

SEGURIDAD SOCIAL PERUANA: SISTEMAS Y PERSPECTIVAS

Jorge Toyama Miyagusuku*
Karen Angeles Llerena**

El sistema de Seguridad Social en el Perú ha sufrido una serie de variantes en los últimos años. El nacimiento de entidades públicas y privadas que participan en este sistema ha generado que estos nuevos actores asuman una serie de roles antes desconocidos en el sistema.

En un primer momento, el presente artículo enuncia descriptivamente el papel que desempeñan estos nuevos agentes así como las variaciones sufridas por el sistema. En un segundo momento, el presente artículo comenta y critica la idoneidad del marco legislativo nacional respecto al sistema de Seguridad Social.

Jorge Toyama Miyagusuku
Karen Angeles Llerena

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad de Piura. Abogado Laboralista.

** Estudiante del Noveno Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En la última década, el sistema de la seguridad social en el ordenamiento peruano ha variado radicalmente. Los regímenes de pensiones, salud y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales así como el respectivo andamiaje administrativo y financiero han sufrido grandes modificaciones, con un especial énfasis en la introducción de la inversión privada y en la centralización de la fiscalización.

Debido a la grave crisis que se apreciaba en los regímenes de seguridad social -creados en la década del setenta- que se manifestaba en regímenes de pensiones radicalmente diferentes y la crítica situación del organismo rector denominado Instituto Peruano de Seguridad Social, y siguiendo la experiencia que se apreciaba en algunos países, desde el año 1991 se dictaron diversas normas que establecieron nuevas disposiciones en materia de seguridad social y se reorganizó su administración y financiamiento.

El presente artículo pretende brindar una visión panorámica sobre las principales instituciones de la seguridad social en el Perú y las reformas operadas -y aquellas que se implementarían, como la reforma constitucional del Decreto Ley 20530-, sin dejar de tener en consideración lo señalado por la doctrina nacional y extranjera.

I. MARCO PRELIMINAR

1. Antecedentes

Se debe tener en cuenta que en las etapas previas al nacimiento de la seguridad social, el objetivo era la protección de las situaciones de necesidad individualmente, sin considerar determinados riesgos y situaciones que tienen un origen colectivo. Sólo cuando estas últimas entren en juego y se intente proteger los riesgos colectivos puede hablarse del surgimiento de la seguridad social.

El Estado, para contrarrestar la mala situación de su población trabajadora, generó el nacimiento del sistema de los "Seguros Sociales", que frente al aseguramiento individual, pretendía responsabilizar al empresario en la protección de las necesidades de los trabajadores.

En la historia sobresalen dos corrientes de evolución sobre este tema, la primera surge en Alemania denominada la "estrategia Bismarck", la cual se caracterizaba fundamentalmente por su espíritu paternalista, generando ventajas laborales y de protección. Sin embargo, llegó a ser un sistema muy débil debido a que sólo se limitaba a brindar beneficios a la población asalariada (carácter profesional), además era asistemático porque no protegía todos los riesgos y situaciones necesarias para el trabajador.

Por otro lado, la "estrategia Beveridge", la cual surge en Inglaterra, crea un sistema de protección universal, es decir que el criterio de aplicación no era el carácter profesional sino el de redistribución de la renta, con la finalidad de promover un espíritu solidarista entre quienes más tenían y los que poseían menos. Esto produjo que el sistema sea más fuerte.

Las ideas de la "estrategia Beveridge" eran opuestas al régimen de seguros sociales, probablemente porque ya podía vislumbrar con cierta claridad los inconvenientes y defectos del sistema y los resultados de su aplicación.

2. Aspectos generales

a. Definición y características

Son muchas las posibles definiciones que se puedan citar respecto al sistema de seguridad social. Sin embargo, la concepción más adecuada sería aquella que lo define como el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal.

