de críticas respecto a su implementación y funcionamiento, su vigencia fue postergada hasta el 1 de agosto de 2014, mediante la Ley N° 30082 de fecha 22 de setiembre de 2013, recordando que la afiliación sigue siendo obligatoria solo para los trabajadores independientes que cuenten con menos de 40 años de edad. A la fecha, y como ya hemos referido, la implementación de esta reforma está a puertas de ser eliminada completamente.

No me queda la menor duda, que fuera de las consideraciones políticas que rodearon el fracaso de esta reforma, es necesario cuestionarnos desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, por qué fracasó.

1. ¿Qué significa ser trabajador independiente?

Quizá una de las primeras preguntas que debemos resolver antes de pronunciarnos sobre las causas del fracaso de la reforma de trabajadores independientes al SNP o al SPP es, ¿qué debemos entender por trabajador independiente?

El Decreto Ley N° 19990 y su reglamento aprobado mediante D.S. N° 011-74-TR acogen la distinción clásica de distinguir a un trabajador independiente de uno dependiente, en función de si realizan o no una actividad económica por cuenta propia. No obstante, hoy en día sabemos que con el avance de las tecnologías de la información, la globalización de los mercados y la forma en la que

se ejecutan las prestaciones laborales de la época post-fordista, la distinción entre trabajadores dependientes e independientes se ha hecho cada vez más tenue. Tal como afirma Supiot⁽¹⁹⁾ nos encontramos frente a un redimensionamiento del concepto de derecho del trabajo que puede producir muchas veces una desvalorización frente a la protección de los trabajadores independientes, sobre todo cuando estos están poco calificados. En este contexto, el trabajo independiente, refiere el autor, aparece como una forma fraudulenta de desreglamentación y un simple medio para escapar de las obligaciones, sobre todo sociales.

En esta línea de ideas, nos parece importante destacar la caracterización que realiza el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina⁽²⁰⁾ sobre los trabajadores independientes, señalando dos notas características que bien pueden ser aplicadas en nuestro país:

- a) En primer lugar, se refiere a la *alta heterogeneidad* que incluye una gran gama de actividades profesionales, desde aquellas que reportan elevados ingresos a los trabajadores, hasta trabajadores independientes que en realidad solo generan ingresos para asegurar un nivel de subsistencia mínimo (v. gr. trabajadores ambulantes, trabajadores choferes de taxi, trabajadores conductores de microbuses, trabajadores de baja calificación profesional) que en general perciben ingresos que en la mayoría de casos se encuentran por debajo del mínimo vital, y en otros casos solo les permite acceder a ingresos esporádicos, y como ya hemos mencionado de subsistencia.
- b) En segundo lugar se refiere a la *informalidad*. En nuestro país, el trabajo independiente se ha identificado en los últimos 25 años, no como sinónimo de actividad económica independiente, sino como sinónimo de informalidad laboral. Se trata de un gran grupo de trabajadores que se encuentran simplemente fuera del ámbito del Derecho del Trabajo y de la seguridad social⁽²¹⁾.

(19) SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999, pp. 27 y 28. Traducción libre.

(20) *Los trabajadores independientes y la seguridad social*. Documento elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, bajo la coordinación de Pablo Casali y Fabio Bertranou, Buenos Aires, 2007, p. 11 y ss.

(21) Para mayor información sobre la informalidad en América Latina y el Perú, recomendamos revisar Notas sobre Formalización: Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Documento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborado por el Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe. 2014. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_245613.pdf>. Consultado el día 30 de agosto de 2014.

A estas dos características, debemos agregar necesariamente una tercera, como es la de los trabajadores considerados como “falsos independientes”; es decir, aquellos trabajadores que siendo considerados por su empleador como independientes, en realidad se encuentran sujetos a una estricta subordinación jurídica que demuestra una utilización fraudulenta de la contratación civil.

Para dar un ejemplo de este hecho, no hay que ir muy lejos, basta revisar el D.S. N° 166-2013-EF, para advertir, por paradójico que parezca, que es la propia normativa de reforma sobre la seguridad social, quien favorece el aumento de precarización de trabajadores independientes al señalar que trabajador independiente es aquel que percibe rentas de cuarta categoría, o rentas de cuarta-quinta categoría e incluso a aquel trabajador que desarrollando trabajo dependiente, pueda percibir también ingresos como independiente. La definición legal utilizada quizá sirva para efectos tributarios, pero no para efectos previsionales, pues el carácter dependiente o independiente de un trabajador no solo depende del tipo de renta que genera.

Debo confesar, que me parece inverosímil que la ley de reforma del SPP, considere como independientes, a “falsos independientes” eufemísticamente llamados trabajadores generadores de renta de 4ª - 5ª categoría, invención tributaria, que como sabemos no tiene cabida en el derecho del trabajo⁽²²⁾.

