

EL ROL DEL ESTADO EN PENSIONES EN EL PERÚ: ¿ACTOR PRINCIPAL, SECUNDARIO O EXTRA?

César Abanto Revilla¹

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Como precisa Grzetich (2005: p. 9), la seguridad social es un elemento trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de cada Nación, al punto que las decisiones que se asuman con relación al sistema que se adopte en determinado momento de la historia de un país podrían originar un ahorro considerable de recursos humanos y materiales, o, por el contrario, una profunda depresión de las reservas anímicas (a consecuencia del descontento social derivado de la atención ineficiente, insuficiente e inoportuna) y dinerarias (producto de la aplicación de dispositivos legales inadecuados para el manejo del sistema elegido, que ocasionarían su desfinanciamiento).

Dentro de un modelo tradicional de seguridad social, puede constatarse que a nivel mundial existe una regulación prioritaria de dos prestaciones: salud y pensiones. En la medida que las pensiones representan un factor preponderante en la estructura y desarrollo económico de todo Estado (incluido el Perú, obviamente), vamos a centrar nuestra investigación en el análisis de dicha prestación.

En efecto, el presente estudio tiene por finalidad analizar la viabilidad de establecer un régimen jubilatorio a cargo de la empresa privada, que sirva de complemento a las pensiones otorgadas actualmente por la seguridad social peruana: el sistema público y privado, bajo la gestión de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente.

¹ Maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. 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 de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y de la Red Iberoamericana de Investigadores de Seguridad Social. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo. Correo: cabanto@er.com.pe. Código ORCID 0000-0002-3980-2460

El sistema de pensiones en el Perú se divide en dos regímenes: el público, que a su vez está conformado por el régimen del personal militar y policial (Decreto Ley N° 19846), el de los servidores públicos (Decreto Ley N° 20530), y el Sistema Nacional de Pensiones o SNP (Decreto Ley N° 19990); y el privado, que está a cargo de la empresa privada a través de sociedades anónimas llamadas AFP, que administran las pensiones de trabajadores públicos y privados, dependientes e independientes, bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)².

Si bien el Sistema Privado de Pensiones (SPP) nace formalmente a finales de 1992, no es la primera oportunidad en que la empresa privada asumió -junto al Estado o en solitario- la administración de un régimen pensionario:

1. El 24 de enero de 1911 se promulgó la Ley N° 1378, que si bien no regulaba expresamente el pago de pensiones, encargaba al empleador el pago de una prestación (renta) vitalicia en los casos en que sus trabajadores padecieran un accidente o una enfermedad laboral.
2. El 7 de febrero de 1924 se promulgó la Ley N° 4916, que en su artículo 5 estableció la obligación del empleador de pagar un subsidio (eventualmente vitalicio) a favor del empleado que se inhabilite para el trabajo.
3. El 10 de julio de 1946 se promulgó la Ley N° 10624, que estableció que los trabajadores particulares (empleados) con 40 años de servicio ininterrumpido para un mismo empleador, tendrían derecho a una jubilación equivalente al íntegro de su sueldo, que sería pagada por éste. En esta norma solamente se comprendía a los trabajadores de entidades bancarias, comerciales, agrícolas o mineras con capital superior a los S/. 2 millones de soles.
4. Finalmente, el 29 de noviembre de 1968 se promulgó el Decreto Ley N° 17262, que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (FEJEP), a cargo del Seguro Social del Empleador, que asumió la administración de los asegurados de la Ley N° 10624 (no de sus pensionistas), formándose así un régimen mixto entre el empleador y el Estado.

²(1) A partir del 25 de julio de 2000, la SBS ha reemplazado a la extinta Superintendencia de AFP en la supervisión del SPP, por mandato de la Ley N° 27238.

Paralelamente a estos regímenes, se dictaron normas legales que regularon el pago de pensiones a favor de los trabajadores de determinados sectores laborales, como los de las empresas eléctricas y de tranvías (Ley N° 10772, del 18 de setiembre de 1946) y los pescadores (Decreto Supremo N° 01, del 22 de enero de 1965), en las cuales se regulaban beneficios complementarios y adicionales a los que establecían las normas generales de seguridad social en pensiones.

Cabe destacar que junto a estos regímenes complementarios de pensiones existían también empresas privadas que otorgaban unilateralmente el beneficio de pensión a sus trabajadores, por ejemplo, la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, que en 1994 creó para sus profesores un régimen de nivelación similar a la “cédula viva” del Decreto Ley N° 20530, que fuera cerrado en el 2000 a partir de una crisis financiera, como se explica detalladamente en los considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 07321-2006-PA/TC³.

