

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES PÚBLICO Y PRIVADO

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND THE NEED TO IMPLEMENT THE SUPPLEMENTARY PENSION SYSTEM PUBLIC AND PRIVATE

Francisco Morales Saravia
fmorales_s@yahoo.com

Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales por ESADE-Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, Barcelona, España

Recibido: 20 de noviembre de 2015

Aceptado 8 de diciembre de 2015

SUMARIO

- Introducción
- El Estado social y democrático de derecho según la Constitución de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- Algunos elementos del Estado social y democrático de derecho según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- El derecho a la seguridad social según el parámetro de constitucionalidad
- El derecho a la seguridad social debe ser de por vida
- Los déficits de constitucionalidad del sistema privado de pensiones
- Implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de adecuar el Sistema Privado de Pensiones con el parámetro de constitucionalidad del derecho a la Seguridad Social
- Conclusiones

RESUMEN

Este artículo presentará la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho, el parámetro constitucional del derecho constitucional a la seguridad social, la justificación de por qué el actual sistema privado de pensiones no es compatible con dicho parámetro y, adecuando una propuesta de la Defensoría del Pueblo del 2005, se

planteará una propuesta de implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de hacer compatible este último con dicho parámetro.

PALABRAS CLAVES

Derecho constitucional; seguridad social; sistema de pensiones.

ABSTRACT

This article will introduce the constitutional configuration of social and democratic state of law, constitutional parameter of the constitutional right to social security, the justification for why the current private pension system is not compatible with the parameter and adapting a proposal by the Ombudsman People 2005, a proposal for implementation of the complementary system of public and private pensions in order to reconcile the latter with that parameter will be raised.

KEYWORDS

Constitutional right; social security; pension system.

INTRODUCCIÓN

Con la liberalización de la economía en el Perú durante la década de los noventa, también se produjo un profundo cambio en el sistema de seguridad social de nuestro país

que hasta entonces era totalmente público¹. Por decirlo de alguna manera, también se liberalizó la seguridad social en algunas de sus prestaciones, en particular las más rentables. Así se crearon las empresas prestadoras de salud (EPS) para dar servicios de salud a los trabajadores en planillas y las administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP) para administrar los aportes previsionales de los trabajadores formales. Este nuevo esquema fue consagrado en el artículo 11.º de la Constitución Política de 1993² y desarrollado en un nuevo marco legal³.

Desde aquella reforma, que cambió por completo el sistema pensionario, han pasado más de veinte años y cada cierto tiempo han surgido críticas o reformas legales para mejorar el sistema privado de pensiones. Por ejemplo, algunas de estas reformas fueron la posibilidad del retorno al sistema público de pensiones, una pensión mínima, la obligatoriedad de aportes para los trabajadores independientes (derogada), la reforma del mecanismo de pago de las comisiones a las AFP y últimamente la posibilidad de que los afiliados a una AFP puedan retirar hasta el 95 % de su fondo de pensiones cuando lleguen a la edad de jubilación (ley aprobada por el Congreso de la República y vetada por el presidente de la República).

Consideramos que todas estas reformas parciales, algunas con éxito y otras sin este, son insuficientes para adecuar el sistema privado de pensiones, tal como está hoy, al marco constitucional vigente sobre el Estado democrático y social de derecho, al derecho a la seguridad social y a la obligación internacional que se deriva del artículo 71.º del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴.

Este artículo presentará la configuración constitucional del Estado social y democrático

de derecho, el parámetro constitucional del derecho constitucional a la seguridad social, la justificación de por qué el actual sistema privado de pensiones no es compatible con dicho parámetro y, adecuando una propuesta de la Defensoría del Pueblo del 2005, se planteará una propuesta de implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de hacer compatible este último con dicho parámetro.

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conforme a los artículos 3.º y 43.º de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado social y democrático de derecho⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio". (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 12, párrafo 1)

[...] se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado. (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 10 y ss.)

1. La seguridad social tiene por función atender las contingencias sociales de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.

2. "Artículo 11.º. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, supervisa su eficaz funcionamiento.

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

3. El TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (Decreto Supremo N.º 054-97-EF).

4. Véase el Convenio 102 de la OIT en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

5. "Artículo 3.º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, **del Estado democrático de derecho** y de la forma republicana de gobierno" (énfasis agregado).

"Artículo 43.º. **La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.** El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes" (énfasis agregado).

Conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede afirmar que el modelo de Estado social reconocido por la Constitución se caracteriza por ser un Estado con funciones de carácter social, por desarrollar aquellas funciones en una economía social de mercado (artículo 58.º de la Constitución) y por garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44.º de la Constitución). En consecuencia, a partir de las consideraciones precedentes, se concluye que en el Perú la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos definen como un Estado social y democrático de derecho y no como un Estado liberal.

ALGUNOS ELEMENTOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez definido el mandato constitucional relativo al Estado social y democrático de derecho, se hace necesario establecer algunos de sus elementos que, sin ser los únicos, pueden ser considerados como los principales. Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se pueden identificar algunos de esos elementos, como la economía social de mercado, el principio de solidaridad y el deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales.

La economía social de mercado

La Constitución establece en el artículo 58.º que el modelo económico en el Perú es el de una economía social de mercado⁶. Desde sus orígenes en la Alemania de la Posguerra, la economía social de mercado, a diferencia de la economía de mercado, ha tenido como uno de sus elementos principales la seguridad social (pensiones y prestaciones de salud, entre otras). Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, puesto que ha venido perfilando y protegiendo los derechos pensionarios de los ciudadanos, en los diferentes regímenes (público y privado) que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuando según los casos han sido vulnerados. Por ello, y con relación a los derechos

6. "Artículo 58.º. 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 de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

pensionarios, el Tribunal ha precisado lo siguiente:

[H]a sido una constante de este Tribunal dispensar protección a los titulares de dichos derechos, cuando ese ha sido el caso, no solo en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución (acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo), sino también en la de 'guardián último de los derechos fundamentales' (acciones de amparo, esencialmente), tutela que ha concedido en todos aquellos supuestos en los que, a su juicio, haya sido evidente la afectación de los derechos a los que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución". (Exp. N.º 002-2003-AI/TC, fundamento 6)

En tal sentido, conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, uno de los elementos de nuestro Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado lo constituye "el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social", conforme al artículo 10.º de la Constitución y los derechos que sobre la misma materia reconocen los artículos 11.º, 12.º, y primera, segunda y tercera disposiciones finales y transitorias de la Constitución. (Exps. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC –acumulados–, fundamentos 3 y 4)

El principio de solidaridad

En relación con el principio de solidaridad, presente en el Estado social y democrático de derecho, en la economía social de mercado y sobre todo en el derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su ethos organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1.º de la Constitución Política, que 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado', ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el

Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho. (Exp. N.º 0048-2005-PI/TC, fundamento 37)

Esta toma de posición del Tribunal Constitucional del Perú, sin duda, es fundamental para comprender que el sistema privado de pensiones tiene el deber de contribuir con el sostenimiento y preservación del sistema público de seguridad social, basado en la solidaridad, puesto que la Constitución permite que se le entregue la administración de las prestaciones pensionarias, que por su naturaleza corresponde al sistema de seguridad social. El sistema privado de pensiones gestiona, administra o gerencia los recursos necesarios para satisfacer el derecho constitucional a la pensión, cuando las personas lleguen a la vejez. Colaboran y deben preservar la finalidad del servicio público pensionario.

El deber del estado de garantizar los derechos fundamentales

Conforme al artículo 44.º de la Constitución⁷, el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia y cada vez que resuelve los procesos de garantía de los derechos fundamentales se ha encargado de recordar el deber del Estado, ejecutado a través de sus funcionarios, de garantizar la plena vigencia y efectividad de tales derechos que pueden ser afectados por el mismo Estado o por los particulares. Del mismo modo, el Tribunal también ha establecido que ese deber igualmente corresponde a los particulares⁸.

7. Artículo 44.º. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y **promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia** y en el desarrollo integral de la Nación [...] (énfasis agregado).

8. *Mutatis mutandis*, caso Eusebio Llanos Huasco. Exp. N.º 976-2001-AA/TC.

