



INFORME DE ADJUNTÍA N°26 -2017-DP/AAE

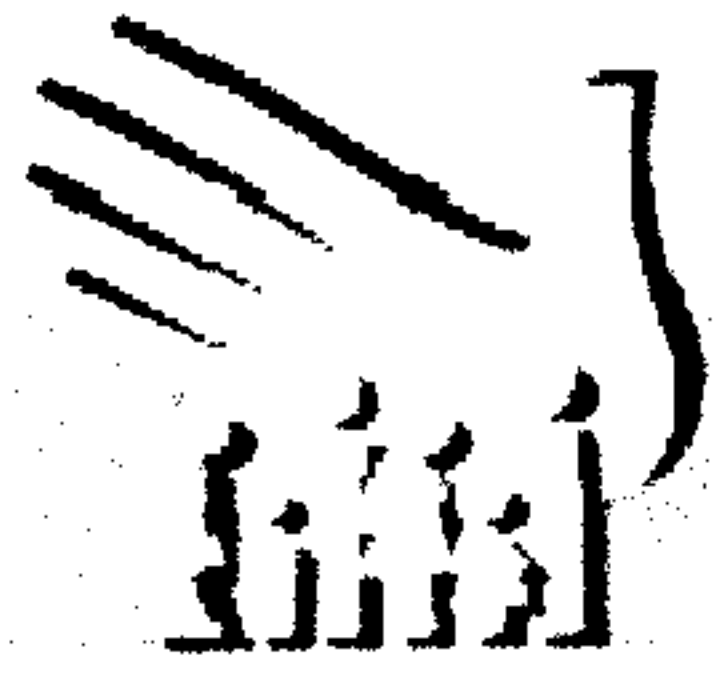
Opinión sobre diversos proyectos de ley presentados en el año 2017 en materia de seguridad social y pensiones y la necesidad de una reforma integral

I.- Antecedentes

Mediante Oficios N° 720, 893, 979, 996, 1031, 1066, 1073, 1208, 1253, 1259 y 1289-2016-2017-CTSS/CR, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, remite para opinión los siguientes proyectos de ley:

| N° | Proyecto de Ley N° | Título | Contenido |
|----|--------------------|--|--|
| 1 | 807/2016-CR | Ley que modifica Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, para optimizar la opción de retiro de ahorros previsionales a favor de los afiliados. | En el marco de la Ley que permite el retiro de hasta el 95.5% de la Cuenta Individual de Capitalización, se propone: el acceso inmediato al Bono de Reconocimiento; el acceso de los sobrevivientes del afiliado al EsSalud si este retira el máximo legal; se faculta el retiro a los pensionistas por invalidez; se incluye dentro de los conceptos retirables los montos cedidos contratados; se determina la inembargabilidad de los montos retirados. |
| 2 | 1011/2016-CR | Ley que crea el Fondo Nacional del Seguro Social del Canillita. | De forma detallada se regula un nuevo régimen pensionario a favor de los canillitas, así como el acceso al EsSalud. No se determina el monto de la pensión el cual se deja a los cálculos de la ONP y se sustenta únicamente en los aportes de la Industria. |
| 3 | 1085/2016-CR | Ley que autoriza a los bancos a recibir depósitos previsionales. | Faculta a los afiliados de una AFP a trasladar los fondos de su CIC a una cuenta bancaria especial con fines previsionales. |
| 4 | 1200/2016-CR | Ley que faculta por excepción al afiliado al Sistema Privado de Pensiones de las zonas afectadas por desastres naturales y declaradas en emergencia a retirar hasta el 20% de su fondo de pensiones. | Permite el retiro del 20% de la CIC del Sistema Privado de Pensiones a los damnificados del fenómeno de "El Niño Costero", para atender sus necesidades personales o familiares. |
| 5 | 1213/2016-CR | Ley que modifica el artículo 40 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, modificado por las leyes 30425 y 30478. | Faculta el retiro del 25% de la CIC del Sistema Privado de Pensiones a los damnificados del fenómeno de "El Niño Costero", para reparación o reposición de inmueble dañado. |
| 6 | 1401/2016-CR | Ley que propone el aporte voluntario adicional de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones a un fondo común público para financiar la reconstrucción del país por los daños ocasionados tras el Niño costero. | Propone, en el Sistema Privado de Pensiones, que a cambio de un aporte voluntario para fines de la reconstrucción post desastre dejado por "El Niño Costero", el Estado devuelva el doble de dicho monto, al momento de la jubilación del aportante, más los intereses legales. |





