

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

BUSCANDO UN NUEVO SISTEMA DE PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA EL PERÚ: ¿REFORMA O REFUNDACIÓN?

CÉSAR ABANTO REVILLA* **

I. Cuestiones introductorias

La seguridad social es un componente trascendental en la estructura política, jurídica, económica y social de todos los países¹, al punto que las decisiones que tomen los gobernantes en relación al sistema, los beneficios o las medidas que adoptarán en determinado momento, originarán un ahorro considerable de recursos al Estado o, por el contrario, cientos de reclamos sociales derivados del descontento por prestaciones insuficientes (en cantidad y/o calidad).

Este sistema de protección existe porque a lo largo de la vida de todas las personas se van a presentar situaciones (contingencias) que van a afectar nuestra capacidad física y/o mental (accidentes, enfermedades, vejez, muerte, etc.) para que podamos atender nuestras necesidades básicas. Dentro de esas amenazas naturales el pasado 2020 se ha sumado la primera de muchas pandemias sa-

* Profesor de Seguridad Social en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Red Iberoamericana de Investigadores en Seguridad Social.

** El presente ensayo es una actualización y reajuste del trabajo publicado en coautoría con Javier Paitán Martínez en la Revista Derecho del Trabajo N° 29, Montevideo, 2020, pp. 135-160.

1 GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social. Parte General. Montevideo, 2005, FCU, Segunda Edición, p. 9.

nitarias mundiales que seguramente nos azotarán en las siguientes décadas: la COVID-19 (coronavirus).

Si bien dentro de un modelo tradicional de seguridad social, se le reconoce un lugar prioritario a las prestaciones de salud, en este ensayo nos centraremos en la revisión de las prestaciones pensionarias (invalidez, jubilación y sobrevivientes), y la necesidad de un cambio estructural profundo y definitivo, que reemplace a las reformas parciales e insuficientes que se han implementado en los últimos tiempos, a efectos de migrar de los vetustos modelos de reparto y capitalización hacia uno de corte multipilar.

En efecto, con ocasión de esta pandemia se ha agravado la situación de precariedad de nuestro sistema de pensiones, de por sí fragmentado y excluyente, pues producto de la informalidad del mismo, ha quedado en manifiesto la ausencia de razonabilidad de mantenerlo como un mecanismo vinculado -para su afiliación- a la preexistencia de un vínculo laboral, cuando 7 u 8 de cada 10 peruanos no tiene un contrato de trabajo.

Reformar, según el Diccionario de la Real Academia Española, implica volver a formar, rehacer o modificar algo, con la intención de mejorarlo; por otro lado, refundar alude a volver a fundar algo o revisar la marcha de una entidad o institución, para hacerla retornar a sus principios originales o adaptarla a los nuevos tiempos. Esta segunda es, a nuestro entender, la mejor alternativa (tal vez, la única) que debe seguir el camino que se tome al buscar un verdadero cambio inclusivo en nuestro sistema previsional.

II. Modelos de pensiones y laboralización

Sobre este punto, cabe recordar que desde la década de los ochenta del siglo pasado coexisten en el mundo dos modelos centrales de gestión de la seguridad social²:

2 Más allá de estos modelos (reparto y capitalización) existen otras alternativas como el sistema nocional. Sobre este tema, ver: PALMER, Edward. ¿Qué es el sistema de contribución definida nocional? En: VV.AA. Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto, Bogotá, 2008, CEPAL, pp. 21-70.

1. Sistema de Reparto (SR)³, fondo común solidario colectivo al que aportan todos los afiliados del régimen respectivo, sobre la base del recambio generacional: con los aportes de los trabajadores activos se pagan las prestaciones de los pensionistas (pay as you go).

El SR se ha visto afectado en las últimas décadas por el incesante aumento de la longevidad, sumado a la baja tasa de natalidad (especialmente, en Europa), que impide un recambio real. En Latinoamérica, la crisis viene más bien por el lado económico y social, ante el incremento de la informalidad -que en el Perú supera el 70%- y la evasión del abono de aportes por los empleadores, lo que limita la capacidad financiera del sistema y el pago mismo de las pensiones.

2. Sistema de Capitalización Individual (SCI)⁴, en el cual cada afiliado tiene una cuenta personal en la que se depositan sus aportes (obligatorios y voluntarios, con y sin fin previsional), su rentabilidad y el Bono de Reconocimiento (BdR) que eventualmente le corresponda por sus cotizaciones al sistema público.

Al SCI lo afecta también la longevidad, la informalidad y la evasión⁵, con la salvedad que en este régimen la pensión se paga con el aporte real a la cuenta del afiliado, mientras en algunos modelos públicos basta con la acreditación de labores, independientemente que el empleador haya o no abonado su cuota⁶.