Para Gordillo (1994: p. 98), en la mayoría de casos en que ha participado la empresa privada (de manera directa o indirecta) en la administración de regímenes pensionarios, se han presentado una serie de cuestionamientos con relación al respeto del acceso a la pensión, sobretodo en supuestos como el de la Ley N° 10624, en que el goce de la jubilación dependía de cumplir cierta cantidad de años de servicios para un mismo empleador, ya que en no pocas oportunidades el trabajador era despedido antes de alcanzar el mínimo (40 años), para evitar así -la empresa- el pago de dicha prestación.

El SPP tampoco se escapa de críticas, sobretodo en la forma en que fueron afiliados masivamente los asegurados del sistema estatal, a los cuales no se les brindó una información objetiva respecto a las ventajas y desventajas de cada régimen, lo cual originó que desde hace más de una década miles soliciten su (libre) desafiliación de las AFP. Fue recién el 17 de marzo de 2007, con la publicación de la Ley N° 28991, que se creó un modelo de desafiliación sujetó a tres causales que, complementadas con un supuesto adicional contenido en la sentencia del Expediente N° 01776-2004-AA/TC⁴ (pero no en la citada ley), se vienen aplicando actualmente.

³(2) Publicada en su página institucional (www.tc.gob.pe) el 10 de octubre de 2007.

⁴(3) Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de febrero de 2007.

Pese a las dudas que subsisten respecto a la eficiencia e idoneidad de la empresa privada en la administración de derechos pensionarios, en varios países del mundo existen regímenes de jubilación a cargo de los empleadores, quienes asumen el pago de dichas pensiones de manera directa o a través de bancos, compañías financieras, de seguros o fondos particulares creados específicamente para dicho fin.

Ante esta realidad, nos preguntamos si debe darse una nueva oportunidad al sector privado para que asuma el reto de tener a su cargo un régimen por el cual se pague a los trabajadores una prestación adicional y complementaria a la que recibirían del régimen general de la seguridad social.

II. SEGURIDAD SOCIAL, PENSIONES Y CONSTITUCIÓN

Para el análisis del tema materia del presente ensayo resulta pertinente remitirnos a lo que establecen los artículos 10 y 11 de la Carta Magna del Perú, que establecen lo siguiente:

Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

En cuanto al artículo 10, mientras que la Constitución de 1979 utilizaba el verbo garantizar⁵, que implica -en teoría- un compromiso u obligación; en tanto, la de 1993 se remite al verbo

⁵(4) De acuerdo a la Vigésimo Tercera Edición del Diccionario de Lengua Española de la Real Academia, existen seis acepciones a la palabra “garantizar” (garantía), de las cuales se tomarán el número 1 (efecto de afianzar lo estipulado) y 3 (cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad).

reconocer⁶, que hace alusión a una aceptación declarativa de la existencia del derecho⁷; esto no implica -ciertamente- un menor beneficio en favor de los beneficiarios. El hecho de asumir, como se hizo en 1979, el compromiso de otorgar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social, no garantizaba su cabal cumplimiento, pues su real materialización siempre estará supeditada a las posibilidades económicas y financieras del país.

En tal sentido, el cambio del verbo “garantizar” (1979) por “reconocer” (1993), no genera una situación perjudicial para los beneficiarios, sino la delimitación tangible de la naturaleza de la seguridad social como un derecho económico, social y cultural (prestacional), que solo se concretará con la existencia previa de recursos dinerarios.

De igual manera, cuando hace referencia a la seguridad social como un derecho universal, se reconoce que su vocación es procurar obtener la protección de todas las personas; pero al añadirle un carácter progresivo⁸, se entiende que dicho acceso se va a dar de manera gradual. Ello implica, que el Estado ha de procurar que, con el tiempo y dependiendo de las posibilidades económicas, puedan disfrutar de este derecho cada uno de los ciudadanos de nuestro país.

La seguridad social se estructura sobre la base de principios, dentro de los cuales tenemos el de universalidad, a través del cual se determina al núcleo de personas que serán protegidas por este derecho. En virtud a ello, desde su origen, se ha ido otorgando -en el tiempo- tutela a determinados grupos de personas que han ido accediendo (poco a poco) a sus beneficios.

En un inicio, la protección no alcanzaba a la totalidad de ciudadanos, sino solo a los trabajadores (seguro social: régimen contributivo). Luego se postuló extenderla a sus familiares, menores de edad, adultos mayores, etcétera; naciendo así los regímenes no contributivos. Ello originó, a partir de la década de los cuarenta del siglo XX, al cambio a una corriente universalista que pretende que todas las personas, sin distinción alguna, accedan a la seguridad social; política

⁶(5) El citado Diccionario de Lengua Española registra 17 acepciones de la palabra “reconocer”, de las cuales nos resulta pertinente la consignada en el número 5 (confesar con cierta publicidad la dependencia, subordinación o vasallaje en que se está respecto de alguien).

⁷(6) Este punto fue materia de debate en el Congreso Constituyente Democrático (CCD), al revisarse la redacción del artículo 8 del Proyecto (artículo 10, bajo comentario), manteniéndose el texto que tenemos, pese a los cuestionamientos.

