

## LOS SISTEMAS PUBLICOS Y PRIVADOS DE PENSIONES: DE LA RELACION ALTERNATIVA A LA COMPLEMENTARIA

JAVIER NEVES MUJICA\*

### Sumario

I. Antecedentes. 1.1 Solo sistemas públicos de pensiones. 1.2 La Constitución de 1979. 1.3 La imposición de la tesis privatizadora. 1.4 La creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones. 1.5 La Constitución de 1993. II. El fracaso del modelo alternativo. III. Hacia un nuevo modelo complementario. 3.1 El carácter público del primer pilar. 3.2 El esquema contributivo. 3.3 La aplicación a todos los trabajadores. Bibliografía.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1 Solo sistemas públicos de pensiones

Desde su introducción en el Perú, a mediados del siglo XIX, hasta inicios de la década de los noventa, la previsión social ha estado a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. Los regímenes generales existentes en cada caso, denominados Régimen de Prestaciones de Salud (Decreto Ley 22482 del 27/3/79) y Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), respectivamente, eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de estos y de sus empleadores. La

---

\* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

La lógica de dichos sistemas era distinta. El primero se dirigía a trabajadores en actividad -aunque también protegía a los pensionistas-, que sufrieran contingencias temporales, como la enfermedad y la maternidad, que provocaban en ellos un mayor gasto o, eventualmente, una incapacidad para el trabajo. A través de prestaciones asistenciales se cubría la necesidad de consultas médicas, productos farmacéuticos, pruebas de laboratorio, etc.; y mediante prestaciones económicas, conocidas como subsidios, se sustituía la remuneración dejada de percibir.

El segundo beneficiaba a quienes habían cesado de modo definitivo en el empleo, por contingencias permanentes, como la vejez y la invalidez; o a los familiares sobrevivientes del titular fallecido. Su preocupación era únicamente la de reemplazar la remuneración y, por ello, otorgaba solo prestaciones económicas, llamadas pensiones.

En los dos ámbitos existían, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de estos, se mantenía en el campo de las pensiones y era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74).

La actividad privada había tenido presencia marginal en el sector previsional, reservada al campo de la salud, en el que actuaba en forma adicional al Régimen de Prestaciones de Salud, en favor del reducido grupo poblacional que podía pagar las primas de un seguro privado. No operaba en el ámbito de las pensiones.

## 1.2 La Constitución de 1979

La Constitución de 1979, a tono con la evolución que se registró en el mundo desde la vigencia de sus predecesoras (de 1920 y 1933), se pronunció sobre la previsión social de modo avanzado. En primer lugar, reguló la previsión social como un derecho fundamental, en un Capítulo específico y diferente al referido al trabajo y los derechos laborales, ratificando la reconocida independencia entre ambas. En segundo lugar, estableció -con caracteres diversos- dos modelos de previsión: uno universal, asimilable a la seguridad social y de eficacia aplazada, y otro laboral, asimilable al seguro social y de eficacia inmediata.

Había tres elementos esenciales en la consagración constitucional del sistema universal:

- a) Se trataba prioritariamente de un sistema de seguridad social, esto es, del más avanzado mecanismo de previsión, cuya protección alcanza a todas las personas (universalidad) y cubre todas las contingencias (integralidad).
- b) Al interior de este campo universal, se diferenciaba entre quienes tuvieran la condición de trabajadores o familiares suyos, de un lado, y el resto de la población, del otro. Respecto de este último sector, se disponía que podrían actuar como entidades aseguradoras otras distintas de las que tenían a su cargo la protección del primer sector (el Instituto Peruano de Seguridad Social).
- c) La implantación del sistema sería progresiva, pudiéndose entender la gradualidad en el acceso tanto respecto de la población protegida (horizontal), como de las contingencias cubiertas (vertical).