3 Aplicado, por ejemplo, en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP, Decreto Ley N° 19990), administrado por el Estado a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). En este régimen tenemos 4,5 millones de afiliados, bajo una relación de 3 trabajadores por cada pensionista, lo que origina que todos los meses el Estado tome del Tesoro Público 40 a 50 millones de Dólares Americanos para cubrir el pago de las planillas.

4 Aplicado en el Sistema Privado de Pensiones (SPP, Decreto Supremo N° 054-97-EF), administrado por empresas privadas (AFPs), bajo la supervisión del Estado, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS). En este régimen tenemos 7,8 millones de afiliados.

5 Según la Asociación de AFPs, a diciembre 2020 la deuda de los empleadores (públicos y privados) con el SPP superaba los 20 mil millones de Soles: el 45 % de los mismos ya no existen, imposibilitando el cobro: mensualmente se presentan unas 10 mil demandas judiciales de cobro de aportaciones.

6 Ver: Decreto Ley N° 19990, artículo 70.

Estos dos modelos se aplican conjuntamente en el Perú desde diciembre de 1992⁷, al disponerse la implementación de las AFPs bajo el esquema alterno. Cabe precisar que el sistema público está conformado -a su vez- por cuatro regímenes, a saber:

- El régimen de los militares y policías
- El régimen de los servidores públicos
- El régimen de los servidores diplomáticos
- El Sistema Nacional de Pensiones (SNP)

Esta convivencia de diversos y variados regímenes justifica que se califique al sistema como fragmentado; por otro lado, es excluyente porque la informalidad origina que de cada 10 trabajadores solo 3 tengan cobertura pensionaria; lo que resulta preocupante si recordamos que hacia el 2070 un 30% de la población será mayor de 60 años, como proyecta el INEI en el documento “Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, 1950-2070. Boletín de Análisis Demográfico N° 38”⁸.

Sea que elijamos el SR (ONP) o SCI (AFP) al momento de iniciar nuestra vida laboral, la posibilidad de pertenecer y aportar a un régimen pensionario estará necesariamente vinculada a la preexistencia de una relación de trabajo formal, lo que constituye una laboralización absurda e ilógica de una sistema previsional que forma parte de una realidad laboral de altísima informalidad.

III. Respuestas ante crisis financiera y sanitaria

Donde el SR tiene una afectación vinculada más a factores demográficos y sociales, el SCI se resiente ante impactos económicos derivados de la volatilidad de los mercados bancarios, financieros y bursátiles, en tanto los fondos de las AFPs

7 En el 2011 se creó el Programa Asistencial (no contributivo) Pensión 65, para mayores de 65 años en estado de pobreza extrema; en el 2015 se creó el Programa Contigo (no contributivo) para mayores de 18 años con incapacidad permanente y absoluta, en estado de pobreza extrema.

8 <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-2021-ano-del-bicentenario-de-la-independencia-el-peru-contara-con-una-poblacion-de-33-millones-35-mil-304-habitantes-11624/>. Consultado el 10 de mayo de 2021.

son invertidos en el país y el extranjero: la crisis del 2008⁹, el caso Odebrecht¹⁰ y el impacto económico -a nivel mundial e interno- de la COVID-19.

Entonces, si nuestro sistema previsional ya atravesó por impactos negativos similares en el pasado, ¿es posible aplicar las mismas medidas para paliar los efectos del virus? La respuesta tiene tres extremos: el primero, es que podemos usar fórmulas similares de (re) inversión prudente de los fondos, para procurar una recuperación medida de la rentabilidad (en el caso del SCI); el segundo, que para el SR el Estado debe aplicar un ajuste a los requisitos pensionarios¹¹ y complementarlo con bonos sociales; el tercero, que debemos trabajar cuanto antes en refundar el sistema previsional, para lo cual se deben tomar una serie de medidas conjuntas que analizaremos más adelante.

Existen dos objetivos principales para un sistema previsional: en primer lugar, lograr la máxima cobertura subjetiva y que la mayor cantidad de personas posea una pensión, sea de invalidez, vejez o muerte; en segundo, que dichas prestaciones sean suficientes para cubrir todas sus necesidades básicas.

El sistema previsional enfrenta nuevamente problemas complicados por limitaciones y circunstancias que se irán incrementando a lo largo de los años -como hoy ocurre con la llegada de la COVID-19- por ello, es necesario implementar medidas correctivas que nos permitan lograr una protección adecuada para la mayoría, en especial, para los grupos de bajos ingresos, históricamente excluidos de los beneficios previsionales: si dejamos de lado las mejoras que se requieren será más oneroso, en el tiempo, para el Estado y la sociedad, pues originará la transferencia de mayor parte del costo social a las futuras generaciones. Esto no implica tomar medidas populistas y antitécnicas, tal cual ocurrió en el 2020, principalmente de parte del Poder Legislativo.