⁸(7) Según expuso la mayoría parlamentaria que integró el CCD, esta medida (acceso progresivo) fue tomada de las constituciones de Colombia, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Venezuela y otros países. CCD.

que no ha podido -hasta la fecha- ser implantada a cabalidad por ningún país, atendiendo al alto costo que representa.

En el Perú, las normas de la época colonial -como la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, aplicada a partir de 1820, en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela- y la Ley General de Goces de 1850, sólo alcanzaban a los servidores y funcionarios que laboraban para el Estado, así como a sus familiares (Heredia, 1996: p. 41-B). Fue recién en el siglo XX que se dictaron las normas que incluyeron a los trabajadores de la actividad privada en el ámbito de la seguridad social. En 1936, la Ley N° 8433 dispuso la creación de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero; en 1961, se dictó la Ley N° 13724 del Seguro Social del Empleado, posteriormente unificadas -junto a otras- en el Decreto Ley N° 19990 (1973). En aplicación al principio de universalidad, se ha venido incluyendo, en el tiempo, incluso a quienes formalmente no desarrollan una actividad laboral, como las amas de casa (Ley N° 24705: 1987) o personas en estado de pobreza extrema y sin régimen previsional (2009: Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud; 2011: Pensión 65, para la vejez; 2015: Programa Contigo, para casos de discapacidad absoluta y permanente).

En resumen, la seguridad social es universal, en la medida que -como derecho humano- alcanza a todos los ciudadanos; pero su acceso se producirá de manera gradual (progresiva), ampliándose dependiendo de las posibilidades económicas del país.

En lo que respecta al artículo 11, la diferencia de enfoque respecto de la entidad que tendría a su cargo las prestaciones de salud y pensiones de la seguridad social entre las Constituciones de 1979 y 1993, se origina en la orientación política del gobierno que elaboró la segunda de las nombradas, más próxima a un modelo liberal y privatizador, en el cual el Estado cumple una función de supervisión y participa de forma subsidiaria en la actividad económica del país (Bernales, 1998: p. 215).

En la Carta de Magna de 1979 los tres primeros párrafos del artículo 14 se abocaban a las características de la institución pública que tendría a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares; precisando posteriormente (cuarto párrafo) que la coexistencia de otras entidades públicas o privadas era viable (compatible) pero solo si ofrecían prestaciones “mejores o adicionales” y existiera consentimiento por parte de los asegurados: este segundo

aspecto fue el que bloqueó la pretendida privatización de los sistemas de salud y pensiones en el año 1991.

La Constitución de 1979 preveía la existencia de una sola entidad pública para la gestión de las prestaciones de salud y pensiones de la seguridad social, limitando la participación de la empresa privada. En la Carta Magna de 1993 se postula un modelo distinto, en el cual dicha administración estará a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas, asumiendo el Estado el rol de garante del “libre acceso” a las prestaciones de salud y pensiones que brinden; asimismo, asume la supervisión -en especial, en cuanto a las privadas o mixtas- del eficaz funcionamiento del sistema.

Si bien subsiste aún la discusión respecto de la conveniencia de una existencia paralela de lo público y privado para la atención de la seguridad social (a favor, Pasco, 1998: p. 17; en contra, Bernedo, 2000: p.20), en la realidad quedó demostrado -principalmente con los excesos del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS)- que el Estado carecía de la infraestructura suficiente, el personal idóneo y la tecnología necesaria para el correcto manejo de las prestaciones de salud y pensiones, que justifique un monopolio absoluto.

Como hemos visto, si bien la Constitución de 1979 permitía (artículo 14, cuarto párrafo) la coexistencia de otras entidades públicas o privadas, ello estaba condicionado a que sus prestaciones fueran “mejores o adicionales” y que existiera consentimiento de los asegurados. El cambio de modelo a un sistema de participación o gestión paralela, con supervisión estatal, permitió que dicha medida fuera una realidad.

La justificación formulada por el Poder Ejecutivo -mayoría en el CCD- respecto de esta participación privada sin condicionamientos era su aparente éxito en otros países de la región; en especial, el caso chileno en materia de pensiones. Como se ha visto en la práctica, pese a los beneficios que su implementación ha generado, hay una serie de aspectos que deberían ser revisados y reformulados estructuralmente.

En todo caso, acorde con la labor de un Estado en una política de libre mercado que inspiró al constituyente de 1993, la participación de éste se planteaba de manera conjunta (y hasta subsidiaria) con la privada, limitando su acción a la supervisión de su funcionamiento, lo cual se concretó a través de las denominadas “superintendencias”.