Los elementos esenciales del sistema laboral eran los siguientes:

- a) Se constituía un típico sistema de seguro social, fase históricamente previa a la del surgimiento de la seguridad social, caracterizada por la protección exclusiva a los trabajadores (y a los familiares dependientes de estos), en sus necesidades más vinculadas a eventualidades en su actividad laboral.
- b) Actuaba como institución aseguradora el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), entidad de la que se proclamaba su personería de derecho público, su carácter autónomo y descentralizado, así como su gobierno tripartito (Estado, empleadores y asegurados) y la obligación del Estado, asegurantes y asegurados de aportar a su financiamiento. Conforme a la legislación entonces vigente, los trabajadores dependientes eran asegurados obligatorios y los independientes podían ser facultativos.
- c) El IPSS debía brindar protección, de un lado, a todos los trabajadores, y del otro, solo a estos (y sus familiares). Esto suponía que los regímenes independientes que aún subsistían debían integrarse al IPSS (unidad) y que esta entidad no podía comprender a sectores no laborales de la población (exclusividad).
- d) El IPSS cubría las contingencias de enfermedad, maternidad o sepelio, a través del Régimen de Prestaciones de Salud, y de vejez, invalidez y sobrevivencia, mediante el Sistema Nacional de Pensiones, ambos a favor de los trabajadores. El primero, por consiguiente, se ocupaba de situaciones temporales, y el segundo, de las definitivas. El Régimen de Prestaciones de Salud brindaba prestaciones asistenciales y económicas (llamadas subsidios y asignaciones). El Sistema Nacional de Pensiones, solo económicas

(llamadas pensiones). Un tercer sistema, después suprimido y restablecido, denominado Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se ocupaba de las contingencias de este origen, pero únicamente en beneficio de los obreros.

- e) Podrían actuar como entidades aseguradoras de este sector laboral, concurrentemente con el IPSS, otras entidades públicas o privadas, que ofrecieran prestaciones mejores o adicionales y siempre que se contara con el consentimiento de los asegurados. De este modo, los trabajadores dependientes (asegurados obligatorios del IPSS) podrían, sin desafiliarse ni dejar de aportar a este, afiliarse y aportar simultáneamente a aquellas otras entidades. Si los beneficios de estas fueran mejores (suplementarios: de la misma naturaleza, aunque de cantidad mayor), los trabajadores dependientes podrían ser autorizados a rebajar su tasa de contribución al IPSS, la cual mantendrían siempre por solidaridad y aportarían, a la vez, a la entidad respectiva. Si dichos beneficios fueran adicionales (complementarios: de naturaleza distinta), los trabajadores dependientes deberían conservar su tasa de aportación al IPSS y aportar acumulativamente a la otra entidad. Este planteamiento puede sostenerse por interpretación constitucional, aunque carece de base normativa expresa.

### 1.3 La imposición de la tesis privatizadora

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de dicha crisis. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y solo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

Los principales antecedentes a la creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones fueron, primero, la dación del

Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que se ocupó sorpresivamente de la cuestión en dos de sus preceptos: artículo 264 y 16ª disposición final y transitoria. Estos permitían a las empresas de seguros establecer sistemas de salud, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, configurados como alternativos (en el primer precepto) y -contradictoriamente- como complementarios (en el segundo) a los brindados por el IPSS. Estos sistemas entrarían en operación apenas se dictara el decreto supremo correspondiente, que no llegó a producirse.

El segundo fue la dación de los Decretos Legislativos 718 y 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y de Pensiones, gestionados por las Organizaciones de Servicios de Salud (OSS) y Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente. Estas normas también fueron inesperadas, porque se dictaron al amparo de la Ley 25327, que confería al Poder Ejecutivo facultades delegadas para legislar sobre pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la actividad privada, pero no sobre previsión social. Los sistemas privados se diseñaron como alternativos al del IPSS, reconociéndose al trabajador dependiente el derecho de elegir entre unos y otro, y modificándose la distribución de la aportación a cada sistema: se mantenía el 9% global, pero ahora el empleador aportaba el 1% y el trabajador el 8%. Mientras el Decreto Legislativo 718 nunca fue implementado, el 724 fue derogado por el Decreto Ley 25897, que creó el Sistema Privado de Pensiones.

Consolidada la tesis privatizadora, en el marco del programa económico neoliberal ejecutado por Fujimori, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente.

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92) y la primera en el campo de la salud, con la llamada modernización de la seguridad social en 1997 (Ley 26790 del 15/5/97).

#### 1.4 La creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones

La Constitución de 1993 se produjo tras la implementación de las principales reformas laborales y previsionales llevadas a cabo por el régimen de Fujimori, especialmente en su fase dictatorial, entre abril y diciembre de 1992. En concreto, después de la introducción del Sistema Privado de Pensiones y la modificación de las reglas del Sistema Nacional de Pensiones, que operaron coincidentemente para favorecer al primero y perjudicar al segundo.