En este contexto, respecto a quién es verdaderamente un trabajador independiente y quién no, es que podemos analizar la crónica de una reforma cuyo fracaso parecía anunciado.

2. Las razones del fracaso de la reforma

A. Falta de comprensión e identificación concreta de quiénes son trabajadores independientes

Siguiendo la línea de lo mencionado en los acápites precedentes, consideramos que la primera razón de orden jurídico laboral y previsional que justifica el fracaso de la reforma, tiene que ver con la falta de identificación clara respecto de quiénes son trabajadores independientes y quiénes son trabajadores en situación de informalidad, o por lo menos situación de precarización laboral, como

(22) El artículo 19 del D.S. N° 179-2004-EF establece que son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de e) Los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda.

son precisamente los trabajadores que laboran bajo el marco de la inexistente modalidad tributaria de contratos de 4^a - 5^a categoría.

Ahora bien, el hecho de que la Ley N° 30082 establezca que en caso de que los ingresos totales mensuales del trabajador independiente sean menores que una Remuneración Mínima Vital (RMV), no habrá obligación de aportar al SNP o al SPP, no puede ser vista como una disposición positiva, pues si el Estado tiene un verdadero interés previsional en los trabajadores independientes, es precisamente respecto a estos que debió diseñarse un esquema de seguridad social no contributiva o cualquier otra alternativa para poderles garantizar el acceso a una eventual prestación de la seguridad social. Esta disposición más parece sugerir que aquellos trabajadores independientes que por lo exiguo de sus ingresos no estén en posibilidad de aportar a un sistema pensionario, sea público o privado simplemente quedan sin protección por parte del Estado ante el acaecimiento de alguna contingencia que pueda originar su necesidad de acceder a una prestación de jubilación, de invalidez o sobrevivientes.

B. Aportes escalonados y primas de seguro

Una de las formas en que la Ley N° 30082 quiso mitigar el impacto de la afiliación de trabajadores independientes fue introducir porcentajes reducidos y progresivos de aportes al SNP y al SPP⁽²³⁾. El impacto que esta medida pueda tener en los afiliados independientes al SNP es mínima, por cuanto el carácter de financiamiento colectivo y reparto del SNP determinan que la pensión de jubilación eventualmente dependa en mayor medida de la remuneración de referencia previa a la edad de jubilación y del número de años de aportación. En realidad, si un trabajador independientes aporta mucho o aporta poco, esto no va a tener un real impacto en el monto de su pensión al estar frente a un fondo común y de carácter solidario.

Sin embargo, la situación frente al SPP difiere completamente. Al encontrarnos frente a un sistema individualista y de capitalización, la cantidad y porcentaje de lo que aportemos sí va a tener impacto en el monto de la pensión de jubilación.

(23) La modificación introducida por la Ley N° 30082 reduce los porcentajes de aporte, estableciendo una tasa de aporte gradual al SNP de 5 % (agosto de 2014 a julio de 2015); 7,5 % (agosto de 2015 a julio de 2016); 10 % (agosto de 2016 hasta julio de 2017) y 13 % (a partir de agosto de 2017); en el caso del SPP el aporte será de 2,5 % (agosto de 2014 a julio de 2015), 5 % (agosto de 2015 a julio de 2016), 7,5 % (agosto de 2016 a julio de 2017) y 10 % a partir de agosto de 2017 y en forma adicional señala que aquellos independientes que perciban menos de la remuneración mínima vital

Por otro lado, uno de los aspectos que a nuestro entender no ha sido debidamente informado, es que no existe un pago escalonado de la prima obligatoria de seguro que financia las prestaciones de invalidez y sobrevivientes. En efecto, recordemos que a diferencia del SNP donde el aporte obligatorio financia las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivientes, en el SPP el pago de aportes solo financia una prestación, la de jubilación. La pensión de invalidez está sujeta a un sistema de seguro obligatorio a través del pago de una prima de seguro, que solo se activará en caso se produzca la contingencia; en caso esta no llegare a producirse, tampoco existe la devolución de la prima de seguro pagada.

C. El pago de comisiones al SPP

Como sabemos, el esquema de pago de comisiones al SPP cambió sustancialmente con la Ley N° 29903. En efecto, se abandonó el esquema de pago de la comisión por la remuneración (comisión por el flujo), para pasar a una etapa transitoria de pago de una comisión mixta (un porcentaje en base a la remuneración y un porcentaje en base al saldo de la cuenta individual de capitalización - CIC), para llegar finalmente a un sistema donde el pago de comisiones siempre se realice sobre la base del saldo de la CIC. Si bien, este tema es muy controversial, no pretendemos centrar nuestro estudio en el esquema de pago de comisiones, pero sí analizar su impacto en los trabajadores independientes.