Esta supervisión o fiscalización se ejerce principal, pero no exclusivamente, si la gestión es privada o mixta. Cabe aclarar que este artículo alude a una gestión que puede darse bajo tres opciones -utiliza la conjunción disyuntiva “o”-, por tanto, cualquiera de estas sería constitucional y legalmente viable; sin embargo, consideramos que lo mejor será la existencia de mecanismos alternativos o complementarios, nunca monopólicos.

III. EMPRESA PRIVADA Y GESTIÓN DE PENSIONES

1. PRIMERA ETAPA: LEY N° 1378 (ACCIDENTES DE TRABAJO)

Fue a inicios del siglo pasado que se asignó por primera vez a la empresa privada la administración en el pago de una prestación de la seguridad social, al dictarse el 20 de enero de 1911 la Ley N° 1378, que -a partir de la teoría del riesgo profesional- hacía responsable al empleador por los accidentes que les ocurrieran a sus obreros o empleados “en el hecho del trabajo o con ocasión directa de el”, en tanto tuvieran un salario anual que no excediera de 120 libras peruanas de oro⁹.

Posteriormente, la Ley N° 7975¹⁰ incluyó dentro de las contingencias protegidas por dicha norma a la neumoconiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por la intoxicación de gases derivados de productos químicos.

Si bien la citada norma no reguló en estricto un régimen de pensiones, sino de rentas (vitalicias o temporales, según el grado de incapacidad)¹¹ e indemnizaciones, se trata del primer dispositivo legal que incluye a la empresa privada dentro del ámbito de la seguridad social, por tanto, resulta de importancia revisar sus alcances y efectos.

La norma establecía -como regla general- que el empleador asumiría el pago de una renta (o indemnización) ante la ocurrencia de la contingencia, pero también preveía -como excepción- la sustitución de su obligación mediante la contratación de seguros (individuales o colectivos),

⁹(140) Esta norma se elaboró sobre la base del proyecto preparado por José Matías Manzanilla, que prácticamente reprodujo a la Ley de Accidentes de Trabajo de Francia de 1898.

¹⁰(141) Promulgada el 12 de enero de 1935.

¹¹(143) Ley N° 1378, artículo 20.

bajo su costo total, siempre que la suma a pagar no fuera inferior a la que le correspondería por ley al trabajador (artículo 67).

El empleador también podría liberarse de la obligación de pago de la renta vitalicia si cancelaba -en la Caja de Depósitos y Consignaciones- el equivalente a dos años de salario, lo que se conocía en la práctica como “redención de la renta” (artículo 34).

La ley incluía a todos los obreros o empleados a cargo de un empleador, sin hacerse distinción por la naturaleza del régimen laboral (estatal o privado), tampoco existía un límite o restricción de cobertura a un número mínimo o máximo de trabajadores.

En cuanto a los sobrevivientes, si bien los artículos 21 a 23 de la norma eran claros al precisar que solo se reconocería indemnización al cónyuge, hijos o ascendientes, en el supuesto de fallecimiento del trabajador en mérito a un accidente laboral, en el tiempo se suscitó una larga discusión jurisprudencial en cuanto a incluir el deceso en virtud al padecimiento de una enfermedad profesional, sin embargo, este debate ha sido zanjado por recientes fallos del Poder Judicial¹² y el Tribunal Constitucional¹³, que han recogido el texto (y sentido) literal de la ley.

El modelo de pago de prestaciones a cargo del empleador luego fue retomado por la Ley N° 4916 del 7 de febrero de 1924, que en su artículo 5 dispuso que el patrono (empleador) pagaría a favor del empleado (no incluía a los obreros) que se inhabilite en forma definitiva una renta (de por vida) equivalente a la quinta parte de su sueldo: este beneficio luego fue absorbido por las Leyes N° 10624 y N° 13724.

2. SEGUNDA ETAPA: LEY N° 10624 (EMPLEADOS DEL COMERCIO)

La distinción entre trabajadores obreros y empleados se extendió a la legislación de orden laboral y previsional. Así, mientras los primeros tenían desde 1936 una norma que regulaba a su favor una pensión de vejez a cargo de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero (Ley N°

¹²(144) Por todos, la Casación N° 4647-2008 de la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en los seguidos por Eulogia Hurtado Ponce de Calderón contra la Empresa Minera del Centro del Perú sobre Renta Vitalicia.

¹³(145) Expediente N° 05141-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por María Mauricio de Torres contra la Empresa Minera del Centro del Perú.

8433), los empleados carecían de dicho beneficio, hasta que el 10 de julio de 1946 fue promulgada la Ley N° 10624.

La norma reguló en su artículo único el derecho al pago -por cuenta del empleador- de una pensión de jubilación equivalente a un sueldo íntegro para los empleados con 40 años de servicios ininterrumpidos en entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras, con un capital mayor a dos millones de soles oro¹⁴.

Posteriormente, el Decreto Ley N° 11013¹⁵ y la Ley N° 15114¹⁶ redujeron los años de servicios exigidos para acceder a la jubilación, quedando en 30 para el hombre y 25 para la mujer, hasta que el beneficio fue absorbido por el Decreto Ley N° 17262.