Los principales cambios que afectaron al Sistema Nacional de Pensiones los resumimos a continuación. Primero se elevó el número de años de aportación necesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; segundo, se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12 remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y tercero, se fijó la pensión máxima en 600 soles mensuales, que fue elevándose lentamente hasta llegar actualmente a 857,36 soles mensuales (por Decreto Ley 25967). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años, para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En ese contexto, se creó el Sistema Privado de Pensiones, con notorias ventajas, como las siguientes: primero, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones es mucho más fácil de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones, el retorno a este último tendría que producirse antes de 1994, y solo podrían efectuarlo los trabajadores varones mayores de 55 años y mujeres mayores de 50, cuando la razón determinante para su afiliación al Sistema Privado de Pensiones hubiera sido la creencia equivocada de que tenían derecho a un bono de reconocimiento; segundo, se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron al Sistema Privado de Pensiones, por ejemplo, el aumento en sus remuneraciones que sería de un 10.23%, en sustitución de la obligación del empleador de aportar al Sistema Nacional de Pensiones; tercero, se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; etc.

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades,

una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud (ESSALUD) (creada por la Ley 27056 del 29/1/99) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del - entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado.

#### 1.5 La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 vino a consagrar las transformaciones que el Poder Ejecutivo, básicamente por vía de decretos legislativos y decretos leyes, había efectuado desde la asunción del gobierno por Fujimori.

La previsión social está regulada en dos preceptos centrales -además de algunas disposiciones transitorias y finales- que son los artículos 10 y 11. Las ideas principales contenidas en ellos, por contraste con la Constitución de 1979, son las siguientes:

- a) Se proclama un modelo universal, aunque de eficacia diferida. La seguridad social es derecho de toda persona, pero se obtiene progresivamente.
- b) La Constitución no determina la relación de contingencias cubiertas, ni siquiera en fórmula abierta, sino remite esta tarea a la ley.
- c) El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, las supervisa.

Vamos a detenemos en este último punto por resultar crucial para esta ponencia. Según él, de un lado, deben existir, al menos, entidades públicas y pueden existir las privadas o mixtas, dado que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento, aunque sí fomentarlas. De otro lado, si operan entidades privadas o mixtas, además de las públicas, debe haber en la relación entre ellas unas reglas que permitan su subsistencia. Sólo de ese modo puede garantizarse la libre elección de los trabajadores.

La Constitución -en su artículo 11- permite que se establezcan relaciones complementarias o alternativas entre los sistemas públicos y privados. Pero supone la presencia necesaria de los primeros y contingente de los segundos. Lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a la aniquilación de los sistemas

públicos, especialmente en materia pensionaria. Las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención.

Si se plasmara la extinción de los sistemas públicos, la infracción al citado precepto constitucional sería flagrante, ya que la oferta se limitaría solo a la opción privada. Sin perjuicio de ello, el Estado abdicaría, además, de una de las funciones centrales que cumple en una sociedad moderna y que justifican su existencia, cual es la de brindar seguridad social a su población.

## II. EL FRACASO DEL MODELO ALTERNATIVO

El modelo alternativo consiste en la existencia de entidades públicas y privadas, entre las que los trabajadores deciden excluyentemente su afiliación y aportación. En nuestro caso, tenemos, de un lado, el Sistema Nacional de Pensiones y, del otro, el Sistema Privado de Pensiones.

El problema de este tipo de relación, evidenciado en la experiencia peruana, es que se ha producido una competencia muy inequitativa entre ellos. Todas las reglas han alentado el abandono del Sistema Nacional de Pensiones y han favorecido la inscripción en el Sistema Privado de Pensiones. En esos términos, como se ha demostrado en el Informe Defensorial N° 99<sup>1</sup>, con el impulso hacia el Sistema Privado de Pensiones se generó un traslado masivo de trabajadores, que afectó la relación entre activos y pensionistas en el Sistema Nacional de Pensiones y, por tanto, su equilibrio financiero. Se hizo necesaria, pues, la contribución del Estado, a través del Tesoro Público, para asegurar su sostenibilidad. Como esta es insuficiente, los beneficios que provee el sistema son deficientes.