Dentro de las principales características generales del sistema se encuentran:

- (i) Público.- El Estado tiene la obligación de cubrir las necesidades de protección de la población.
- (ii) Mixto.- El Estado brinda un servicio de protección a los sujetos necesitados, pudiendo existir una contraprestación contributiva y no contributiva.
- (iii) Cubre necesidades.- El objetivo del Estado es cubrir las necesidades de la población y generar un sistema universal tanto en su ámbito subjetivo como objetivo.
- (iv) Autónomo.- No se puede entender el Derecho de la Seguridad Social al margen del Derecho Laboral, sin embargo, por su carácter universal no sólo su ámbito de aplicación se circunscribe a los trabajadores dependientes, sino que también incluye a los no trabajadores.

b. Principios Fundamentales

Siguiendo a Ermida Uriarte¹, describiremos los principios fundamentales de la seguridad social:

Respecto a los sujetos:

- (i) La universalidad subjetiva.- La seguridad social no es un patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador. La esencia de este principio se basa

en que la seguridad social es un derecho fundamental y no está restringido a una clase o grupo social.

Respecto a los riesgos:

- (i) La universalidad objetiva.- Enfocada a cubrir las contingencias que los individuos pueden padecer, manteniendo el equilibrio entre las necesidades y los ingresos que provienen de las aportaciones de los asegurados, no siendo relevante si dichos ingresos son de la aportación directa del que padece de la contingencia o de otro. Así, de esta manera, se enlaza con el principio de solidaridad.

Respecto al financiamiento:

- (i) La solidaridad.- Importa no sólo en la perspectiva de lo ético sino también como un deber social de ayuda compartida de los que contribuyen para quienes no puedan hacerlo por su situación económica.
- (ii) La eficiencia.- Significa el aprovechamiento óptimo de los recursos socialmente disponibles para enfrentar las contingencias.

Respecto a las prestaciones:

- (i) La equidad e igualdad.- Debe entenderse en dos sentidos: primero, que quienes reciben los beneficios es porque lo necesitan para satisfacer sus intereses, y segundo, porque aquellos que aportan al sistema deben recibirlo como contraprestación a cambio de su aporte.
- (ii) La calidad.- La atención que reciba el asegurado debe ser la mejor dentro de los estándares vigentes en la sociedad.

Respecto a la administración:

- (i) La unidad.- El Estado, a través de sus instituciones, otorga las prestaciones de seguridad social para satisfacer las necesidades de los asegurados. Ciertamente, este principio debe entenderse de manera flexible, es decir, que los diversos organismos o entes (públicos o privados) encargados de otorgar las prestaciones de seguridad social deben de realizarlo coordinadamente con enlaces de comunicación dentro de un solo sistema y no de forma separada e independiente.

La administración importa una gama de posibilidades: *a) pluralismo*: coexisten y compiten entidades públicas y privada, *b) participación*: tanto los trabajadores como empleadores colaboran en la gestión del Estado en seguridad social, *c) planificación*: el Estado debe regu-

lar la gestión y el otorgamiento de las prestaciones, *d) subsidiaridad*: el Estado subsidia en defecto de la participación de entes privados.

II. MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los argumentos que fue utilizado por aquellos que impulsaron la promulgación de una nueva Constitución peruana era que las reformas que debían producirse en el tema de la seguridad social requerían de un marco constitucional adecuado, especialmente para permitir que el sector privado ingrese a los nuevos sistemas previsionales y sociales que se habían emitido.

Si bien en el año 1991 se dictaron dispositivos -vía delegación del Congreso- que creaban los regímenes privados de pensiones y de salud, y en diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley 25897, norma que creó el actual Sistema Privado de Pensiones (SPP), la Constitución de 1993 fue la que otorgó el necesario soporte constitucional para la instauración del nuevo esquema normativo.