9 Ver los diversos e interesantes ensayos publicados en: VV.AA. Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones. Lima, 2009, Congreso de la República.

10 Con ocasión de la investigación penal iniciada contra constructoras nacionales vinculadas a la empresa brasilera, la rentabilidad en la Bolsa de Valores de Lima de éstas disminuyó considerablemente, al punto que impactaron en unos 700 millones de Soles la rentabilidad del SPP.

11 Como se ha hecho al implementar las pensiones proporcionales del SNP, que permiten jubilarse con 10 a 19 años de aportes: ver los Decretos Supremos N° 354-2020-EF y N° 282-2021-EF.

En efecto, inicialmente, el Poder Ejecutivo implementó algunas medidas que, a nuestro parecer, eran razonables y proporcionadas, pues permitían a los afiliados acceder a su cuenta individual para realizar retiros acotados y siempre condicionados a un estado de necesidad tangible y acreditable. Veamos:

1. Decreto de Urgencia N° 033-2020, que suspendió el descuento al trabajador del aporte al SPP por el mes de abril.
2. Decreto de Urgencia N° 034-2020, que autorizó el retiro de dos mil soles a los afiliados del SPP que tuvieran seis meses consecutivos sin aportar.
3. Decreto de Urgencia N° 038-2020, que autorizó el retiro de dos mil soles a los afiliados del SPP que pasaron al estado de suspensión perfecta de labores y/o no tuvieran aportes en febrero y marzo del 2020.

En paralelo, el Poder Legislativo decide participar de las medidas que utilizaron al SPP como medio para habilitar recursos a los afiliados, y regresando sobre los errores que cometieron en el 2016 (Leyes N° 30425 y N° 30478), aprueban por insistencia el retiro del 25%¹² de las cuentas de las AFP, sin que necesiten acreditar contingencia alguna (Ley N° 31017). Posteriormente, la Ley N° 31068, autoriza un segundo retiro, esta vez por cuatro UITs, pero solo si el afiliado estuviera 12 meses sin aportar o padeciera de enfermedad oncológica reconocida por entidad supervisada por SUSALUD; podría retirar hasta una UIT, si no registraba aportes en octubre. Finalmente, el 7 de mayo de 2021 aprueban la Ley N° 31192, que autoriza retirar hasta cuatro UITs sin acreditar contingencia. A la fecha, existen 4 millones de afiliados con cero soles en su cuenta.

Estos retiros serían inconstitucionales, por las siguientes razones:

- a. Vulneran el contenido esencial del derecho a la pensión previsto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 107 de la STC N° 0050-2004-AI/TC, pues se limita el acceso a una pensión (mínima).
- b. Vulnera la intangibilidad de los fondos previsionales establecida por el artículo 12 de la Constitución, pues estos solo pueden ser utilizados para el pago de las pensiones, sin contemplar supuestos de retiro, devolución o similares.

12 Por un mínimo de una y un máximo de tres UITs.

De hecho, el Congreso de la República también pretendió extender dicha posibilidad al SNP, al dictar la Ley N° 31083, que aprobó un programa de devolución de aportes, soslayando la naturaleza del SR: dicha norma fue declarada inconstitucional -por unanimidad- por el Tribunal Constitucional (ver: STC N° 00016-2020-PI/TC).

El mensaje implícito de este paquete normativo es que los fondos del SPP pueden ser utilizados por los afiliados ante cualquier situación de emergencia, liberando en cierta forma al Poder Ejecutivo de asumir mecanismos de apoyo financiero paralelos que no afecten los ahorros previsionales de los afiliados, poniendo en riesgo la percepción de una pensión futura digna.

IV. Propuestas para refundar el sistema previsional

Con el fin impedir el desmantelamiento de las instituciones de la seguridad social y, a la vez, proyectar un ajuste integral del modelo actual de coexistencia paralela del SR y el SCI (laboralizados), proponemos algunas ideas que podrían servir de inicio para una discusión dirigida a implementar un sistema integrado e inclusivo:

1. Valorar a la seguridad social como un derecho humano

En el artículo 10 de la Constitución se reconoce a la seguridad social como un derecho universal, pero progresivo. Esto implica que su finalidad es obtener la protección de la totalidad de peruanos; lo que resulta de momento -y en el mediano plazo- inviable, en tanto no se cuenta con los recursos financieros suficientes: por ello, se coloca como un freno sutil la referencia a su carácter progresivo (materialización gradual).