Por otra parte, a pesar de todas sus ventajas, el desempeño del Sistema Privado de Pensiones, tampoco ha sido realmente satisfactorio. Hay numerosos factores que dan cuenta de ello, entre los que cabe resaltar la opinión de la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP<sup>2</sup>, que ahora propone la reforma de los sistemas pensionarios. En diversos documentos<sup>3</sup> se destaca sus principales limitaciones: baja cobertura, al no haber podido atraer a los trabajadores informales; gran diferencia entre afiliados y aportantes, que representan apenas el 37% de los primeros; cobro de altas comisiones, por excesivos costos

1 Defensoría del Pueblo. El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado. Noviembre de 2005.

2 Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación actual y lineamientos de la reforma. Julio de 2006.

3 Por ejemplo, los citados en las dos notas anteriores.

administrativos; salvo en el 2005, ha habido una mínima movilidad interna en el sistema, donde más del 50% de los traspasos se efectuaron hacia una AFP de menor rentabilidad y 75% hacia una AFP de mayor costo; ínfimos aportes voluntarios; configuración de un mercado oligopólico; etc. En esta misma línea, se inscribe la insistencia en los proyectos de ley sobre libre desafiliación, que estarían cerca de obtener finalmente un consenso político.

La percepción sobre el desempeño del sistema privado no es solo nacional, sino que también se verifica en el análisis comparado. Así, la Organización Internacional del Trabajo, tras recordarnos que "los sistemas capitalizados no proporcionan protección adicional frente al envejecimiento de las poblaciones; los sistemas privados no son necesariamente más baratos de administrar que los públicos, ni tampoco son necesariamente más eficientes a la hora de invertir el dinero de los cotizantes", concluye: "No pueden proporcionar una pensión de jubilación garantizada ni tampoco el grado de solidaridad necesario para proporcionar pensiones mínimas para combatir la pobreza. Cuando son obligatorios, pero su gestión se deja en manos privadas, no satisfacen el principio de gestión democrática. Es mucho más difícil que estos sistemas proporcionen prestaciones que se hallen totalmente indizadas con relación a la inflación. Y, cuando se encuentran en manos de organismos privados, requieren un elevado grado de regulación y supervisión estatales"<sup>4</sup>.

## III. HACIA UN NUEVO MODELO COMPLEMENTARIO

La mejor manera de superar los problemas que aquejan al Sistema Nacional de Pensiones y al Sistema Privado de Pensiones, tanto en sí mismos, como en su relación entre ellos, es la de rediseñar su vinculación, sustituyendo el modelo alternativo por el complementario.

La propuesta fue formulada, desde diversos frentes, en el debate inmediatamente previo y posterior a la creación del Sistema Privado de Pensiones, pero fue desoída<sup>5</sup>. Ahora viene respaldada por el Banco Mundial<sup>6</sup> y la Organización Internacional del Trabajo<sup>7</sup> y recogida por la Superintendencia de

4 Obra citada. Páginas 591 y 592.

5 Javier Neves Mujica. Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica. *Thémis* N° 25. 1993. Página 10.

6 Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. 1994. Páginas 269 y siguientes.

7 Colin Gillion, John Turner, Clive Bailey y Denis Latulippe. Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma. Página 592.

Banca, Seguros y AFP, en aparente entendimiento con la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones<sup>8</sup>. Sin duda, hay importantes diferencias entre el planteamiento de estas últimas entidades y el que vamos a presentar aquí.

El sistema complementario se funda en la integración del sistema público y del privado, en una estructura de dos pilares básicos<sup>9</sup>. El primero sería un sistema público, de reparto, con solidaridad, que garantizaría una pensión mínima. El segundo, un sistema privado, de capitalización individual, que proporcionaría pensiones adicionales. La afiliación del trabajador sería obligatoria a ambos sistemas y el aporte sería diferenciado a cada uno de ellos, naturalmente mucho mayor al segundo que al primero.