DEFENSORIA DEL PUEBLO

| | | | |
|----|--------------|---|--|
| 7 | 1406/2016-CR | Ley que declara la permanencia del aporte social al fondo intangible de jubilación de quienes se encuentran adscritos al sistema de pensiones aplicable a los tripulantes pesqueros industriales. | Busca convertir en permanente el aporte social de carácter temporal destinado a apoyar el sistema de pensiones aplicable a los tripulantes pesqueros industriales, dispuesto por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1084. |
| 8 | 1476/2016-CR | Ley que propone se declare de interés nacional elaborar una política nacional con su propuesta legislativa correspondiente de un sistema previsional multipilar público y privado para atender las pensiones de la población, el cual diseñará la reestructuración integral del sistema previsional | Se dispone la conformación de una comisión multisectorial, con participación del sector laboral y empresarial, que se encargará de presentar un proyecto de ley para la reestructuración del sistema de pensiones en el Perú, en base a un modelo multipilar. Para dicho fin se establecen una serie de criterios que deben ser observados para la formulación de la correspondiente política pública, dentro de los que destaca la inclusión dentro de un primer pilar la entrega de una pensión social de carácter no contributivo, a manera de extensión del programa Pensión 65. |
| 9 | 1490/2016-CR | Ley que amplía el uso de los fondos de las AFP | Propone incorporar como causal adicional habilitante para el retiro de hasta el 25% de la Cuenta Individual de Capitalización, la amortización de cualquier tipo de crédito, que haya sido respaldado con una hipoteca del único inmueble que se posee”. |
| 10 | 1491/2016-CR | Ley que beneficia con seguridad social en salud a los derechohabientes de los aportantes fallecidos de las AFP | Permite el acceso al EsSalud de los “derecho habientes” del afiliado que retira hasta el 95,5% de su CIC en el Sistema Privado de Pensiones y fallece. |
| 11 | 1553/2016-CR | Ley que incluye a los pensionistas mineros, metalúrgicos y siderúrgicos dentro de los alcances de la Ley 29741 | Pretende que aquellos pensionistas que habiendo tenido derecho a gozar de una pensión de jubilación bajo los regímenes especiales mineros, metalúrgicos o siderúrgicos según Leyes N° 25009 y 27252 pero que se jubilaron bajo los regímenes generales de jubilación, puedan acceder a los beneficios adicionales otorgados por el Fondo Complementario de Jubilación Minera, Metalúrgica y Siderúrgica (FCJMMS). |



Mediante Informe de Adjuntía N° 017-2016-DP/AE la Adjuntía para la Administración Estatal, a propósito de dos proyectos de ley en materia de pensiones remitidos en la Primera Legislatura Ordinaria 2016-2017, emitió una opinión sobre el estado actual de los sistemas previsionales y la forma en que se debe realizar la aproximación a sus problemas.

En el presente informe se reiteran varias de las consideraciones anteriormente expuestas aunque tratando de sintetizarlas, pues sustancialmente el estado de la cuestión subsiste, sin embargo se actualizan algunos datos coyunturales y se enfatizan determinadas materias a fin de colaborar con la determinación de los problemas resolverse.



II.- Análisis

1. Multiplicidad de sistemas pensionarios en el Perú: Necesidad de un marco armonizador

a. Dos sistemas generales paralelos que compiten por afiliados

De acuerdo al artículo 10 de nuestra Constitución Política:

“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”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la seguridad social:

“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”.

En el Perú no existe un sistema de seguridad social, existen varios subsistemas de salud, de pensiones, de trabajo de riesgo, entre otros que no necesariamente están articulados entre sí, generándose una serie de disfuncionalidades, que en su oportunidad han sido advertidas por la Defensoría del Pueblo.

Los dos sistemas generales de pensiones (destinados a cubrir a la mayor parte de la población), Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y Sistema Privado de Pensiones (SPP), al estar configurados como dos sistemas paralelos y alternativos (pues se debe escoger entre uno u otro, siendo excesivamente limitada la capacidad de traspaso entre los mismos) deben competir continuamente para mejorar su base contributiva (de aportantes) y mejorar su situación financiera.

Ambos sistemas están dirigidos a brindar protección a la población trabajadora, sin embargo en la actualidad el SNP otorga pensiones únicamente al 16% de las personas adultas mayores en edad de jubilación (mayores de 65 años) y el SPP al 6%. Ante la incapacidad de ambos sistemas para brindar cobertura a este segmento de la población altamente vulnerable, el Programa Social de Asistencia Solidaria Pensión 65 (Pensión 65) otorga transferencia monetarias a un 25% del mismo segmento.

El SNP afronta un desequilibrio financiero que obligó al Tesoro Público en el año 2016 a cubrir el presupuesto de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)¹. Si bien el SPP no presenta problemas de sostenibilidad financiera similares al SNP, debido a que este sustenta el pago de las pensiones en la existencia de cuentas individuales de capitalización pertenecientes a cada persona afiliada, sí ha sido objeto de múltiples reclamos y observaciones debido a las altas comisiones de administración que se cobran (las segundas más altas de América Latina), así como los bajos montos de pensiones que se perciben sin garantía de un mínimo vital en la mayoría de los casos. Un problema adicional y de gran



¹ OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, *Memoria Institucional 2016*, Agosto 2017.

magnitud es la falta de información asequible a la población para la toma de decisiones.

a.1. Posible incremento del déficit financiero del SNP y la consecuente reducción de posibilidades del reajuste de las pensiones

Con la dación de la Ley N° 30425, que permite el retiro de hasta el 95,5% de los aportes realizados al Sistema Privado de Pensiones y el 25% de los mismos para amortizar un crédito por un primer inmueble, se estima que habrá una migración de personas afiliadas del SNP al SPP, para eventualmente verse beneficiadas de este “soporte financiero”.

De presentarse este escenario, sin duda alguna se afectará al SNP que al ser un sistema solidario y de reparto verá debilitada su base contributiva y por ende su capacidad financiera.

a.2. La informalidad como constante en el mercado laboral

Los altos niveles de informalidad laboral del país de alrededor del 72% de la población ocupada² determinan en gran parte los bajos niveles de aseguramiento en los sistemas de pensiones y otorgamiento de pensiones.