Pese a dicho baremo, no debemos olvidar que la seguridad social, además de ser un avanzado mecanismo de protección social es un servicio público; por ello, debería ser utilizado como una de las estrategias políticas, económicas y sociales más importantes para cualquier país, más allá del tipo de gobierno o perfil ideológico del gobernante, sin embargo, como sostiene Ruiz Moreno¹³, “no es extraño que hoy día a

13 RUIZ MORENO, Ángel. Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía. En: Revista Jurídica Jalisciense N° 1, 2010, Universidad de

muchos les suene el concepto a mero postulado de corte político, una simple entelequia, al no entenderse la trascendencia de lo que significa e implica: un derecho humano y social de todos, inalienable e irrenunciable, establecido como un servicio que debe brindar el Estado como responsable primario y final del sistema, atento a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Si bien por el artículo 11 de nuestra Carta Magna el Estado garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, la fiscalización y supervisión que realiza a través de las Superintendencias respectivas debería afinar sus acciones para dirigir las siempre a priorizar aquellas necesidades básicas de los afiliados, pues estamos ante un derecho humano que merece respeto y un tratamiento adecuado, blindado por el principio protector (in dubio pro homine), tanto en la formulación como en la interpretación normativa: el respeto de la dignidad humana es el fin supremo del Estado y la sociedad.

Reconocemos el derecho de las AFPs y las EPSs de obtener un beneficio por la ejecución de sus servicios, pero debemos evitar que -como ha ocurrido antaño- en los casos que se presentan circunstancias inesperadas o inevitables, se priorice la protección de los recursos previsionales y el acceso a prestaciones dignas para los afiliados, antes que la atención del pago de comisiones o conceptos similares, como ocurrió a finales del 2008, luego de la crisis financiera internacional¹⁴.

La seguridad social es un derecho humano que reconoce como titular a la persona respetando la dignidad y satisfaciendo las necesidades básicas del mundo¹⁵, ante las contingencias sociales.

Guadalajara, pp. 126-127.

14 De hecho, en el numeral 1.4 de la Parte Resolutiva de la STC N° 0014-2007-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló textualmente que: “De conformidad con los fundamentos 36 a 38 supra, se exhorta al legislador ya la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que, en el más breve plazo posible, **emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs**, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben”. Hasta la fecha, dicha exhortación no ha sido atendida.

15 CANESSA MONTEJO, Miguel. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales. Lima, 2014, Palestra, p. 22.

2. Deslaborar el acceso al derecho a la pensión

Si bien el antecedente inmediato de la seguridad social fue el seguro social que se creó en 1883 en Prusia (Otto Von Bismarck), bajo un modelo contributivo tripartito y un fondo al cual aportaban de manera conjunta empleador, trabajador y Estado, que solo brindaba beneficios a sus asegurados (afiliados pagantes); nosotros nos adscribimos al concepto elaborado en 1942 por William Beveridge (Inglaterra), en el cual la universalidad, la solidaridad y la integralidad son las tres columnas base que procuran brindar protección a todos, desde la cuna hasta la tumba.

Bajo dicha perspectiva, pensar en un sistema como el peruano, que condiciona la pertenencia a un régimen previsional a la existencia de una relación laboral -sea dependiente o independiente-, resulta incongruente no solo con la naturaleza del referido concepto, sino principalmente con nuestra realidad, que está impregnada hasta la médula por la informalidad: que solo 3 de cada 10 trabajadores tenga una protección pensionaria es suficiente para decretar el fracaso de este modelo¹⁶.

Es posiblemente esta subordinación inicial de los trabajadores asalariados a dicho régimen contributivo (seguro social), que subsistió en nuestro país hasta el 2011, que se creó Pensión 65, la que ha mantenido vigente la conexión con el Derecho del Trabajo, ante la permanencia de los regímenes públicos tradicionales del SR.

Como reconocía Neves¹⁷, al comentar la Constitución de 1979 y el proyecto de Carta Magna de 1993, “pese a que la autonomía de la seguridad social es hoy reconocida de modo prácticamente unánime por la legislación y la doctrina, hay un evidente campo de interacción entre esta disciplina y el Derecho del Trabajo, que está conformado por la porción de la seguridad social que corresponde a los trabajadores”. A nuestro entender, esa porción es en puridad seguro social.

16 Por esa razón, en el 2014 el Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico presentó un informe titulado “El Sistema Previsional del Perú: diagnóstico 1996-2013, proyecciones 2014-2050 y reforma”, que postulaba el cierre de los regímenes de pensiones y, en su reemplazo (con cargo al Tesoro Público, vía un impuesto ad hoc), el pago de una prestación de vejez para todos los mayores de 65 años.

17 NEVES MUJICA, Javier. La Seguridad Social en la Constitución. En: VV.AA. La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A., p. 182.

Es imprescindible reconocer la autonomía de la seguridad social, superando así la etapa del seguro social, que está íntimamente ligado a la laboralidad, que resulta una condición lejana en nuestra realidad actual, pues el horizonte debe ser que la mayor parte -sino la totalidad, en un futuro- pueda acceder a una pensión digna y suficiente, que permita a cada individuo la atención de sus necesidades básicas.