Por tanto, a partir de las consideraciones precedentes, se puede concluir:

- Nuestro modelo económico es el de una economía social de mercado, consustancial a nuestro Estado social y democrático de derecho, y no una economía neoliberal o economía de mercado pura.
- La seguridad social (pensiones y prestaciones de salud) constituye uno de los elementos básicos del Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado diseñados por la Constitución.
- El principio de solidaridad está reconocido por la jurisprudencia constitucional y es uno de los fundamentos de nuestro modelo de economía social de mercado y se manifiesta a través del sistema de seguridad social.
- El deber de proteger los derechos fundamentales, y en particular el derecho a la seguridad social, vincula a los agentes públicos y a los particulares.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

Bajo el marco del Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado definidos por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, descrito anteriormente, debemos configurar el parámetro de constitucionalidad del derecho a la seguridad social garantizado y regulado por los artículos 10.º, 11.º y 12.º de la Constitución Política de 1993⁹:

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

9. El parámetro de constitucionalidad está conformado por la Constitución Política de 1993, la jurisprudencia constitucional dictada por el Tribunal Constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase Remotti, J. Prólogo. En Castañeda Segovia (2009). *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial* (pp. XXXII-XXXV). Lima: Grijley. Morales, F. (2013). Interpretación de las normas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia. En AAVV, *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (tomo III), (pp. 1175-1183). Lima: Gaceta Jurídica.

El artículo 11.º de la Constitución establece que 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.

El artículo 12.º de la Constitución dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

La interpretación de los mencionados artículos debe efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú según el mandato de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución¹⁰. En tal sentido y respecto de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de seguridad social, se debe considerar lo siguiente:

El artículo 25.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT exige que el costo de las prestaciones de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes y los gastos de administración de estas prestaciones deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos.

El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales dispone que los Estados parte del Pacto

reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que le imposibiliten física o mentalmente obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

Del mismo modo, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (Exp. N.º 1080-2000-AA/TC, fundamento 5) y que:

La seguridad social (dentro de cuyo concepto se entenderá incluido el servicio previsional de salud, conforme a los alcances del artículo 11.º de la Constitución) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido” (Exp. N.º 011-2002-AI/TC, fundamento 14).

Una vez identificadas las normas constitucionales e internacionales, y la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la seguridad social, estaremos en condiciones de configurar el parámetro constitucional del mencionado derecho, que tendrá las siguientes características y elementos:

10. Sobre esta regla de interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha dicho: “Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.” (Exp. N.º 0217-2002-HC, fundamento 2). Sobre esta regla de interpretación de los derechos constitucionales véase Morales, F. (2013). Interpretación de las normas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia. En AA.VV. *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (tomo III), (pp. 1175-1183). Lima: Gaceta Jurídica.

- El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.
- El derecho a la seguridad social tiene por finalidad la elevación de la calidad de vida cuando se produzca alguna de las mencionadas contingencias.
- En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
- El costo de las prestaciones de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes y los gastos de administración de estas prestaciones deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos.
- Las prestaciones pueden ser otorgadas por entidades públicas, privadas o mixtas.
- El Estado tiene la obligación de supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades que otorgan las prestaciones a fin de que se cumpla la finalidad del derecho a la seguridad social.
- La Constitución dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles, puesto que sirven para que se cumpla la finalidad del derecho a la seguridad social.
- De los elementos mencionados y sobre todo del concepto de elevación de la calidad de vida ante las contingencias se deriva la obligación mínima de garantizar de por vida las prestaciones en materia de salud y pensiones.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEBE SER DE POR VIDA

A diferencia de otros derechos, como la libertad, el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional que requiere de un

financiamiento para que sea efectivo. Esta característica lo diferencia de otros derechos. Como se ha expresado anteriormente, la Constitución reconoce y el Estado garantiza el derecho a la seguridad social, que consiste en la protección de la persona frente al desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que le imposibiliten obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, y para la elevación de su calidad de vida.

Ahora bien, la función que la Constitución reconoce al derecho a la seguridad social determina que el sistema de pensiones (público y privado) garantice las prestaciones de por vida de los titulares de dicho derecho. Del mismo modo, según la Constitución, la gestión de los medios para que este derecho sea efectivo puede ser gestionada indistintamente por entidades públicas, privadas o mixtas, siempre y cuando cumplan con las finalidades mínimas que se derivan del parámetro constitucional antes descrito, y que en resumen deben garantizar:

- La protección de las personas que lo gocen a fin de llevar una vida digna y decorosa, y para la elevación de su calidad de vida.
- El cumplimiento de dicha finalidad supone que las prestaciones (pensiones y salud) deben ser garantizadas de por vida, independientemente de que se otorguen a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Por tanto, conforme a nuestra Constitución, las entidades públicas, privadas o mixtas tienen la obligación de cumplir con la finalidad del derecho a la seguridad social de que el sistema de pensiones debe preservar y garantizarlas de por vida, puesto que dichas entidades solo son los medios para alcanzar la finalidad constitucional prevista. Los modelos de gestión y financiamiento podrán ser públicos, privados o mixtos pero siempre garantizando la finalidad descrita anteriormente, caso contrario se comprobará una vulneración al derecho a la seguridad social reconocido por la Constitución.