En la medida que el derecho se originaba en un contrato de trabajo, la terminación del vínculo laboral implicaba la pérdida del tiempo de servicios acumulados para acceder a la jubilación, y en tanto en esa época estaba vigente el despido sin causa justificada (bastaba un aviso del empleador con 90 días de anticipación), fueron muchos los casos de trabajadores cesados con poco tiempo antes de alcanzar el mínimo legal, por lo cual el Ministerio de Trabajo dictó un Decreto Supremo el 4 de noviembre de 1958 precisando que no sería reconocida la rescisión de contratos de trabajo de empleados con 20 ó más años de servicios si no existía una justificación válida debidamente comprobada.

Con relación a este tema, como referencia a la desconfianza de los trabajadores en cuanto al SPP, Gordillo (1994: p. 97) nos recuerda que la historia laboral del país registra que algunas de las empresas que se caracterizaron por conculcar los derechos jubilatorios de sus propios trabajadores -en obvia alusión a la Ley N° 10624-, se han convertido hoy en accionistas importantes de las principales AFP.

Para finalizar el comentario sobre esta norma, cabe recordar que en el Reglamento¹⁷ se precisaba que esta pensión de jubilación era inherente a la persona, por tanto, no podía ser transmitida por causa de muerte (no existía pensión para sobrevivientes); asimismo, que el

¹⁴(147) Beneficiarios de la norma fueron los empleados de comercio comprendidos en la clasificación establecida por el Reglamento de la Ley N° 4916, aprobado por una Resolución Suprema s/n del 22 de junio de 1928.

¹⁵(148) Promulgado el 6 de junio de 1949.

¹⁶(149) Promulgada el 7 de setiembre de 1964.

¹⁷(152) Promulgado por Decreto Supremo s/n del 7 de abril de 1947.

artículo 7 del Decreto Ley N° 11013 establecía que el beneficiario de la pensión podría seguir trabajando (y percibir ambas prestaciones), siempre que fuese en un giro distinto al del empleador del cual se hubiera jubilado.

3. TERCERA ETAPA: DECRETO LEY N° 17262 (FEJEP, RÉGIMEN MIXTO)

Esta norma reguló el Fondo Especial de Jubilación de los Empleados Particulares – FEJEP, que a partir de su fecha de promulgación (29 de noviembre de 1968) asumió el régimen de los empleados comprendidos en la Ley N° 10624, que en esa fecha no estuvieran percibiendo pensión de jubilación otorgada por dicha norma, la misma que seguiría siendo pagada por los empleadores.

El FEJEP fue administrado por el Seguro Social del Empleado a través del Consejo Directivo y las autoridades administrativas de su Caja de Pensiones.

Para acceder a la pensión de jubilación se debía acreditar 20 ó 25 años de servicios para el mismo empleador, según se trate de un trabajador mujer u hombre. Las otras contingencias que pudieran padecer serían atendidas con cargo a la Ley N° 13724.

El régimen fue derogado el 1 de mayo de 1973, al dictarse el Decreto Ley N° 19990, pero en mérito a su Undécima Disposición Complementaria un grupo de trabajadores pudo elegir entre mantenerse (y jubilarse) en el FEJEP o pasarse al SNP.

Posteriormente se dictó la Ley N° 22847¹⁸, que dispuso que todos los pensionistas del FEJEP serían incorporados en el SNP al cumplir 60 ó 55 años de edad, según se trate de hombres o mujeres, sin embargo, el 4 de junio de 1985 fue reestablecida la vigencia de este régimen por mandato de la Ley N° 24245, que modificó radicalmente el cálculo de la pensión, al indicar que el IPSS estaría obligado a pagar el monto que resultase del cómputo establecido por el Decreto Ley N° 17262 (artículo 17) hasta el 80% de 11 RMV, correspondiendo adicionalmente que el empleador abonase el valor máximo de 8 RMV. Si bien esta norma fue derogada el 14 de mayo

¹⁸(154) Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 22 de noviembre de 1979.

de 1988, existió un periodo durante el cual estuvo vigente, lo cual ha sido aprovechado por algunos a efectos de obtener una pensión equivalente a 8 RMV de su empleador¹⁹.

4. REGÍMENES COMPLEMENTARIOS EN EL PERÚ

Los regímenes complementarios tienen por finalidad otorgar prestaciones adicionales a las reconocidas por los regímenes obligatorios (públicos o privados) existentes.

En la mayoría de casos existen porque el nivel de las pensiones otorgadas por los regímenes previsionales regulares son demasiado bajas, y lo que se pretende es un acercamiento entre la pensión y el nivel de vida alcanzado por el trabajador.