Un elemento clave para iniciar este proceso de deslaboralización de la seguridad social en pensiones sería la implementación de programas educativos en todos los niveles formativos (desde inicial hasta superior), que permitan cimentar la base de una verdadera cultura previsional, que demuestre la necesidad de formar parte del sistema pensionario como mecanismo de tutela personal, familiar y social, en la medida que estamos ante un derecho-deber que el afiliado debe asumir al ser parte de una sociedad que, para construir un modelo universal eficiente, necesita del concurso de todos los ciudadanos mediante la solidaridad, que no constituye -como algunos creen- un subsidio social: no se trata de un factor opcional, sino de un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser.¹⁸

3. Implementar un cambio estructural: modelo multipilar

La columna vertebral de nuestro sistema de pensiones responde a un modelo de corte contributivo, obligatorio y dual (paralelo), laboralizado casi en su totalidad, sea bajo el formato del SR o del SCI. Si bien es cierto, desde el 2011 y 2015 se han sumado en paralelo los programas no contributivos Pensión 65 y Contigo, el objetivo del Estado no debería enfocarse en reformar lo existente y ampliar dichos mecanismos asistenciales, pagados a integridad con cargo al Tesoro Público, lo que contraviene la prohibición prevista -desde el 2004 (Ley N° 28389)- en el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final de la Constitución, que dice:

“... Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación”.

18 Américo Plá, citado por: GONZÁLES, César y PAITÁN, Javier. El derecho a la Seguridad Social. Lima, 2017, Fondo Editorial PUCP, p. 32.

Según el Informe Final de la Comisión de Protección Social¹⁹, en nuestro sistema de pensiones se han identificado las siguientes deficiencias:

- Un modelo altamente fragmentado y carente de visión integral, conformado por dos regímenes contributivos y en constante competencia: los trabajadores con mayores ingresos y puestos de trabajo relativamente estables prefieren a las AFPs, mientras que aquellos con ingresos bajos optan por la ONP, haciendo cada vez más insostenible el modelo alternativo;
- Un nivel de cobertura bajo y deficiente, producto de un sistema enfocado en el mercado formal (trabajadores asalariados): solo 28% de la fuerza laboral está afiliada al sistema contributivo de pensiones;
- La existencia de pensiones insuficientes e inequitativas;
- El desaprovechamiento de economías de escala y del mercado oligopólico de las AFPs;
- Una gestión de portafolios cortoplacista por parte de las AFPs y la existencia de dificultades -en el SPP- para acceder a esquemas de retiro simples, que les asegure a los afiliados la estabilidad de los ingresos en la jubilación a costos razonables, frente a un incremento persistente en la esperanza de vida; y,
- La ausencia de información y asesoría financiera adecuada, independiente, activa, simple y de fácil acceso para los afiliados del SPP.

A estos problemas -detectados en el 2017- se suma la informalidad, la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes, el surgimiento de nuevas formas de laboralidad aparente (como los servicios de plataformas virtuales de servicios), la evasión del pago de los aportes previsionales y -el más grave actualmente- el envejecimiento poblacional²⁰

19 COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL. Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo. Lima, 2017, pp. 9-15.

20 En el 2018 la Organización Mundial de la Salud incluyó -por primera- vez a la vejez en la Clasificación Internacional de Enfermedades, bajo la nomenclatura MG2A. Si es una enfermedad, ¿puede ser curada?

y la longevidad, que harán inviables financieramente los esquemas de jubilación vigentes hoy en día en todo el mundo²¹.

Necesitamos contar con políticas públicas de protección social en pensiones de mediano y largo plazo, con esquemas bien diseñados y la sostenibilidad financiera suficiente, que dejen de lado el sistema actual laboralizado, para lo cual resulta un punto de partida válido en este debate la propuesta contenida en el Informe Final de la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República (Proyecto de Ley N° 7042/2020-CR)²² que postula dejar de lado el SR y el SC, reemplazándolos por un modelo multipilar²³ con capitalización conjunta (colectiva e individual), en base a una Ley Marco de implementación del Sistema Integrado Universal de Pensiones (SIUP), que se estructura bajo el siguiente esquema:

- a. Pilar N° 1 (prevención de pobreza), que incorporará a los actuales y futuros beneficiarios de los programas Pensión 65 y Contigo, que actualmente están adscritos al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS). Será pagado en su integridad por el Estado, al ser un régimen no contributivo asistencial.
- b. Pilar N° 2 (contributivo obligatorio mixto), en el cual cada afiliado tendrá una Cuenta Personal Previsional (CPP), que a su vez estará conformada por dos subcuentas rentabilizadas, a saber:
 - Fondo de Riesgo Compartido (capitalización colectiva): porcentaje menor del aporte que se destinará a la garantía de una pensión segura mínima (PSM) para todos los afiliados, sin excepción²⁴.