LOS DÉFICITS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Para varios autores nacionales, el sistema privado de pensiones no es propiamente un sistema de seguridad social porque no se basa en el principio de solidaridad, que sí fundamenta el sistema público de pensiones¹¹. Si bien desde el punto de vista doctrinario puede ser aceptable tal planteamiento, ocurre que el artículo 1.º de la Ley del Sistema Privado de Pensiones dispone que el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) tiene por objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones, a efectos de otorgar protección ante riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento¹². Por tanto, se debe compatibilizar esta norma con el parámetro constitucional del derecho a la seguridad social descrito anteriormente a fin de posibilitar que el sistema privado de pensiones sea uno de los pilares del más amplio sistema de seguridad social peruano, como se verá más adelante.

11. Así, Pasco (2008) opina: "Es [...] en la solidaridad donde encontramos el criterio diferenciador por excelencia: la Seguridad Social apunta a repartir desigualmente los ingresos de modo que los fuertes soporten a los débiles, asumiendo así una función básica de redistribución de la renta. Sin tal objetivo, la Seguridad Social desvirtuaría sus esencias. Los sistemas privados renuncian a toda solidaridad y a toda redistribución; se sustentan precisamente en lo contrario: en la capitalización y el disfrute individuales, segregando toda transferencia de recursos y condicionando el monto de las prestaciones a la medida exacta de los aportes personales. Si en atención a lo axiológico se puede afirmar que los sistemas privados no asumen ni corresponden a los principios, extraeríamos de allí como preclusión que tales sistemas no pertenecen al mundo de la Seguridad Social" (p. 269). Por su parte, González (2008) opina: "[...] el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones se crea bajo la modalidad de ahorro forzoso en cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte mensual del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones producidas por la empresa privada administradora del fondo constituido (AFP), que servirán para financiar su pensión. Siendo ello así, del cotejo de ambos sistemas, resulta por demás evidente que el privado de pensiones al carecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptualizado como un Sistema de Seguridad Social" (p. 293). Abanto (2015) también opina que, al carecer de solidaridad intrínseca, es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, mas no un régimen previsional en estricto.

12. El TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N.º 054-97-EF dispone lo siguiente: "Artículo 1.º. **El Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) tiene por objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones**, a efectos de otorgar protección ante riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento, y está conformado principalmente por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), las que administran los fondos de pensiones [...]. Complementariamente, participan del SPP las empresas de seguros que proveen las prestaciones que correspondan, así como las entidades o instancias que participan de los procesos operativos asociados a la administración de los Fondos de Pensiones" (énfasis agregado).

Otros aspectos relacionados con los déficits de constitucionalidad de nuestro sistema pensionario privado son los siguientes¹³:

- El sistema privado no garantiza una pensión de por vida en el caso del retiro programado, porque está sujeta al límite de la cuenta individual (fondo individual). Si el pensionista quiere que su pensión sea de por vida, debe trasladar su fondo a una compañía de seguros para que le entregue una renta vitalicia, que probablemente será menor.
- El pensionista del sistema privado de pensiones puede perder su fondo a causa de una hiperinflación, crisis económica o financiera como en el 2008, o mala gestión del fondo por parte de la AFP, y el Estado no lo auxiliará y quedará desprotegido.
- El sistema pensionario privado no cumple con lo dispuesto por el artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT, que exige que el costo de las prestaciones y los gastos de administración de estas prestaciones sean financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos¹⁴.
- Hasta hoy la pensión promedio del sistema privado de pensiones es de 1000 nuevos soles. (Bjeletic & Tuesta, 2010)

IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES PÚBLICO Y PRIVADO A FIN DE ADECUAR EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES CON EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al cabo de veinte años de funcionamiento del sistema privado de pensiones, creemos que debe ser adecuado al estándar constitucional

13. Por su parte, el sistema público de pensiones tiene algunas ventajas en relación con los déficits de constitucionalidad del sistema privado:

- El sistema público sí garantiza una pensión de por vida.
- El sistema público establece pensiones iguales para todos bajo el principio de solidaridad.
- El sistema público siempre contará con el auxilio del Estado en la actualización de sus pensiones y en casos de grave crisis económica.