En tal sentido, si el objetivo de estos regímenes es asegurar pensiones más altas, se entiende que el trabajador deberá pagar aportaciones complementarias adicionales, de ahí la razón por la cual en los países subdesarrollados prevalecen los regímenes públicos mientras en los países industrializados se promueve los regímenes privados junto con los complementarios.

Como indica Romero (1993: p. 36), la esencia del régimen complementario consiste en que sus prestaciones añadan algo nuevo al beneficio de las pensiones existentes.

Este autor considera que estos regímenes están concatenados con el principio de la integralidad o suficiencia, que trasladado a la jubilación significa que la pensión debe ser suficiente para que el beneficiario pueda seguir viviendo adecuadamente, pues de lo contrario el envejecimiento del trabajador conllevará a su empobrecimiento (en lo económico) y, por ende, al deterioro de la calidad de vida alcanzada.

En el Perú, vemos que desde mediados del siglo pasado se han creado regímenes complementarios que nacieron con la finalidad de beneficiar a trabajadores de ciertos sectores de la producción, que si bien tuvieron como origen a empresas privadas, en el tiempo han tenido que ser asumidos total o parcialmente por el Estado, atendiendo principalmente a problemas de administración y falencia económica. Junto con estos regímenes, también encontramos algunos

¹⁹(155) Por todos, ver el fallo recaído en el Expediente N° 09606-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Eugenio Ibáñez Inchaustegui contra INTERBANK, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 26 de noviembre de 2006.

casos aislados de empresas privadas que posteriormente han replicado este modelo, aunque con resultados desfavorables.

Los casos más emblemáticos fueron los de la Caja de Beneficios Sociales de Electrolima y la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, que en ambos casos fueron liquidadas en la década de los noventa del siglo pasado, siendo asumida su carga pasiva subjetiva de pensionistas por el Estado a través de la ONP.

IV. ¿ES VIABLE O RECOMENDABLE (O NO) UNA GESTIÓN PRIVADA?

Si bien existen diversas definiciones de “empresa”, dependiendo del enfoque que se quiera utilizar (económico, jurídico, etc.), la Vigésimo Segunda Edición del Diccionario de la Real Academia Española la define como una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.

En efecto, la finalidad de una empresa -entiéndase, privada- es el lucro, entonces, la pregunta que sigue en el desarrollo de este ensayo sería: ¿le interesará a una empresa ser la responsable de un plan de pensiones vitalicio para sus trabajadores? Creo que la respuesta dependerá de la solución a una pregunta previa: ¿cuál es el beneficio que obtendría la empresa en la administración de un régimen complementario?

La pensión, por más que sea administrada por una entidad pública o una empresa, a la vista del trabajador constituye un derecho fundamental. Una prestación que deben otorgarle -al llegar a la vejez- por los años de servicios laborados, y que además se espera sea suficiente para atender sus necesidades básicas, y -de ser posible- que le permita mantener el nivel socio económico alcanzado al momento de su cese.

¿Podemos compatibilizar las expectativas de los empleadores y los trabajadores? El pasado, que debe ser revisado para no repetirlo, nos demuestra que las experiencias de principio del siglo XX en la aplicación de las Leyes N° 1378 y N° 10624, no fueron precisamente el reflejo de un cumplimiento impoluto por parte del empresario, por el contrario, la falta de atención oportuna de las prestaciones (en el caso de accidentes o enfermedades laborales) o el despido del trabajador previo a alcanzar el mínimo de servicios para jubilarse, fue moneda común en el tratamiento de este tema.

Pero este comportamiento negativo del pasado no debe ser el punto de partida para la evaluación de la interrogante planteada en este comentario, sino un parámetro a tener en cuenta al fijar ciertas prohibiciones al accionar del empleador, para evitar que sean repetidos los excesos del ayer. Revisemos entonces las dos vertientes estructurales:

3.1 Evaluación de la viabilidad constitucional y legal

El artículo 11 de la Constitución establece expresamente que el Estado garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento.

Si bien dicho precepto sería suficiente para habilitar la existencia de los regímenes complementarios de pensión, debemos recordar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la ajenidad de dichos modelos en relación al ámbito teórico y legal de la seguridad social y el sistema pensionario nacional, al determinar en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07321-2006-PA/TC que los derechos reconocidos en planes ocupacionales privados (en ese caso, la “cédula viva” garcilasina) no pueden ser considerados pensión, en tanto no cumplen un fin social específico, independientemente del nomen juris que se les asigne.

En los fundamentos 53 a 56 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004 -AI/TC se establece que la seguridad social es una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho. Pero la seguridad social también sería un complejo normativo estructurado que requiere de la presencia de un supuesto fáctico (contingencia) acompañado de la presunción de necesidad (vejez, invalidez, muerte, etc.) que condiciona el otorgamiento de una prestación dineraria, que está regida por los principios de universalidad, solidaridad y suficiencia²⁰.