En primer lugar, y pese a que el Tribunal Constitucional ha ratificado ya su constitucionalidad, seguimos opinando que el pago de una comisión basada en un porcentaje de la CIC viola frontalmente el artículo 12 de la Constitución Política del Estado que consagra el carácter intangible de los fondos pensionarios, por lo que a su vez consideramos inviable la devolución de los aportes ya realizados como lo propone el Proyecto de Ley que aprueba la modificación de la Ley N° 29903 y deja sin efecto la afiliación obligatoria de trabajadores independientes. Pero fuera de esa discusión de orden constitucional, una situación que puede llegar a ser preocupante es la situación de precariedad laboral de los trabajadores independientes.

En efecto, en caso de que un trabajador independiente perciba ingresos esporádicos o irregulares, el pago de la comisión seguirá siendo puntual y regular, pues se realiza en función del saldo de la CIC y no en función de la retribución del trabajador independiente. Resulta curioso, pero a veces parece que por cubrir la cabeza de los independientes, les estamos descubriendo los pies, pues no solo en nuestro país no existe una prestación de seguridad social que otorgue prestaciones de desempleo a los trabajadores independientes y dependientes,

sino que en forma adicional al carecer de empleo, el SPP sigue cobrando un honorario por administrar el fondo de pensiones, sin que esto suponga, el garantizar una rentabilidad positiva.

3. La seguridad social fallida de los trabajadores independientes

Quienes defienden la afiliación obligatoria de trabajadores independientes lo hacen llamando a la reflexión de estos y a la vez criticando su falta de conciencia previsional. No podemos estar más de acuerdo con ellos, la seguridad social de los trabajadores independientes es un imperativo de cualquier Estado social; sin embargo, una cosa es defender la necesidad de garantizar a los trabajadores independientes el acceso progresivo a las prestaciones de la seguridad social, y otra muy distinta defender la forma en la que se ha querido implementar este acceso de los trabajadores independientes al SNP o al SPP.

Si realmente el Estado está comprometido con el futuro previsional de los trabajadores por cuenta propia, nos llama mucho la atención, por ejemplo, que en materia de seguridad social en salud, se siga considerando a los trabajadores independientes como afiliados voluntarios y no como afiliados obligatorios, ¿por qué la afiliación al SPP o al SNP es más importante y urgente que la afiliación obligatoria al seguro social de salud? No dudamos de la importancia de ambas, pero la reforma del SPP orientada a los trabajadores independientes, demuestra la absoluta improvisación del Estado para implementar un verdadero sistema de acceso universal y progresivo de los trabajadores independientes a todas las prestaciones de seguridad social que nuestro país garantiza.

Una reforma coherente que prevea la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes exige cuanto menos tomar en cuenta los siguientes aspectos:

1. Definir con claridad quiénes son trabajadores independientes, y dentro de estos quiénes se encuentran en situación de precarización laboral.
2. Organizar una reforma sistemática que comprenda el acceso progresivo de todos los trabajadores a la seguridad social en general, y no solo a ciertas prestaciones de la misma.

Las reformas parciales, como la introducida por la Ley N° 29903, pueden resultar en el corto plazo más nocivas para los trabajadores independientes, que la falta de cobertura previsional actual.

IV. CONCLUSIONES

1. La reforma del SPP respecto a los trabajadores independientes y su afiliación obligatoria, solo puede ser entendida, si conocemos la forma de funcionamiento de los dos sistemas de pensiones vigentes actualmente en nuestro país.
2. El acceso universal y progresivo de los trabajadores independientes a la seguridad social es un imperativo social, pero lamentablemente la reforma planteada por la Ley N° 29903 tiene serios defectos estructurales.
3. La reforma sobre la afiliación de trabajadores independientes no ha sido coherente respecto a la situación de precarización laboral y de informalidad de los llamados trabajadores independientes.
4. Tampoco se ha analizado de manera adecuada el impacto de la afiliación de trabajadores independientes respecto al pago de primas de seguro y comisiones mixtas y por saldo.
5. La reforma no ha previsto un verdadero mecanismo de integración universal de los trabajadores independientes, pues por ejemplo no ha previsto su afiliación obligatoria a la seguridad social en salud ni a ninguna otra prestación de seguridad social brindada por nuestro país a los trabajadores dependientes.

V. BIBLIOGRAFÍA

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*. HMSO, November, 1942. En: <<http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html>>.

DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 17ème, Ed. Dalloz, Paris, 2011.

MESA-LAGO, Carmelo. "Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina". En: *Revista de la Cepal*. 84, diciembre de 2004. En: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/20417/G2258eMesaLago.pdf>>.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Los trabajadores independientes y la seguridad social*. Documento elaborado bajo la coordinación de Pablo Casalí y Fabio Bertranou, Buenos Aires, 2007.

NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra, 2011. En: <<http://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Informe 2012 de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones*. Ginebra, 2012, En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Notas sobre Formalización: Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Documento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborado por el Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe. 2014. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_245613.pdf>.

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999.