21 Mientras proyectos como el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (ONU, 2002) buscan soluciones al financiamiento de la vejez en longevidad, empresas como CALICO - California Live Company (de Google), Life Length y Halcyon Molecular, trabajan en extender aún más la vida humana.

22 https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07042-20210204.pdf

23 BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Nueva York, 1994, Oxford University Press.

24 De no cumplirse los requisitos mínimos de edad (65 años) y aportes regulares (240 cotizaciones) y/o de las pensiones proporcionales, se prevé expresamente la devolución de las cotizaciones rentabilizadas.

- Fondo de Riesgo Individual (capitalización personal): porcentaje mayor del aporte que brindará el monto adicional a cada afiliado -según su realidad económica laboral- sobre la pensión mínima universal.

Por ejemplo, si el aporte fuera fijado en 15%, un 3% iría al FRC y la diferencia (12%) al FRI, asegurando a todos los afiliados una PSM construida sobre una verdadera solidaridad previsional, hoy ausente en el SPP²⁵.

- c. Pilar N° 3 (ahorro voluntario), constituido por los aportes que realice el afiliado con o sin fin previsional, para incrementar aún más el contenido de su CPP.

Si bien el proyecto delega en el Reglamento lo relativo al traslado gradual de los afiliados del SNP y SPP al SIUP, como la determinación de la edad (numeral 9.2 del artículo 9), entendemos que se aplicaría una fórmula similar a la utilizada en Chile al crearse las AFPs en 1980: los menores de 40 años obligatoriamente se pasarían al nuevo sistema, pero los mayores de 40 podrán elegir mantenerse en los regímenes vigentes (ONP o AFP) o trasladarse, generando así un periodo de transición natural y vigencia temporal.

Cabe precisar que el proyecto tiene aspectos cuestionables y perfectibles, como la administración estatal del SIUP²⁶, cuando pudo ser una gestión mixta (Pilar N° 1 y FRC del Pilar N° 2, a cargo de la ONP; FRI del Pilar N° 2 y Pilar N° 3, a cargo de las AFPs), utilizando a los gestores del sistema actual, en lugar de tener que crear una nueva entidad pública (Autoridad del SIUP: artículo 28).

Por otro lado, encontramos aspectos positivos, dentro de los cuales destacan con nitidez la afiliación obligatoria gradual de los trabajado-

25 No compartimos la hipótesis de que en las AFPs existiría una solidaridad indirecta, en tanto beneficios como el BdR o la pensión mínima son pagados con cargo al Tesoro Público (los impuestos de todos); sin embargo, consideramos que el SPP sí es parte de la seguridad social, aunque con características y reglas distintas al modelo tradicional de Beveridge, bajo una suerte de cuasi previsionalidad.

26 En las oportunidades que el Estado ha administrado en solitario regímenes de pensiones, el resultado no ha sido óptimo, como ocurrió con el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).

res independientes menores de 40 años²⁷ y la creación de la Oficina de Promoción de la Cultura Previsional, que en coordinación con el Ministerio de Educación incluirían en el Plan Curricular dicha disciplina en todas las etapas, modalidades y niveles del sistema educativo.

Dejamos constancia que esta no es la primera vez que se propone implementar el modelo multipilar: en el 2007 -hace 14 años- el Colegio de Abogados de Arequipa presentó una iniciativa legislativa (Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP), que fuera elaborada por los profesores Javier Neves, César Gonzáles y Christian Sánchez, pero lamentablemente no fue debatida en su oportunidad.

4. Incluir ajustes paramétricos complementarios

La refundación del sistema previsional debe complementarse con algunos ajustes paramétricos, dentro de los cuales destacamos los siguientes:

- El incremento de la edad jubilatoria;
- Establecer la contribución tripartita o, al menos, restituir la bipartita: empleador y trabajador;
- Alinear la fórmula de cálculo de la pensión con la remuneración;
- Reducir los supuestos de jubilación anticipada;
- Suprimir los mecanismos de retiro o devolución de aportes;
- Entre otros.

En estos ajustes deben tomarse en cuenta los factores económicos, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, teniendo como marco principal tanto los derechos como los principios previstos por la Constitución, los convenios de la OIT, suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en materia previsional.

Todo ello, sin embargo, será imposible si el primer paso que tome el Estado en la búsqueda de un nuevo sistema de pensiones, integrado e inclusivo, no se enfoca en implementar una política pública de reduc-

27 En el artículo 32 del proyecto se prevé incentivos vinculados a dicha afiliación, como el copago de los aportes (matching contribution), el capital semilla, la cobertura de salud, entre otros.

ción de la informalidad laboral, que si bien algunos sectores -como el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo²⁸- y desde la academia²⁹ se vienen postulando desde hace muchos años, hasta la fecha no han tenido un eco tangible dentro de la política nacional.