Un trabajo reciente de profesores investigadores de la Universidad del Pacífico ha puesto en evidencia que la informalidad del Perú forma parte de la estructura de nuestro mercado laboral. Este dato debe llevarnos a repensar los sistemas de pensiones generales, los cuales fueron diseñados para funcionar en un esquema donde el trabajo formal predomine. En el referido estudio, se precisa:

“(...) de continuar las tendencias del empleo y su composición, experimentadas desde los años 1940 hasta la fecha, es poco probable que la tasa de cobertura del empleo total sea superior a una cuarta parte del empleo total o el 45 por ciento del empleo dependiente. En otras palabras, no habrá expansión de cobertura previsional contributiva. Esto es un gran reto de política pública para el futuro de los sistemas de pensiones en el país”³.

b. Regímenes especiales: Inequidad en el tratamiento de realidades similares

El Perú también ha contado con sistemas pensionarios especiales desde hace varias décadas, los cuales tampoco han funcionado adecuadamente, por múltiples razones.

El Régimen de la “Cédula Viva” del Decreto Ley N° 20530 es un régimen extraordinario de beneficios que adolece de un desequilibrio financiero intrínseco debido a los altos montos de pensiones que paga. Por razones de interés social debió ser cerrado definitivamente sin crearse un nuevo régimen de reemplazo, ya que todos los trabajadores estatales deben estar afiliados al SPP o al SNP.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, *Perú: Evolución de los indicadores de empleo e ingresos por departamento, 2007-2016*, Agosto 2017.

³ CRUZ-SACO, María Amparo, SEMINARIO, Bruno, LEIVA, Favio, ZEGARRA, María Alejandra, *Una barrera estructural: cobertura previsional con contribuciones salariales. Empleo, 1940-2007 y proyecciones, 2015-2025 en el Perú, pro manuscrito*. Presentado el 21 de octubre de 2016 en el Seminario Internacional: Hacia un Sistema Integral de Seguridad Social en el Perú: Principios y Retos” organizado por la Defensoría del Pueblo y la Universidad del Pacífico.



El régimen militar y policial regido por el Decreto Ley N° 19846 que contempla beneficios similares al régimen del Decreto Ley N° 20530 tampoco pudo mantenerse en equilibrio y debió ser cerrado y reemplazado por un nuevo sistema creado a través del Decreto Legislativo N° 1133.

El régimen de los pescadores, de naturaleza privada y que fuera administrado por la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP), actualmente se encuentra en liquidación y ha sido reemplazado por un nuevo régimen especial a través de la Ley N° 30003.

Adicionalmente, existen diversos regímenes especiales adscritos al SNP que otorgan pensiones en condiciones más beneficiosas como aquellos de los trabajadores de curtiembre, construcción civil, pilotos de aeronaves, estibadores, entre otros. En tanto regímenes adscritos al SNP comparten sus problemas de déficit financiero.

Finalmente, cabe mencionar que subsisten en la actualidad algunos pensionistas de regímenes históricos que fueron cerrados hace mucho tiempo como el de Electrolima, Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares - FEJEP, entre otros.

La lucha contra la informalidad llevó a crear el "Sistema de Pensiones Sociales" dirigido a los trabajadores de las Medianas y Pequeñas Empresa (MYPE), el mismo que, en función a sus menores tasas de aporte y el complemento financiero que sería otorgado por el Estado, debía incentivar la afiliación de los trabajadores, sin embargo desde el año 2008 no ha sido implementado.

Si bien es cierto que el artículo 103 de la Constitución política permite la dación de leyes especiales en función a la naturaleza de las cosas, también es cierto que al ser la seguridad social un derecho de social debiera estar orientado por la justicia redistributiva, la solidaridad y la equidad.

En este sentido, si bien es cierto que es necesario promover la captación laboral en determinadas profesiones, parece injustificable la existencia de brechas tan grandes entre las pensiones de jubilación que igualan el monto de las remuneraciones que percibía el trabajador en actividad y aquellas otras que no alcanzan a cubrir la canasta básica familiar.