14. Vidal (2015) refiere que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha señalado que en el Sistema Privado de Pensiones del Perú (SPP) solo los asegurados contribuyen a las cuentas individuales de capitalización y a la financiación de las primas del seguro de vejez, invalidez y de sobrevivientes, y los gastos de administración solo están a cargo de los trabajadores afiliados a las administradoras de fondos de Pensiones (AFP).

que se deriva del derecho a la seguridad social conforme a la Constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y a la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional del Perú. En ese sentido, proponemos que se haga una reforma legal que siga la propuesta de tres pilares del Banco Mundial (1994) y la propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre la complementariedad de los sistemas pensionarios públicos y privados (2004).

La propuesta del Banco Mundial establece tres pilares: 1) primer pilar, de ahorro obligatorio, basado en la solidaridad colectiva, que conducirá a una pensión básica, mínima o general; 2) un segundo pilar, de ahorro obligatorio y capitalización individual, administrado privadamente para proveer una pensión suficiente; y 3) un tercer pilar, de ahorro voluntario, que complementa al pensionario o pensión complementaria¹⁵. Esta propuesta tiene interesantes ejemplos en Estados Unidos, Canadá, Australia y Reino Unido¹⁶.

La Defensoría del Pueblo del Perú ha efectuado críticas al actual sistema pensionario:

[...] la existencia de dos sistemas paralelos, competitivos y no complementarios, es inconveniente. Genera inestabilidad en los efectos fiscales e incentivos perversos en el sistema político. Siguiendo la experiencia internacional, parece mucho mejor crear un sistema de pilares, en el que el SNP y el SPP se complementen. En ese esquema, el sistema público tendría como principal objetivo el de proveer una pensión básica, mientras que el sistema privado sería complementario y permitiría un mejor reemplazo de ingresos para los trabajadores formales y los sectores medios y altos (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 20).

15. Pasco (2008, p. 264); Barr (2002, p. 2).

16. "En Estados Unidos se combinan las jubilaciones de primera y segunda línea, y ambas están basadas en un régimen de reparto. En Canadá existe una jubilación de primera línea que proporciona alivio de la pobreza y una de segunda línea obligatoria, con régimen de reparto organizado públicamente que permite la distribución uniforme del consumo. Otros países, como Australia y varios países de América Latina, tienen jubilaciones de segunda línea con régimen de capitalización administrado por el sector privado. El Reino Unido optó por un sistema mixto: una jubilación de monto fijo obligatorio; más allá de ella también es obligatorio estar afiliado a un plan estatal de jubilación en función del ingreso (con régimen de reparto) o a un programa ocupacional aprobado (privado, con régimen de capitalización y a menudo de prestaciones definidas), o bien aportar a una cuenta de capitalización individual". (Barr, 2002, p. 15)

Así, siguiendo el modelo de los tres pilares del Banco Mundial, la Defensoría del Pueblo propone un nuevo esquema pensionario:

Considerando que se plantea un sistema general de pensiones, con complementariedad entre el sistema público y el privado, sería conveniente que las funciones se especialicen. En otras palabras, que el sistema público tenga como objetivo primordial el evitar la pobreza en la vejez, y el privado sirva para mejorar esa pensión permitiendo un adecuado reemplazo de ingresos.

Bajo este esquema, podemos pensar que lo que corresponde al sistema público es fundamentalmente otorgar una pensión básica, uniforme. Los problemas que esto puede traer si fuera el único sistema vigente, es una muy baja tasa de reemplazo para trabajadores con ingresos medios y altos y un alto desincentivo para que estos aporten en tanto verán que la mayor parte de su cotización es redistribuida solidariamente y poco de su aporte se transforma en ingresos pensionarios. En un sistema de dos pilares complementarios, estos problemas se verían reducidos debido al funcionamiento del pilar privado, al cual los trabajadores aportarían para aumentar su tasa de reemplazo y obtendrían un monto adicional a su pensión de acuerdo con lo aportado" (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 21).

En esa misma línea, González (2008) propone:

A nuestro entender lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el sistema tradicional de reparto, el cual garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo [...]. (p. 297).