Los regímenes complementarios no están estructurados en base a dichos principios, ni sus prestaciones tienen un fin social, por tanto, mal podría decirse que formarían parte del sistema de pensiones del Perú, sin embargo, ello no les resta importancia a efectos de constituir un

²⁰(215) Expediente N° 00011-2002-AI/TC, fundamento 14.

mecanismo que coadyuve en la procura del individuo para la obtención de un ingreso mayor al que le correspondería en los regímenes regulares de pensiones (público o privado), lo cual le permitiría -eventualmente- mantener un nivel de vida similar al que ostentaba durante su ejercicio laboral activo.

En tal sentido, pese a que el Tribunal Constitucional habría sustraído a la pensión de los regímenes complementarios del ámbito (y tutela) de la seguridad social, somos de la opinión que no se trata de una prestación civil, sino de una suerte de híbrido entre lo privado y social que merece una tutela legislativa expresa.

Como bien precisa Sánchez-Urán (1995: pp. 29-30), el hecho que la Constitución no reconozca de manera explícita a una prestación (o régimen) dentro su modelo previsional, no la ha de excluir de una tutela diferenciada o especial, y la norma que la regule no incurrirá necesariamente en inconstitucionalidad sobrevenida si tiene un objetivo social final.

De lo expuesto en los puntos precedentes, podemos concluir que si bien el régimen complementario de pensiones a cargo de la empresa privada no tendría un nexo con el artículo 11 de la Constitución, tal situación no impide que se dicte una regulación especial que le reconozca una naturaleza jurídica distinta a lo meramente civil, pues su finalidad es permitir al trabajador percibir una prestación adicional (y beneficiosa) a la que le correspondería en el régimen regular al que esté adscrito (SNP o SPP), lo cual conlleva implícitamente un objetivo social que debe ser reconocido.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, consideramos que el Estado -además de la regulación respectiva- debería asignar la supervisión del eficaz funcionamiento y desarrollo de los regímenes complementarios a una de sus entidades (podría ser la SBS), con el objetivo de determinar los límites en las inversiones y los parámetros o garantías mínimas que deberían reconocerse en dichos planes ocupacionales, amén de establecer las herramientas que aseguren una parte de lo aportado, a través de mecanismos similares al Fondo de Seguro de Depósito o al Encaje Bancario.

Debe tenerse en cuenta que un régimen complementario a cargo de la empresa sólo cubrirá la pensión de jubilación, corriendo por cuenta de una póliza de seguro para accidentes (individual o colectiva) los supuestos de incapacidad física o mental. Para los derechohabientes no se

reconocerá el pago de una pensión de sobrevivientes, lo cual no impide que reclamen la entrega del fondo acumulado (y sus rendimientos) a título de patrimonio sucesorio.

En todo caso, como indicamos anteriormente, estos regímenes sólo podrían llevarse a cabo por empresas con capital e infraestructura adecuada, y cuyos trabajadores perciban ingresos medios o altos. El aspecto de la obligatoriedad o voluntariedad se debe evaluar con cuidado, pero se debe tener presente que en materia de pensiones el trabajador siempre optará por cualquier medida que le permita ahorrar ingresos hoy, por tanto, si puede exonerarse de un descuento adicional, lo hará.

En la estructura de composición legal debe tenerse en cuenta necesariamente algún mecanismo de beneficio tributario al empleador y al trabajador (por ejemplo: deducir del impuesto a la renta anual la rentabilidad y la aportación, respectivamente), debe regularse también la modalidad del reajuste periódico de las pensiones, que podría depender de la edad o la variación anual del costo de vida; asimismo, el destino de los fondos e inversiones, así como las sanciones a imponer a aquellas empresas que fraudulentamente incurran en insolvencia o cualquier ardid para eludir su obligación, para evitar así sucesos similares a los ocurridos en los Estados Unidos.

3.2 Evaluación de la viabilidad operativa

Como señalan Monereo y Fernández (2008: pp. 11-12), los planes de pensiones ocupacionales (o regímenes complementarios jubilatorios) se clasifican en función a criterios subjetivos y objetivos en tres modalidades:

- a) **Sistema de empleo**, que es organizado por el empleador directamente y tiene como partícipes a sus propios trabajadores. Debe ser una empresa con capital e infraestructura suficiente para llevar a cabo (en el tiempo) este proyecto.
- b) **Sistema asociado**, que es organizado por personas naturales con un vínculo común, pero permite la adhesión de terceros. Los partícipes intervienen en la formación y administración del fondo.
- c) **Sistema individual**, que es puesto en marcha por instituciones financieras que lo colocan en el mercado con la finalidad de captar personas inespecíficas que deseen contratarlo. No tiene que existir necesariamente un nexo previo.

En el presente ensayo nos estamos refiriendo a la primera: sistema de empleo.

Hay dos aspectos que deberán ser considerados en cuanto al esqueleto operativo de un régimen complementario jubilatorio a cargo de la empresa privada: infraestructura y capacidad económica (a mediano y largo plazo).