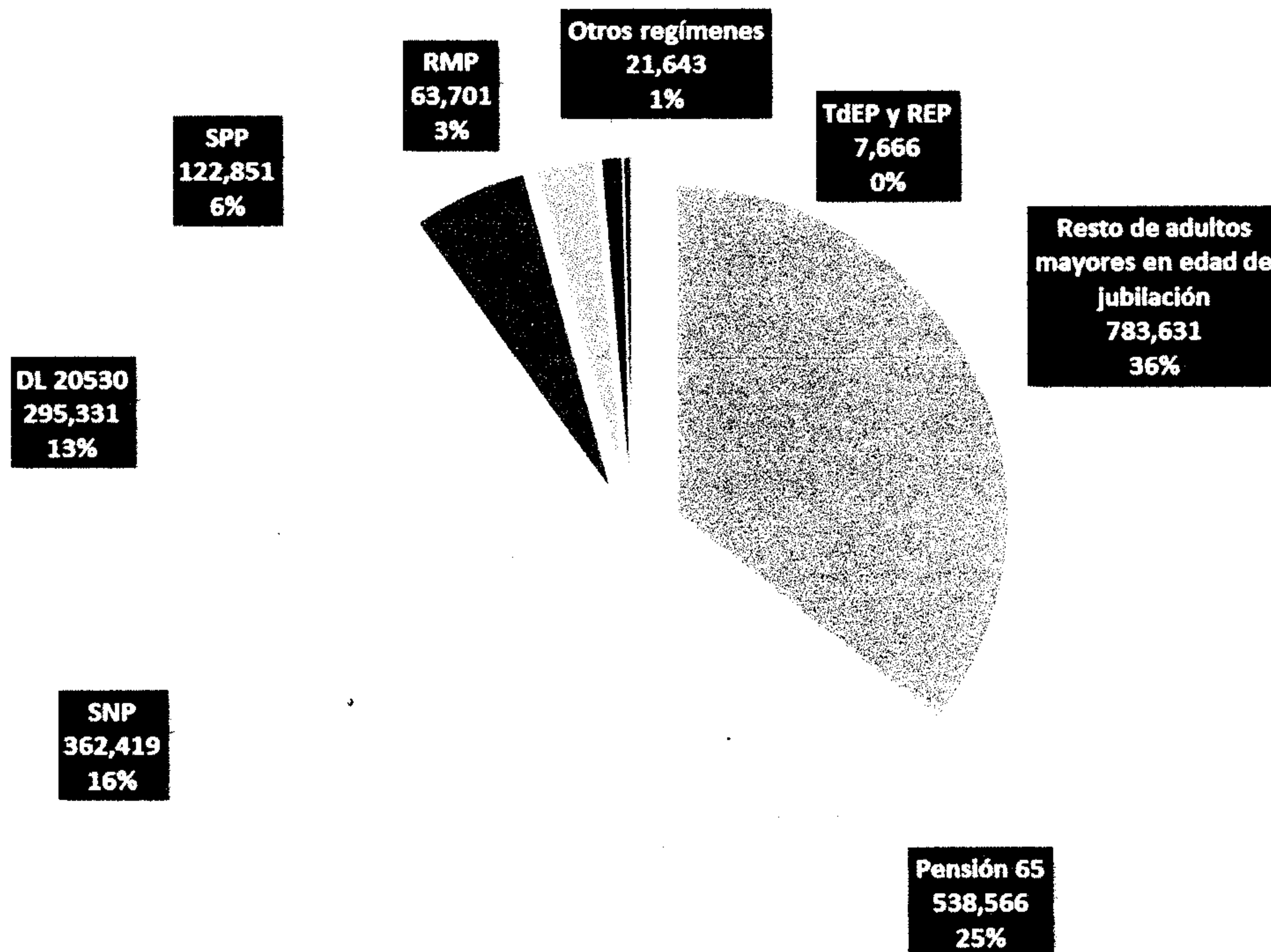
Otra inconsistencia grave es que Pensión 65 otorgue una prestación mayor a la que percibe una persona que personalmente (o su causante) ha contribuido a un sistema previsional como el SPP o la CBSSP.

c. Aproximación al otorgamiento de prestaciones pensionarias a personas adultas mayores

Todos estos regímenes, cada uno con sus propias y particulares deficiencias (considerando al Programa Social Pensión 65 y asumiendo -de manera muy optimista- que todos ellos cubren únicamente a pensionistas mayores de 65 años) se llega a advertir una cobertura de alrededor del 64% de la población adulta mayor en edad de jubilación según el siguiente gráfico:



Protección Social Total al Adulto Mayor
 Población Adulta Mayor en edad de jubilación: 2,195,808



El 36% de la población en edad de jubilación no cuenta con una pensión. La población cubierta no necesariamente cuenta con una pensión digna, ya que la pensión mínima en el SNP actualmente es de S/.415 soles, monto que no ha merecido variación en cerca de 15 años quedando rezagada respecto del concepto de la remuneración mínima vital que si ha ido aumentado con el tiempo. El mismo problema presenta la pensión máxima de S/. 857 soles que tampoco ha sido reajustada.

Cabe precisar que el SPP no garantiza una pensión mínima (salvo a un grupo reducido de ex asegurados del SNP) y que en algunos regímenes especiales se perciben pensiones inferiores al monto mínimo indicado (como es el caso de los pescadores).

Finalmente, se debe tener en cuenta que el 25% de personas en edad de jubilación percibe un único ingreso de S/. 125 soles mensuales (al ser beneficiarias de Pensión 65).

2. Necesidad de una reforma estructural de los sistemas de pensiones: Hacia un sistema integral de seguridad social.

Los sistemas de pensiones, como todo sistema económico, social y financiero requieren ser revisados constantemente para ser adaptados a un entorno cambiante. En algunos casos bastará con realizar ajustes en los parámetros del sistema (p.e. reformas



paramétricas como la edad, los factores de cálculo), pero en otros, cuando los problemas son más graves, como cuando el sistema no responde a la realidad, los cambios debieran ser estructurales: se debe repensar el sistema (p.e. reformas estructurales vinculadas a la estructura del mercado de trabajo).

No queda duda que el eje sobre el cual debe girar la seguridad social en pensiones son los regímenes generales, es decir aquellos que tienen la vocación de dar cobertura a toda la población. Los regímenes especiales debieran ser la excepción y deberían estar debidamente articulados con los sistemas generales, de modo tal que todos en conjunto formen una sistema de seguridad social coherente.