1. Marco general

La Constitución peruana de 1993 sigue adscribiéndose a los países que tienen una Constitución que consagra un Estado social. En primer término, el artículo 43 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre "El Estado y la Nación") señala que el Perú es una República «democrática, social, independiente y soberana». En la misma línea, el artículo 58 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre "Régimen Económico") precisa que la iniciativa privada «se ejerce en una economía social de mercado».

Por otro lado, se reconocen una serie de derechos de «segunda generación» (derechos al trabajo, seguridad social, educación, etc.), se asigna un papel fundamental al Estado en la vigencia, promoción y respeto de estos derechos y el artículo 3 de la Constitución peruana vigente establece una lista abierta de los derechos que tienen rango constitucional, al estilo de la Constitución de 1979.

Sin duda, se han reducido, con relación a la Constitución de 1979, las referencias al carácter social del Estado. Esta situación conduciría, de acuerdo a lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal. En efecto, Marcial Rubio² precisa que la Constitución de 1993 presenta características propias de un Estado policía -categoría similar al Estado liberal-: «El Proyecto -hoy la Constitución de 1993- tiene una concepción de Estado poli-

Jorge Toyama Miyagusuku
Karen Ángeles Llerena

² RUBIO, Marcial. «El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático». En: Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXI. No. 1. Lima, 1993. pp. 11-16.

cia del siglo XIX y ha tratado de ser coherente con él. La mayoría ha buscado eliminar prácticamente todo rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado (...) Algunas expresiones genéricas, como la de la existencia de una 'economía social de mercado' no alteran la validez de la afirmación antedicha» (el agregado es nuestro).

En nuestra opinión, la Constitución peruana de 1993 mantiene el carácter social del Estado. Ciertamente, se han eliminado las declaraciones principistas y no hay una profusión de normas que señalen la orientación del Estado peruano; empero, ello no implica que se pueda señalar que la Constitución establezca un Estado liberal.

Podemos criticar a la Constitución de «austera», de -prácticamente- desaparecer las normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada y de no repetir las fórmulas principistas o ciertas obligaciones del Estado. Sin embargo, no compartimos lo expresado por Marcial Rubio. No puede negarse que el texto de la Constitución de 1993 consagra un modelo «social», ciertamente menos «social» que su precedente, pero no existe una completa separación de este modelo, si una «atenuación»³: «En suma, el 'principio laboralista', y las propias normas de 'Estado social' y 'economía social de mercado', dentro de las cuáles aquél juega un verdadero rol informador, resulta claramente debilitado por la Constitución del CCD -se refiere al proyecto de la Constitución de 1993-» (el agregado es nuestro).

2. Principales disposiciones sobre seguridad social

En la Constitución peruana de 1993, las disposiciones sobre seguridad social no se encuentran en un capítulo especial dentro del Título de los Derechos Fundamentales, como ocurría con la Constitución de 1979 donde había un acápite especial -capítulo- sobre "Seguridad Social, Salud y Bienestar". Los escuetos artículos sobre seguridad social en la Constitución de 1993 aparecen dentro del Capítulo de los "Derechos Económicos y Sociales", el mismo que se distingue del Capítulo de los "Derechos Fundamentales". Además, cuantitativa y cualitativamente se han reducido las disposiciones sobre seguridad social en la Constitución de 1993. Con ello, se ha limitado la eficacia de las disposiciones y principios constitucionales en materia de seguridad social, como se apreciará a continuación.

Así, de acuerdo a la Constitución de 1993, formalmente, sólo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados como «Derechos Fundamen-

tales de la Persona». Ergo, el derecho a la Seguridad Social ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino como un derecho social-económico.

Sin embargo, consideramos que el derecho a la seguridad social sigue siendo un derecho fundamental. En primer lugar, la relación de derechos que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución de 1993 («Derechos Fundamentales de la Persona») no es taxativa. En efecto, el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa -al igual que la Constitución uruguaya de 1967 y la Constitución peruana de 1979, respecto de los derechos fundamentales- que «La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...».