Según el Banco Mundial, para ser "a la vez una red de seguridad social y un instrumento del crecimiento", los programas de protección deben cumplir tres funciones: de ahorro o de reemplazo del salario, de redistribución o de alivio de la pobreza y de seguro, además de minimizar los costos ocultos, ser sostenibles y transparentes<sup>10</sup>. Estos objetivos pueden alcanzarse con un sistema de pilares múltiples, más que con uno de pilar único, porque ello permite "apartar la función de ahorro de la función de distribución, y establecer mecanismos separados para el financiamiento y la administración de cada una"<sup>11</sup>. Sostiene dicho organismo: "Este sistema de pilares múltiples tendría las siguientes ventajas: redistribución mejor focalizada, ahorro más productivo y costo social más bajo. Además, es el que mejor cumple el tercer objetivo de los programas de seguridad económica en la vejez -el seguro- pues los trabajadores están menos expuestos a los riesgos políticos, a los riesgos de las inversiones y a los riesgos propios de cada país. En cambio, en los sistemas de pilar único los trabajadores es la juegan todo a una sola carta, y sufren graves problemas si esa carta -pública o privada- no gana. Dado que es imposible siquiera imaginar hoy en día los riesgos de los próximos 60 años, la diversificación amplia entre diversas fuentes financieras y administrativas constituye la mejor manera de asegurarse en un mundo incierto"<sup>12</sup>.

El pilar público reemplazaría a todos los sistemas públicos existentes: el Sistema Nacional de Pensiones, como régimen general, y todos los regímenes

8 Así lo informa el Suplemento "Día 1" de "El Comercio", del 3 de julio de 2006.

9 Esta propuesta sintetiza las formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial que, en rigor, prevén un esquema de tres pilares: asistencial, contributivo y voluntario.

10 Obra citada. Páginas 269 y 270.

11 Obra citada. Página 275.

12 Obra citada. Página 276.

especiales que subsisten, principalmente el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador y la Caja de Pensiones Militar-Policial. En pilar privado se sustentaría en el actual Sistema Privado de Pensiones, con las indispensables reformas que deben efectuársele.

Pensamos que la implementación del modelo complementario, requeriría la previa respuesta a tres cuestiones fundamentales: 1) ¿El primer pilar debería ser público o podría ser privado?; 2) ¿Beneficiaría a toda la población o solo a los trabajadores? En este último caso, ¿también comprendería obligatoriamente a los independientes?; y 3) ¿Se aplicaría a los trabajadores que se inscribieran en el futuro o también a los actualmente pertenecientes a los sistemas existentes? Si se optara por lo segundo, tendría que diseñarse un régimen de transición entre el esquema vigente y el nuevo.

Vamos a abordar a continuación estas tres interrogantes. Hay que advertir de antemano que el enfoque jurídico resulta insuficiente para dar una cabal respuesta a ellas, pero es el que corresponde con la disciplina que manejamos y con la naturaleza del Congreso al que se presenta esta ponencia, por lo que tendremos que limitarnos a aquel.

### 3.1 El carácter público del primer pilar

En la experiencia nacional, el Estado no ha sido solo un regulador y un supervisor de la seguridad social, sino también un gestor, muchas veces único. Esta última función corresponde con un Estado social y democrático de derecho, como el que configura la Constitución, que le atribuye importantes responsabilidades en la provisión de los derechos económicos, sociales y culturales de la población: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana..." (artículo 43); "Son deberes primordiales del Estado:... garantizar la plena vigencia de los derechos humanos... y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación..." (artículo 44); "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (artículo 58); etc. Por ello, pensamos que el primer pilar tendría que ser público.

Adicionalmente, el artículo 11 de nuestra Constitución no permitiría que el primer pilar fuera privado. En efecto, según hemos sostenido, dicho precepto

hace necesaria la existencia de un sistema público y contingente la de los sistemas privados. Si se instaurara el mecanismo de los pilares, el sistema público, de funcionamiento indispensable, tendría que configurarse como primer pilar. La ley no podría convertirlo en prescindible. Sí podría, en cambio, aunque no sin dificultades, transformar el sistema privado también en obligatorio, como segundo pilar.

Para las normas internacionales del trabajo, sin embargo, en ciertas condiciones, la gestión podría ser privada. La Organización Internacional del Trabajo señala que "el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las condiciones de los regímenes de pensiones y se suministran las prestaciones. Esto incluye no sólo el establecimiento del marco de los sistemas, sino también la responsabilidad de su gestión y eficiencia generales que se deriva de la misma naturaleza obligatoria de los regímenes. Pero no implica necesariamente que el propio Estado deba participar directamente en la gestión de los regímenes. Esta se puede dejar en manos de otras organizaciones (organismos paraestatales o incluso instituciones del sector privado), pero, cuando el Estado no gestione los sistemas por sí mismo, deberá establecer una amplia gama de regulaciones cautelares, asociadas a rigurosos procesos de auditoría, que salvaguarden las cotizaciones individuales a lo largo de un espacio de tiempo amplio y aseguren que las prestaciones son suministradas de manera eficiente"<sup>13</sup>.