Una primera reforma estructural llevada a cabo en el Perú, fue la introducción del SPP donde antes existía un SNP, al cual se dio por desfinanciado. La promesa fue la introducción de una administración privada de fondos de pensiones que garantizaría la propiedad de los mismos (como una solución frente a la deficiente gestión demostrada por el Estado y la disposición por él mismo de los fondos). La idea original fue cerrar el SNP sin embargo ello no ocurrió y ambos sistemas quedaron configurados como sistemas alternativos o paralelos frente a los cuales los trabajadores debían optar.

El SPP debilitó aún más al SNP quitándole parte de su base contributiva (aportantes), tan necesaria en un sistema de reparto basado en la solidaridad y redistribución de los aportes. El SPP también se ve afectado ya que si tuviera acceso a los aportes del SNP, cada AFP podría tener una mejor posición de negociación en el mercado y adicionalmente habrían más incentivos para que estas compitan por captar traspasos de los afiliados.

Estas limitantes tienen reflejo en la ONP en la imposibilidad de superar su déficit financiero que obliga al Tesoro Público a cubrirlo a través de transferencias presupuestales, así como en la imposibilidad de disponer autónomamente el mejoramiento periódico de las prestaciones ante la pérdida del valor adquisitivo de las mismas. Como se ha señalado la pensión mínima no ha sido incrementada en más de 15 años, así como tampoco la pensión máxima.

Los bajos niveles de aseguramiento y de otorgamiento de prestaciones pensionarias, así como las distorsiones que ha introducido la Ley N° 30425 (que permite el retiro de hasta el 95.5% de la CIC en el Sistema Privado de Pensiones), reafirman la idea que el estado actual de cosas no está funcionando.

La presión fiscal que ejercen los regímenes del Decreto Ley N° 20530 y del Decreto Ley N°19990, el Sistema Nacional de Pensiones y sus regímenes especiales, los bonos complementarios que son otorgados al SPP para la cobertura de pensiones complementarias a ex afiliados del SNP, Pensión 65, dentro de otros, realmente dificulta el establecimiento de las necesarias mejoras que merecen todos y cada uno de los sistemas de pensiones existentes en nuestro país.

En este sentido, consideramos que es necesario analizar de manera integral todos los subsistemas de pensiones con miras a reordenarlos para hacerlos financieramente sostenibles en el largo plazo, así como más justos, equitativos y progresivos.

3. Principios constitucionales que deben guiar al legislador

Los artículos 10, 11, 12 y 43, así como la primera y segunda disposición final y transitoria de la Constitución Política contienen diversos principios de la seguridad social peruana, algunos de ellos están dirigidos a los regímenes administrados por el Estado, así tenemos:



4. Recomendaciones para llevar a cabo una reforma en pensiones

Esta gama de principios de la seguridad social de naturaleza múltiple: jurídica, económica y social, hace aconsejable que la reforma esté a cargo de una Comisión multisectorial e interinstitucional en la que participen profesionales de por lo menos estas tres especialidades, de modo tal que pueda llevar a cabo un análisis integral de la seguridad social en nuestro país. La interinstitucionalidad mencionada alude a la participación de las universidades, los organismos internacionales y organismos constitucionalmente autónomos, en atención a su especialidad temática e independencia.

Tal y como lo hemos señalado anteriormente⁴, la agenda de la comisión debiera priorizar la evaluación de:

- a) La relación existente y futura entre los dos grandes sistemas generales de pensiones.
- b) La inclusión de las pensiones no contributivas.
- c) El tratamiento de los regímenes especiales.
- d) La definición de las fuentes de financiamiento de la seguridad social: Aportes del trabajador, aportes del empleador, aportes del Estado, aportes provenientes de actividades productivas específicas, entre otros.

No obstante, únicamente con carácter sectorial, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10, del 13 de enero de 2017, creó el Grupo de Trabajo denominado Comisión de Protección Social, el cual tuvo por objetivo plantear reformas económicas para financiar la cobertura universal de aseguramiento de salud y protección previsional, además de mejorar la protección frente al desempleo; sin afectar la sostenibilidad fiscal ni generar informalidad en el mercado de trabajo.

La Comisión tuvo una vigencia de seis meses, al finalizar el plazo indicado debió presentar un informe que dé cuenta del cumplimiento del objetivo que le fue determinado. Dicho documento ha sido solicitado por la Defensoría del Pueblo mediante Oficio N° 138-2017-DP/AAE, de fecha 14 de agosto de 2017, sin respuesta a la fecha.

A pesar del sesgo sectorial de la Comisión, consideramos que el análisis y propuesta técnica que pueda haber realizado la referida Comisión debe ser el punto de partida para la discusión sobre el futuro de la seguridad social en el Perú, así como para la formulación de otras iniciativas de reforma, las cuales reiteramos deben ser debatidas por una Comisión multisectorial e interinstitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos necesario efectuar algunos comentarios sobre el contenido de los proyectos de ley hechos llegar a la Defensoría del Pueblo.