Por lo tanto, sobre la base de los existentes sistemas previsionales, privado y público, que se presentan como paralelos, se debería pasar a uno complementario y de pisos pensionarios:

- El primer piso pensionario: universal, público y obligatorio para todos los trabajadores asalariados, públicos y privados. También para los profesionales independientes. La contribución sería el porcentaje actual para quien decide tener solo pensión pública. Quien desea tener además una pensión de la AFP contribuiría con el mismo porcentaje hasta el tope del salario mínimo vital.
- El segundo piso pensionario: universal, privado y obligatorio para todos los trabajadores asalariados, públicos y privados. También para los profesionales independientes. La contribución sería el porcentaje actual sobre la remuneración, pero sin considerar la parte del salario sobre la que se hace la contribución al sistema público.
- El tercer piso pensionario: universal, privado y voluntario a cargo de las AFP, bajo el actual esquema.

Esta propuesta tiene las siguientes ventajas:

- Se cumple con la obligación internacional establecida en el artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT, que exige una contribución colectiva para el sostenimiento de la seguridad social.
- Se cumple con el principio de solidaridad y quienes ganan más ayudan a financiar el sistema público de pensiones.
- La pensión estaría compuesta de dos montos: uno mínimo, pagado por el Estado, y el diferencial, pagado por la AFP. Con este esquema, quienes contribuyen más al fondo privado de pensiones tendrán una mejor pensión.
- Quienes desean obtener solo una pensión pública se sujetarán al actual tope pensionario.
- Se amplía la base contributiva de los dos sistemas haciéndolos complementarios.
- Si se agota el fondo individual a cargo de la AFP, el pensionista sigue con una pensión a cargo del Estado, cumpliendo con la exigencia constitucional de que las pensiones sean de por vida.

Para emprender esta necesaria reforma también deben ser incorporados a este esquema los sistemas pensionarios de militares y policías, así como de jueces, diplomáticos y otros a fin de que solo exista un único sistema pensionario, con sus niveles público y privado, para todos los peruanos, sin diferencias, compuesto de los tres pisos pensionarios descrito líneas arriba.

CONCLUSIONES

- La República del Perú se configura como un Estado social y democrático de derecho (ESDD) con una economía social de mercado (ESM).
- El derecho a la seguridad social y el principio de solidaridad son elementos definitorios del ESDD y de la ESM.
- El derecho a la seguridad social debe ser garantizado de por vida.
- El actual sistema privado de pensiones tiene serios déficits de constitucionalidad, por lo que se hace necesario adecuarlo al parámetro de constitucionalidad descrito en este artículo.
- Se debe implementar un sistema complementario de pensiones público y privado de pisos pensionarios, a fin de cumplir con la exigencia internacional de aportes colectivos y solidarios que permitirán garantizar pensiones de por vida.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Revilla, C. (2015). ¿El sistema privado de pensiones es parte de la seguridad social? Un intento de adecuación a sus principios básicos. *Laborem* (15).
- Barr, N. (2002). El sistema jubilatorio: Un rompecabezas, prerrequisitos y opciones en el diseño de jubilaciones y pensiones. *Temas de Economía* (29).
- Bjeletic, J. & Tuesta, D. (2010). Reforma de pensiones en Perú. En J. Escrivá, E. Fuentes, A. García (eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.
- Defensoría del Pueblo. (2005). El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado. *Informe Defensorial N.º 99*.

- Escrivá, J., Fuentes, E. & García, A. (2010). Balance de las Reformas de pensiones en Latinoamérica. En J. Escrivá, E. Fuentes & A. García (Eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.
- Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, caso más de 5000 ciudadanos contra el Decreto de Urgencia N.º 140-2001.
- Exp. N.º 002-2003-AI/TC.
- Exps. N.º 001-2004-AI/TC y N.º 002-2004-AI/TC –acumulados–.
- Exp. N.º 0048-2005-PI/TC, caso regalías mineras.
- Exp. N.º 0217-2002-HC.
- Exp. N.º 1080-2000-AA/TC.
- Exp. N.º 011-2002-AI/TC.
- Gamarra, L. (2015). La seguridad social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar. *Laborem* (15).
- González, C. (2008). La seguridad social y el sistema privado de administración de fondos de pensiones. En Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica.
- González, C. & Ántola, M. (2015). La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones. *Laborem* (15).
- Lanata, G. (2015). La reforma de 2008. ¿Una verdadera reforma previsional al sistema chileno? *Laborem* (15).
- Pasco, M. (2008). Los principios de la seguridad social y los diversos sistemas pensionarios. En Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica.
- Vidal, Á. (2015). El derecho a la seguridad social en la Constitución Política y los convenios internacionales. *Laborem* (15).
- Yermo, J. (2010). El papel ineludible de las pensiones privadas en los sistemas de ingresos de jubilación. En J. Escrivá, E. Fuentes & A. García (Eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.