### 3.2 El esquema contributivo

Tendría que optarse entre el esquema asistencial y el contributivo. En el primero, serían beneficiarias de la articulación en pilares del sistema pensionario, todas las personas, financiándose con impuestos; mientras en el segundo, lo serían solo los trabajadores, en principio dependientes, aunque podría incorporarse además los independientes, a través de sus aportaciones.

Es claro que el esquema asistencial guarda más afinidad con el modelo universal de seguridad social, que proclaman la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En nuestro país está teóricamente vigente en el campo de la salud, a cargo del Ministerio de Salud, pero no en el de las

prestaciones que brinda ESSALUD, inscritas en el esquema contributivo. Menos aun en el campo de las pensiones.

Creemos que, en concordancia con la meta fijada por el artículo 10 de la Constitución, debe llegarse gradualmente a la protección universal. La aplicación a toda persona es, también, la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo y del Banco Mundial. Pero, pensamos que en las actuales circunstancias, resulta más viable económica y políticamente mantener el modelo laboral. La extensión generaría un complejo debate acerca de las prioridades de la política social.

En cuanto a los trabajadores independientes, sí pensamos que se podría disponer su inscripción obligatoria en el sistema, porque la previsión social es un derecho pero también un deber de toda persona. Las dificultades de hacer efectiva esta regla serían, sin embargo, enormes.

### 3.3 La aplicación a todos los trabajadores

El nuevo sistema pensionario articulado en pilares podría regir solo para los trabajadores que empiecen su actividad en el futuro y, por tanto, no se encuentran afiliados a ningún sistema actual, o también para los que ya están inscritos en alguno de ellos: el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Proponemos que, como se hizo cuando se implementó el Sistema Privado de Pensiones, el nuevo mecanismo tenga aplicación para todos los trabajadores. Para quienes están registrados en el Sistema Nacional de Pensiones, no habría mayor problema. Una porción de su contribución se dirigiría al pilar público, como ocurre hoy con el íntegro, donde se redistribuiría solidariamente, para garantizarles una pensión mínima; el resto iría, en cuenta individual, al pilar privado, para proveerles un adicional a dicha pensión. Los que se encuentran inscritos en el Sistema Privado de Pensiones tendrían que diferenciar dos momentos: a futuro, se sujetarían a las mismas reglas expuestas, que no suponen una ruptura descomunal con las actuales, en las que ya se prevé una pensión mínima. Respecto de los fondos ya acumulados, debería garantizarse su intangibilidad, aunque podría gravárseles por solidaridad.

Sería indispensable que las disposiciones transitorias previeran en detalle los efectos de la sustitución del modelo alternativo por el complementario sobre las diversas situaciones que pudieran presentarse.

<sup>13</sup> Obra citada. Página 587.

## BIBLIOGRAFÍA

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado. Noviembre de 2005.
- EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: Situación actual y lineamientos de la reforma. Julio de 2006.
- NEVES MUJICA, Javier. Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica. *Thémis* N° 25. 1993. Página 10.
- ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. 1994. Páginas 269 y siguientes.
- COLIN GILLION, John Turner, Clive Bailey y Denis Latulippe. Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma. Página 592.

## LA FORMACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: EN BUSCA DEL MODELO ADECUADO

CÉSAR ABANTO REVILLA\*

*“Se decía y con razón, que la Seguridad Social no podía ser objeto de negocio para nadie, no podía ser objeto de mercadería, en definitiva que Seguridad Social y ánimo de lucro era incompatibles (...) incluso en las épocas de mayores privatizaciones, las pensiones han mantenido su cerco con la señal de prohibido el paso”.*

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

### Sumario

I. Introducción (y justificación) II. El estado actual: La reforma y sus opciones (¿sólo reparto vs. capitalización?) III. La reforma en América Latina IV. La reforma en el resto del mundo V. Bosquejo de un modelo peruano hipotético. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN (Y JUSTIFICACIÓN)

El 18 de noviembre de 2004, luego de un debate de varios meses, fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 28389, mediante la cual se formalizaba la aprobación - por el Congreso de la República - de la reforma de los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final de la Constitución Política de 1993, con lo cual se abrió paso a las primeras medidas para

\* Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.