5. Creación de nuevos sistemas, mantenimiento de fondos colectivos administrados por el Estado e incremento del ámbito subjetivo de los beneficios ya previstos

El principio de equilibrio financiero de la seguridad social hace imperativo que previo al establecimiento de medidas innovativas en sus sub sistemas se efectúe en un estudio actuarial que garantice su sostenibilidad financiera. La iniciativa legislativa de creación de un sistema de seguridad social (pensiones y salud) para "los canillitas", no cuenta con dicho respaldo.

⁴ Documento de Trabajo N° 001-2014-DP/AAE e Informe de Adjuntía N° 04-2015-DP/AAE. Se adjuntan copias.



Esta carencia no permite conocer (y por ende normar) cuando sería posible iniciar el pago de las pensiones, cuál sería el monto de la pensión que se pagaría y si este monto podría mantenerse estable en el tiempo o habría escenarios en que este aumente o disminuya, e incluso que sea inviable realizar el pago.

El proyecto de ley tampoco precisa en que momento se inicia la cobertura en salud (si es durante la actividad laboral o a partir de la jubilación) y como es que el volumen de los aportes destinados a este rubro finalmente no afectará el equilibrio presupuestal de EsSalud, como ya lo vienen haciendo los aportes reducidos que se efectúan bajo el régimen especial del “seguro agrario”, el Régimen Laboral Especial de la Contratación Administrativa de Servicios – CAS, el régimen docente y el del personal de la salud, según da cuenta el Estudio Financiero Actuarial de EsSalud – 2015, elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo – OIT.

En el caso del aporte social de los armadores pesqueros establecido expresamente de modo temporal por el Poder Ejecutivo, a través de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1084, no se advierte que el Poder Legislativo haya verificado si realmente es necesario mantener dicho aporte para el sostenimiento del recientemente creado “Régimen especial de seguridad social para los trabajadores y pensionistas pesqueros” (Ley N° 30003) y en todo caso cuál es el impacto social y económico de la medida para la sociedad en su conjunto.

La inclusión de los pensionistas de jubilación “común” (que consideran pudieron ser calificados en el régimen especial “minero”) en los beneficios adicionales otorgados por el Fondo Complementario de Jubilación Minera, Metalúrgica y Siderúrgica (FCJMMS), debería tener también un estudio financiero del rendimiento del referido fondo y la forma en que afectaría a los actuales beneficiarios del mismo, sin perjuicio de analizar si existen razones suficientes para equiparar las condiciones ambos tipos de pensionistas.

Debemos precisar que no se trata de desmerecer el esfuerzo que representan estas tres iniciativas legislativas, sino en reiterar que existen diversas y múltiples necesidades en los diferentes regímenes pensionarios y grupos postergados que requieren de una revisión integral con visión de corto, mediano y largo plazo, por parte de una Comisión especializada, que busque un trato más equitativo y digno para todos los pensionistas de nuestro país y no solamente para grupos focalizados.

6. La seguridad social y los “atípicos” beneficios de la Ley 30425

Aunque parezca simplista, evidente o redundante, debemos mencionar que la seguridad social es una institución jurídica que tiene por fin brindar seguridad en un mundo lleno de inseguridades. Lo que se busca es brindar protección frente a determinadas contingencias como el cese en el empleo, la incapacidad para el trabajo, la enfermedad, la maternidad, dentro de otras.

El surgimiento de esta institución es consecuencia de un proceso social e histórico que dentro de sus últimas etapas de evolución implica la utilización de la figura de los seguros privados en el ámbito público -que tendrá una activa participación en su administración-, haciendo obligatorio el aseguramiento de la clase trabajadora y redistribuyendo los ingresos, como sucedió en la Alemania de Otto Von Bismark. En la Inglaterra de William Beveridge el esquema buscará la universalización del sistema.





Estos antecedentes históricos llevaron a que las Constituciones peruanas reconozcan el derecho a la seguridad social, el cual puede ser categorizado a su vez como una “garantía institucional”, es decir como una garantía del más alto nivel de que una institución de dicha naturaleza (financiamiento colectivo de la seguridad) deba existir en el país.

Este esquema clásico de seguridad o de garantía de seguridad se ve relativizado con la supuesta crisis del Sistema Nacional de Pensiones – SNP, que no fue un hecho nacional aislado, sino que ocurrió en diversas partes de Latinoamérica y el mundo.

Esta situación dio pie a la aparición a los Sistemas Privados de Pensiones – SPP que suponían una alternativa de viabilidad frente a la supuesta crisis de los sistemas públicos. Los fondos de pensiones ya no serían solidarios sino que serían capitalizados en cuentas individuales (CIC). En gran medida supone volver al uso del seguro privado, pero de modo obligatorio.

Primero en Chile y luego en el Perú, el SPP supuso una ruptura en el esquema clásico de seguridad social, sin embargo el Tribunal Constitucional finalmente lo consideró como un sub-sistema admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Este mecanismo ha demostrado no estar exento de problemas. Ha sido objeto de múltiples críticas, especialmente en su lugar de origen.

Así, en Chile en el año 2008 se llevó a cabo una primera etapa de reformas a través de la denominada Comisión Bravo creada en el 2006, y ante la persistencia de la insatisfacción social tuvo lugar la creación de la Comisión Marcel en 2014, cuyas propuestas de reforma aún no se han materializado.