Resulta claro que no se trata de medidas populares, en especial, el aumento de la edad jubilatoria; sin embargo, son ajustes indispensables e inevitables que deben concurrir con la implementación del nuevo modelo multipilar, o el que finalmente se determine. La refundación del nuevo sistema pensionario debe considerar una evaluación integral de nuestra realidad y llevarse a cabo como consecuencia de un debate en el cual participen todos los integrantes de la relación previsional: los trabajadores, los empleadores, los independientes, los informales, los jóvenes, los sindicatos, las entidades técnicas y los Ministerios involucrados en el tema, para así blindar su validación y legitimación social, de cara a futuros cuestionamientos que seguramente no faltarán. No existe el modelo perfecto, pero en la elaboración del nuevo mecanismo debemos pensar que la única solución puede partir de una integración de condimentos (factores) netamente peruanos.

V. Necesaria viabilidad económica y financiera

Finalmente, pero tal vez siendo lo más importante, la refundación debe tener como guía permanente la existencia real de una viabilidad económica y financiera que le permita mantenerse y sostenerse en el tiempo, y que de acuerdo a lo previsto en la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Constitución, se incardinará dentro de las previsiones presupuestarias las posibilidades del país.

Como reconoce Barr³⁰, ni el modelo de capitalización, ni el multipilar son mejores que el antiguo sistema de reparto. Partiendo de lo que llama “mitos o guías engañosas de política”, llega a las siguientes conclusiones:

28 Ver, por ejemplo, la Resolución Ministerial N° 071-2018-TR, que aprobó la Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2018-2021.

29 Por todos, con mirada actual en pandemia: LAVADO, Pablo y YAMADA, Gustavo. Empleo e informalidad laboral en la nueva normalidad. Lima, 2021, CIES.

30 BARR, Nicholas. Reforming pensions: myths, truths and policy choices. Washington D.C., 2000, FMI (Working Paper), pp. 47-49.

- La variable clave es una administración eficaz. No es posible sacar al gobierno del negocio de las pensiones.
- Desde una perspectiva económica, la diferencia entre capitalización y reparto es de segundo orden, pues son solo mecanismos financieros de organización. Su importancia es de política económica, dependiendo de cada país en un momento histórico específico.
- Un conjunto de objetivos puede lograrse de diferentes maneras. Existen países industrializados que aplican con relativo éxito modelos pensionarios que son completamente distintos.
- La gama de posibles opciones sobre un diseño de pensiones es amplia. La gestión del Estado puede ser optimizada, pero no debe ser minimizada.

En un trabajo posterior³¹ precisó además que los sistemas de pensiones se exponen a cambios demográficos, perturbaciones macroeconómicas y riesgos políticos, pero los sistemas privados de capitalización suponen además otros riesgos, a saber:

1. Riesgo de gestión, por incompetencia o fraude del administrador, situación que consumidores imperfectamente informados -como en el caso peruano- quedan imposibilitados de monitorear efectivamente.
2. Riesgo de inversión, pues los fondos de pensiones que cotizan en bolsa son vulnerables a las fluctuaciones del mercado, por tanto, si la jubilación es a los 65 años, el valor acumulado obedecerá, en cierta medida, al azar.
3. Riesgo en el mercado de rentas vitalicias, que depende del monto acumulado, la esperanza de vida restante del afiliado y la tasa de retorno que la compañía de seguros pueda prever para ese periodo, es decir, variables vinculadas a riesgos e incertidumbres considerables.

Para Mesa-Lago³², uno de los aspectos más cruciales de toda reforma pensionaria es la determinación del costo fiscal durante el periodo de transición;

31 BARR, Nicholas. Sistemas de contribución definida nocional: consideraciones básicas, en VV.AA. Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto, Bogotá, 2008, CEPAL, p. 77.

32 MESA-LAGO, Carmelo. Estudio comparativo de los costos fiscales en la transición de ocho reformas de pensiones en América Latina. Santiago de Chile, 2000, CEPAL, pp. 7-8.

es decir, los gastos que el Estado -y el sistema- ha asumido y tendrá que pagar en el tiempo. Desde su perspectiva, independientemente del modelo aplicado (sustitutivo, paralelo o mixto), serán cuatros los factores que determinarán dicho costo fiscal:

- La edad de la población, la antigüedad del programa y la cobertura poblacional.
- Las responsabilidades asumidas por el Estado durante la transición: BdR, pensión mínima, bonos complementarios, entre otros gastos.
- Las condiciones de adquisición de derechos en el programa público.
- Las cotizaciones salariales al programa público.