En segundo lugar, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución -es decir, los catalogados como «Fundamentales de la Persona»-. En efecto, y a diferencia del sistema constitucional español, todos los derechos reconocidos en la Constitución -sean catalogados como fundamentales o no- son protegidos por una acción de garantía, la mayoría de ellos mediante la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución).

Ahora veamos las disposiciones concretas en materia de seguridad social de la Constitución de 1993. En primer lugar, tenemos el reconocimiento expreso del derecho a la seguridad social en el artículo 10 de la Constitución de 1993. En este artículo se prevé que toda persona tiene derecho al acceso universal y progresivo 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 artículo citado contiene un mandato general y progresivo, acercándose a una fórmula de preceptividad aplazada o mediata, por la cual se prevé una actuación diferida del Estado respecto de la seguridad social. El antecedente de esta disposición se encuentra en los artículos 12 y 13 de la Constitución de 1979. En el primero de los artículos, se reconocía el principio de universalidad dado que se establecía que el Estado garantizaba el derecho de todos los ciudadanos a la seguridad social, regulando la ley el acceso progresivo y su financiamiento. En el segundo de los artículos se recogía el principio de integralidad, disponiéndose que la seguridad social cubría los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser protegida conforme a ley.

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura». En: Revista Asesoría Laboral No. 34. Lima, 1994. p. 16.

En el artículo 10 de la Constitución de 1993, se reconoce el principio de universalidad e integralidad pero con una fórmula menos comprometedoras para el Estado: de la fórmula que garantiza el acceso a la seguridad social (1979), pasamos a una que prevé el reconocimiento de la seguridad social (1993); de la descripción enunciativa de las contingencias cubiertas por la seguridad social (1979), ahora nos encontramos con un mandato escueto que encarga a la ley el reconocimiento de las contingencias cubiertas (1993).

Por otro lado, el artículo 11 de la Constitución de 1993 establece la libertad de acceso a las prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades privadas, públicas o mixtas, encargándose al Estado la supervisión de tales actividades. El artículo 14 de la Constitución de 1979 es el antecedente de la disposición constitucional citada, el cual establecía que una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y fondos aportados por el Estado, trabajadores y empleadores, tenía a su cargo la seguridad social. Además, se admitía la existencia de entidades privadas, complementarias o especializadas, que brindaban servicios en seguridad social.

Éste es el gran cambio constitucional en materia de seguridad social. Con la disposición de la Constitución de 1993, se "legitimaba" la descentralización y privatización de la seguridad social, y la supervisión del Estado que no necesariamente tenía que ser centralizada. De la exclusividad de la administración estatal, a través del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) (1979), se establecía un marco constitucional que permitía la creación de sistemas privados o mixtos de seguridad social así como diversos entes reguladores del Estado para supervisar el funcionamiento de tales sistemas (1993).

Pese a la variación, consideramos que el principio de unidad de la seguridad social puede seguir teniendo vigencia en la medida que el Estado administra - me-

dante instituciones públicas- y supervisa a las entidades privadas que participan en la seguridad social, en una suerte de coordinación y no de exclusividad, ya que este principio se refiere, como apunta Grzetich Long, a niveles de coordinación e integración en atención al principio de solidaridad⁴.

En este sentido, el IPSS, cuya base normativa fue la Ley 24786, fue reemplazado por El Seguro Social de Salud (ESSALUD), creado mediante Ley 27056. Esta institución, al no contar con un reconocimiento constitucional, ya no tiene plena autonomía y actualmente depende del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

A partir de la variación operada, algunos sostienen que han desaparecido las referencias a los principios de solidaridad y unidad⁵. Nosotros creemos que la Constitución de 1979 no consignaba expresamente el principio de solidaridad, sino que se desprendía de la regulación su reconocimiento. Esta situación se mantiene en la Constitución de 1993 que reconoce, al recoger el derecho de seguridad social, el principio de universalidad.