La dación de la Ley N° 30425 supone nuevamente la introducción de medidas ajenas a la lógica de seguridad social, esta vez con un grado sumo de innovación. La posibilidad del retiro de hasta el 95.5% de la CIC supone sustraerse de un sistema de seguridad institucional o institucionalizado, para que los individuos asuman la responsabilidad de proveerse o no de los mecanismos de seguridad frente a las contingencias de la vida.

Los proyectos de ley que dieron lugar a la norma no contenían un análisis costo beneficio adecuado y proporcional para realizar una innovación normativa de esta envergadura y por ende no se han previsto los innumerables efectos que podría tener. Prueba de lo anterior es que a tan solo dos meses de emitida la norma tuvo que ser modificada por la Ley N° 30478 para precisar algunos aspectos.

Así, teniendo en cuenta la ausencia de un referente o técnica aplicable específica en esta novísima y atípica materia, la Defensoría del Pueblo carece de instrumentos objetivos que le permitan colaborar con el Poder Legislativo en la evaluación de propuestas vinculadas a la Ley N° 30425. Sobre todo en aquellas materias vinculadas a la creación de instrumentos bancarios o financieros, así como en el uso de los fondos de la CIC para fines no previsionales.

No obstante, en atención a que la aplicación de dicha ley tiene lugar en zonas de proximidad al ámbito laboral y el previsional, se sugiere que las iniciativas legislativas sean consultadas, en primera instancia, con las entidades técnicas especializadas vinculadas a cada propuesta como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, EsSalud, el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otras.





DEFENSORÍA DEL PUEBLO

En segunda instancia, una vez recabadas dichas opiniones, eventualmente podría tener lugar una reformulación del proyecto de ley, la cual finalmente debiera ser objeto de diálogo social en el seno del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo.

7. La Ley N° 30425 y su vinculación con el Seguro Social en Salud

Como se ha señalado, la Ley N° 30425 y las modificatorias introducidas por la Ley N° 30478 parecieran no haber tenido claridad acerca del funcionamiento de los sistemas de la seguridad social en el Perú. Y es que, en el país los sistemas de pensiones están íntimamente vinculados a la seguridad social en salud. Todo pensionista es asegurado de EsSalud.

La Ley N° 30425 al permitir el retiro del 95,5% de los fondos de la CIC imposibilita la obtención de una pensión de jubilación y por ende la adquisición automática, consecuente o natural de asegurado de EsSalud, por lo que la Ley N° 30478 ha tenido que precisar que el 4,5% restante de la CIC corresponde a EsSalud *“para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo de la seguridad social en salud señalado en la Ley 26790”*.

De los antecedentes de la Ley N° 30425 resulta más o menos obvio que la intención del legislador era otorgar protección en salud similar a la de un pensionista a aquel afiliado que retire fondos de su CIC. Por lo tanto, sus familiares dependientes debieran recibir el trato de tales, es decir de derecho-habientes (de acuerdo a ley). Sin embargo, el enunciado legal no lo señala y debiera hacerlo, ya que la doctrina jurídica se ha encargado de anotar la dificultad de extraer conceptos generales de normas especiales.

En el ámbito de la seguridad social (en este caso, en salud), el principio de equilibrio financiero, determina que las prestaciones de seguridad social deban encontrarse claramente definidas a efecto de poder cuantificar su recurrencia, costo, dentro de otros factores que deben mantenerse en equilibrio para garantizar la sostenibilidad del sistema. Así, teóricamente y en abstracto, no se debieran otorgar prestaciones que no han sido expresamente previstas o reconocidas, pues pondrían en riesgo el referido equilibrio. De este modo, se reitera la necesidad de efectuar una precisión normativa sobre los derecho-habientes.

Por su parte, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, mediante Resolución SBS N° 5785-2016, se ha encargado de instruir a las AFP para orientar a sus afiliados en el sentido siguiente:

“Señor(a) afiliado(a): Tenga en consideración que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, en caso usted disponga el retiro del 95,5% del saldo de su CIC, sus potenciales beneficiarios de pensión –cónyuge o concubino, hijos menores de 18 años de edad, hijos mayores de 18 años inválidos o padres en condición de dependencia económica o en condición de invalidez- a su fallecimiento, NO tendrían derecho a la cobertura por las prestaciones de salud que brinda EsSALUD.”

Nuevamente, la omisión de regulación respecto de los familiares de los afiliados del SPP que retiren los fondos de su CIC se torna relevante. Y es que, con anterioridad a la Ley N° 30425, en algún momento el afiliado debía adquirir forzosamente la calidad de pensionista y, en la generalidad de los casos, ante su fallecimiento, los familiares determinados por ley hubieran podido obtener la calidad de pensionistas de sobrevivencia (viudez, orfandad, ascendencia) y por ende convertirse en asegurados de EsSalud.

En ese sentido, es necesario que el legislador adopte una decisión expresa sobre la situación de los familiares que se encuentran en este último supuesto, precisado por la SBS. Sin embargo, la decisión legislativa debe ser sustentada en un adecuado análisis costo-beneficio, a fin de demostrar que no se está alterando la actual situación financiera de EsSalud.

8. La necesidad de realizar un estudio sobre los efectos de la Ley 30425

Como se ha señalado, la Ley N° 30425 ha modificado sustancialmente el modelo de seguridad social peruano y se estima tendrá algunos efectos adversos sobre sus sub sistemas tradicionales aún vigentes.