El primero, comprende no sólo al almacén físico de la empresa, sino principalmente a la idoneidad de su personal, tanto en el manejo del entorno legal como del mercado financiero y bursátil en el cual se invertirá el fondo. Este punto es medular, pues si el empleador sólo se enfoca en la ganancia que le brindará la administración en el largo plazo de los aportes de sus trabajadores, descuidando la conformación de un equipo adecuado para la gestión de su plan ocupacional, el fracaso estará garantizado.

El segundo, constituye el eje de la subsistencia del régimen, pues si bien existe en la teoría está exclusión del ámbito de la seguridad social, si algo se ha aprendido en los últimos años en materia de pensiones (prestaciones, rentas vitalicias o como prefiera llamárseles) es el reconocimiento de la estrecha vinculación entre el otorgamiento de un derecho (y su pago en el largo plazo) y un esquema financiero estructurado de tal forma que pueda garantizarlo en el tiempo. Si el empleador no prevé un régimen de financiamiento adecuado, con proyección de 30 a 40 años (periodo de maduración), difícilmente subsistirá más allá de los 5 años, desde el pago del primer pensionista.

Efectuada esta revisión de los factores normativos y estructurales para determinar la viabilidad de un régimen complementario jubilatorio a cargo de la empresa privada en el Perú, considerando el crecimiento sostenido de nuestra economía y la activación de ciertos sectores de la producción (minería, construcción, agroindustria, etc.) vemos que es el momento oportuno para evaluar una regulación sobre el particular, empero, la posibilidad que este proyecto pueda materializarse y sostenerse en el tiempo está supeditado principalmente a un correcto comportamiento de los empresarios, lo cual nos deja -teniendo en cuenta la experiencia pasada- más dudas que respuestas.

Lo que sí resulta claro, es que este mecanismo paralelo y adicional a los regímenes de pensiones existentes (SNP y SPP) debería ir de la mano con una reestructuración del sistema previsional

peruano, que tomando como modelo o referente el programa multipilar (reestructurado) del Banco Mundial permita la creación de un sistema único.

La idea es que todo trabajador (público, privado, dependiente o independiente) aporte a dicho fondo un porcentaje que podría ser de 15 a 18%, del cual el 10% se destina al pilar público y el 5 ú 8% restante se cotiza a la cuenta individual capitalizada (pilar dos). El pilar solidario se pagaría con cargo directo al Tesoro Público.

La administración debería estar a cargo de una sola entidad (pública, privada o mixta) y se debería contar con una Central Única de Recaudación, que podría estar a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), que actualmente recauda las aportaciones de la ONP, en tanto resulta indispensable contar con mecanismos de cobro de adeudos (en vía coactiva, civil e inclusive penal) que impidan el aumento de la morosidad, que actualmente es 50%.

Esta propuesta, sin embargo, de nada servirá si no se procede previamente con dos acciones fundamentales: (a) un saneamiento del mercado laboral, con el objetivo de reducir el porcentaje de trabajadores informales, que carecen de beneficios sociales y, por tanto, de derechos laborales y de seguridad social; y (b) la implementación en los niveles de educación básica y superior de cursos de información pensionaria, con la finalidad de interiorizar en los niños y jóvenes la importancia de aportar para un régimen de pensiones desde el inicio de su actividad laboral, pues para la mayoría el tema pensionario es un asunto que sólo incumbe a los ancianos: para cuando entren en razón de la necesidad de una pensión de vejez, seguramente será muy tarde.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bernales, E. (1998) La Constitución de 1993: Análisis comparado. Lima: Editorial RAO

Bernedo, Jorge (2000) El derecho humano a la seguridad social y la privatización de los sistemas de pensiones en América Latina. Ganancia para algunos y desprotección para todos. Lima: CEDAL Ediciones

Gordillo, E. (1994) Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos. En: VV.AA. Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y respuestas, Lima: CEDAL Ediciones

Grzetich, A. (2005) Derecho de la Seguridad Social. Parte General. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria

Heredia, M. (1996) La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530. Lima: Revista Gaceta Jurídica N° 30

López, E. (2008) El régimen pensionario de los empleados particulares y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 117, Lima: Editorial Gaceta Jurídica

Monereo, J. y Fernández, J. (2008) Planes y fondos de pensiones: Propuestas de reforma. Madrid: Fundación Alternativas

Pasco, M. (1998) ¿Son los sistemas privados de pensiones formas de Seguridad Social? En: VV.AA. Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Madrid: Secretaría General de la OISS

Romero, F. (1993) La jubilación en el Perú. Lima: Servicios Gráficos José Antonio

Sánchez-Urán, Y. (1995) Seguridad Social y Constitución. Madrid: Editorial Civitas

Recebido em 30.10.2022

Aceito em 05.11.2022