Por otro lado, el hecho que se reconozca el libre acceso a la seguridad social así como su descentralización, no supone necesariamente desconocer los principios de solidaridad y unidad. En el propio Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), la existencia de pensiones mínimas, está respaldada, por ejemplo, por el principio de solidaridad. Lamentablemente, en el plano legislativo, como se verá más adelante, sí se aprecian diversos elementos que permitirían inferir que el principio de unidad no tiene plasmación positiva en el sistema peruano.

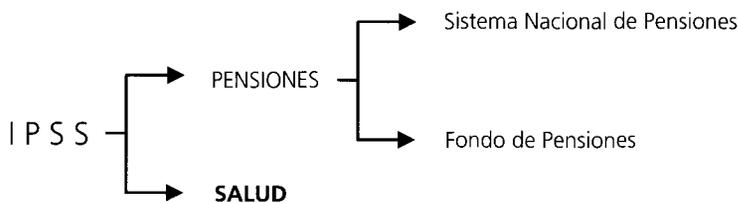
Finalmente, el artículo 12 de la Constitución de 1993 prevé la intangibilidad de las reservas y fondos de la seguridad social, recogiendo lo dispuesto en la Constitución de 1979.

Veamos dos esquemas que reflejan la evolución de la seguridad social.

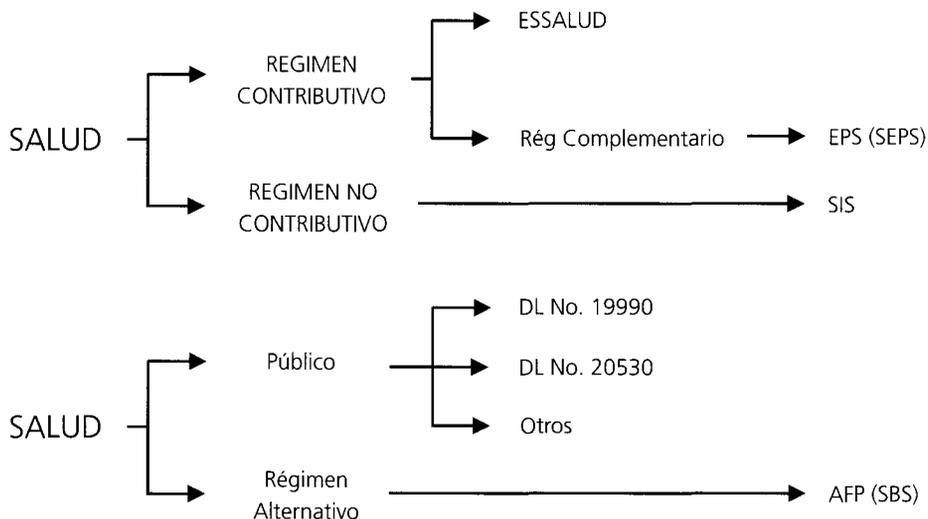
⁴ GRZETICH LONG, Antonio. "Derecho de la Seguridad Social". Tomo II. Montevideo, Editorial Plural, 1998. pp. 37 y siguientes.

⁵ MARCOS RUEDA, Eduardo. "Coincidencias y diferencias entre dos Constituciones en Seguridad Social". En: Revista Asesoría Laboral No. 37. Lima, 1994. p. 44.

ANTES: UNIFICACION ADMINISTRATIVA



DESPUES: SISTEMA PLURAL



De acuerdo a los esquemas anteriores, la seguridad social en el Perú se ha diversificado en cuatro entidades: ESSALUD, Entidades Prestadoras de Salud (EPS), Oficina de Normalización Previsional (ONP) y las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP). Respecto a Salud, las entidades que velan por el buen funcionamiento del sistema son ESSALUD y las EPS, estas últimas consideradas como un servicio complementario de salud, puesto que sólo cubren enfermedades calificadas como capa simple a diferencia de ESSALUD que cubre tanto la capa simple como la compleja.