Las estimaciones y proyecciones a las que llega, demuestran que el costo fiscal de una reforma (o refundación) previsional siempre será menor del que hubiera tenido que asumir el Estado de no haber modificado su régimen de pensiones, manteniendo directamente la gestión del sistema público de reparto simple.

Feldestein³³ sostiene que la pérdida de bienestar derivada de distorsiones del mercado de trabajo no sería el único efecto adverso del sistema tradicional, ni siquiera el más grande. Cada generación, después de la inicial, perdería, siendo obligados a participar en un programa de bajo rendimiento y forzados a aceptar un valor implícito del 2.6%, cuando el margen real del capital es del 9.3%.

Como hemos adelantado, la elección del sistema de pensiones que en definitiva se va a adoptar es una decisión política, pero previo a ella es necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la determinación del modelo específico, lo que a su vez requiere un debate previo en el que participen todos los actores del tema previsional, para legitimar el cambio: el objetivo final debe ser la mejora del nivel de las pensiones, la mayor inclusión de beneficiarios y su sostenibilidad económica en el tiempo. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deben estar subordinados a estos propósitos.

Como reconocen algunos autores³⁴, intentar proporcionar ingresos estables en la vejez es un reto enorme en un mundo cambiante. Los sistemas de pen-

33 FELDESTEIN, Martin. *Privatizing Social Security*. Chicago, 1998, University of Chicago Press, p. 8.

34 GILLION, Collin (et al). *Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma*. Madrid, 2002, OIT, pp. 51-52.

siones están siempre expuestos a muchos riesgos; por ello, ningún mecanismo previsional puede alcanzar plenamente el objetivo de constituir una fuente fiable de recursos. Los principales factores que repercuten en el tema pensionario son los siguientes:

- a. Demográficos, derivados de los cambios en las tasas de natalidad y mortalidad, así como en circunstancias como la longevidad.
- b. Económicos, debido a las variaciones de las tasas de crecimiento de los salarios, de los precios y la rentabilidad de los mercados financieros y bursátiles.
- c. Políticos, provocados por la ruptura de la continuidad en los procesos de decisión gubernamental, que impiden desarrollar planes a largo plazo.
- d. Institucionales, por las posibles fallas de gestión en los organismos a cargo de la administración y/o la supervisión del manejo de las prestaciones.
- e. Individuales, derivados de la incertidumbre acerca del desarrollo de la futura vida laboral de cada persona.

La presencia de una o más de estas variables -según la realidad de cada país- tienen que ser debida y cuidadosamente analizadas, de acuerdo a las características propias inherentes, antes de decidir el sistema de pensiones más adecuado.

La crisis sanitaria, económica y social que se ha generado por la COVID-19 puede ser la justificación esperada para dar inicio a la refundación previsional que está pendiente desde hace varios años. Que todo lo que se está padeciendo no sea en vano.

VI. Conclusiones

1. Con ocasión de la pandemia de la COVID-19 se ha agravado la situación de precariedad de nuestro sistema de pensiones, de por sí fragmentado y excluyente, pues producto de su informalidad, ha quedado en manifiesto la ausencia de razonabilidad de mantenerlo como un mecanismo vinculado -para su afiliación- a la preexistencia de un vínculo laboral, cuando 7 u 8 de cada 10 peruanos no tiene un contrato de trabajo.

2. La convivencia de diversos y variados regímenes justifica que se califique al sistema como fragmentado; por otro lado, es excluyente porque la informalidad origina que de cada 10 trabajadores solo 3 tengan cobertura pensionaria; lo que resulta preocupante si recordamos que hacia el 2070 un 30% de la población será mayor de 60 años, como proyecta el INEI en el documento “Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, 1950-2070. Boletín de Análisis Demográfico N° 38”.
3. El mensaje implícito del paquete normativo del Poder Ejecutivo y el Congreso de la República durante el 2020 y 2021, es que los fondos del SPP pueden ser utilizados por los afiliados ante cualquier situación de emergencia, liberando en cierta forma al Estado de asumir mecanismos de apoyo financiero paralelos que no afecten los ahorros previsionales de los afiliados, poniendo en riesgo la percepción de una pensión futura digna.
4. Con el fin impedir el desmantelamiento de las instituciones de la seguridad social y, a la vez, proyectar un ajuste integral del modelo actual de coexistencia paralela del SR y el SCI (laboralizados), proponemos algunas ideas que podrían servir de inicio para una discusión dirigida a implementar un sistema integrado e inclusivo, que están detalladas en el capítulo IV del presente ensayo.
5. La refundación debe tener como guía permanente la existencia real de una viabilidad económica y financiera que le permita mantenerse y sostenerse en el tiempo, y que de acuerdo a lo previsto en la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Constitución, se incardinará dentro de las previsiones presupuestarias las posibilidades del país.