El debate internacional sobre la ampliación de la cobertura de la seguridad social (es decir el cumplimiento del principio de universalidad: cubrir a todas las personas) y la adecuación de las prestaciones (la suficiencia de la cantidad y calidad de los beneficios otorgados) deberá ser adecuado a la singular realidad del Perú.

La Ley no solo impacta en el SPP, sino que podría tener incidencia en el SNP y en EsSalud. Es así que, es necesario crear mecanismos de monitoreo que permitan conocer, de modo oficial, el real impacto de la Ley N° 30425 en dichos sistemas, toda vez que la seguridad social como garantía institucional continua vigente en la Carta Magna.

9. Modificaciones que no deben ser aprobadas: El desconocimiento de los contratos celebrados con las compañías de seguro y la disminución de las contribuciones a EsSalud

Dentro de las propuestas legislativas puestas a consideración, merece una mención forzosa aquella que permite al pensionista del SPP “retirar” el monto de su CIC que fuera cedido contractualmente a una compañía de seguros, a cambio del otorgamiento de una pensión bajo la modalidad de “renta vitalicia”.

Dicha medida no debe ser aprobada pues permitiría la modificación de los términos de un contrato de modo unilateral, vulnerando el artículo 62 de la Constitución Política que señala:

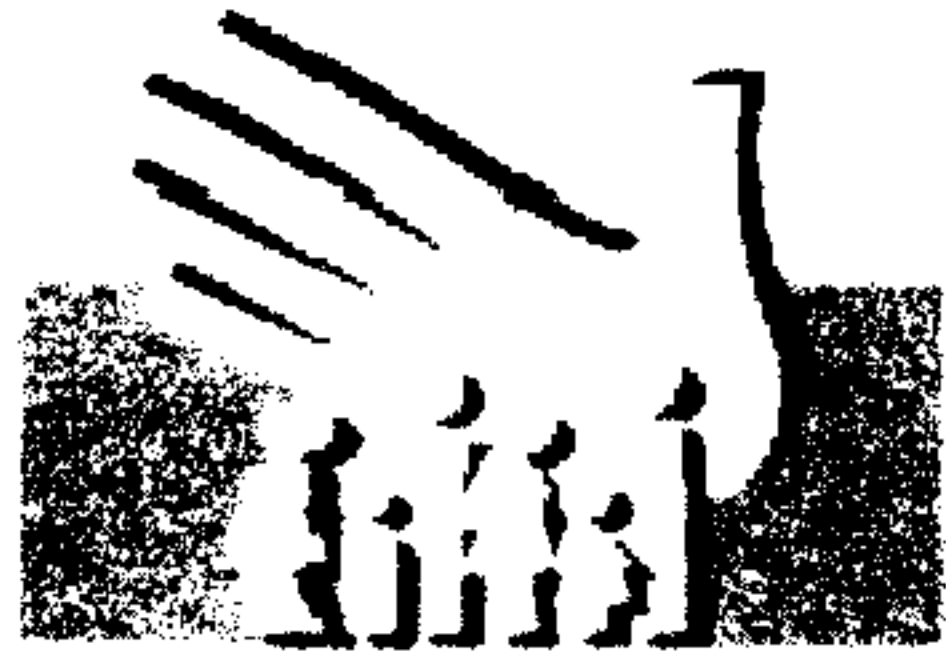
“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...).”

Por otro lado, teniendo en cuenta que el SPP le exige solidaridad a EsSalud a través de la cobertura de pensionistas asegurados que perciben pensiones reducidas o prácticamente inexistentes, en reciprocidad y en atención al principio de solidaridad, que es propio de este sistema de salud, no se debe aprobar medida alguna tendiente a exonerar de la retención del 4,5% (a favor de EsSalud) de cualquiera de los retiros permitidos por la Ley N° 30425.

III. Conclusiones

En atención a lo expuesto reiteramos que:

1. Urge efectuar una evaluación integral de la seguridad social en el país, y una específica en materia de pensiones, lo cual debe dar lugar a la formulación de



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

propuestas de reformas estructurales con visión estratégica (antes que paramétricas), que permitan ampliar efectivamente la cobertura de protección, así como la mejora de las prestaciones, para todos y todas.

2. Es necesario conocer, divulgar y debatir ampliamente los resultados del trabajo de la Comisión de Protección Social, el cual debiera constituirse en un primer tema de la agenda pública.
3. Para el desarrollo del debate se sugiere la conformación de una Comisión Multisectorial e Interinstitucional, la cual debiera contar además con un enfoque multidisciplinario. La priorización del debate del Proyecto de Ley N° 1476/2016-CR podría resultar útil para estos fines.
4. Finalmente, se deben priorizar las precisiones que se consideren necesarias sobre el tratamiento de los familiares de los afiliados que retiran los fondos de su CIC, vinculadas al ejercicio del derecho a la seguridad social en salud, con la finalidad de resguardar el espíritu de la Ley N° 30425. Esto en la medida que se sustente la no afectación del equilibrio financiero de EsSalud o se adopten las medidas adecuadas para su cautela.

Lima, 18 de septiembre de 2017



Eugenia Fernán - Zegarra

EUGENIA FERNÁN - ZEGARRA

**Defensora Adjunta (e) para la Administración Estatal
Defensoría del Pueblo**