Por otro lado, respecto a las Pensiones existen dos regímenes que son: estatal y privado. En el primero se encuentra el Sistema Nacional de Pensiones de los trabajadores del Decreto Ley 19990 y el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado de los trabajadores beneficiarios del Decreto Ley 20530. En cuanto al segundo, éste está con-

formado por las AFP que integran el SPP, actualmente supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

III. EL SISTEMA DE SALUD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Con la finalidad de mejorar las prestaciones de salud que se brindan a los trabajadores, el Estado emitió, en el año 1997, la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (en adelante, LMSSS) y su Reglamento mediante el Decreto Supremo 009-97-SA, que reemplazó al anterior sistema exclusivamente estatal. En realidad, en los años 1991 y 1996, ya se habían promulgado dos normas que introdujeron al sector privado dentro de la seguridad social; sin embargo, estas disposiciones nunca entraron en vigencia.

De acuerdo a la información del Ministerio de Salud (MINSA) del año 2001, los porcentajes de afiliados a un seguro de salud eran los siguientes⁶:

⁶ Fuente: www.minsa.gob.pe

Cobertura en Salud	Porcentaje
ESSALUD	24%
FFAA	2%
EPS	1%
Seguro Privado	1.5%
Población sin Seguro	71.5%

El primer cambio de la LMSSS es la creación de las EPS (artículo 13 de la LMSSS) que son empresas o instituciones públicas o privadas distintas a ESSALUD que prestan servicios de salud mínimos y/o complementarios a las ofrecidas por ESSALUD, con infraestructura propia y de terceros. Las EPS son controladas por una entidad supervisora estatal denominada Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS) (artículo 14 de la LMSSS) definida como un Organismo Público Descentralizado adscrito al MINSa, con autonomía funcional, administrativa y financiera.

Existen dos sistemas de salud para los trabajadores dependientes: público y privado. En ambos casos, el costo es asumido por el empleador. El público, donde está solamente ESSALUD, es obligatorio, colectivo y se aplica a todos los trabajadores, incluyendo a quienes eligen el seguro privado. El privado, que comprende a las EPS, supervisadas por la SEPS, es individual y rige para los trabajadores que hubieran optado voluntariamente por este seguro.

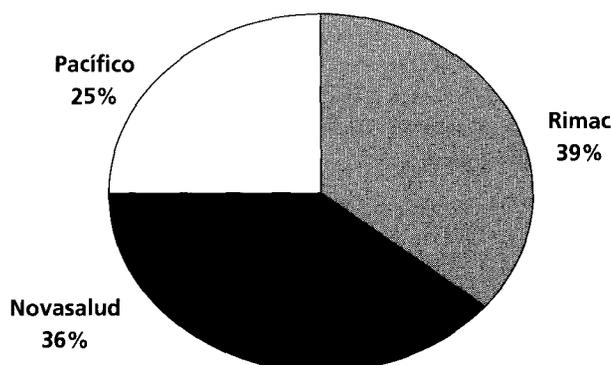
Los referidos sistemas no son excluyentes, sino complementarios, cuando los trabajadores optan por una EPS. En efecto, todos los trabajadores que tuvieran la condición de asegurados obligatorios tendrán acceso

a las prestaciones de salud por parte de ESSALUD. Empero, aquellos trabajadores que hubieran optado por contratar con una EPS o que recibieran atenciones en los servicios propios de la empresa, serán atendidos en dichas entidades para aquellas consultas e intervenciones médicas de mayor frecuencia y de menor complejidad (comprendidas en lo que se denomina como "capa simple"; por ejemplo: asma, anemias, resfriados, bronquitis, hepatitis, entre otros), reservándose a ESSALUD las intervenciones de menor frecuencia y de mayor complejidad (comprendidas en la llamada "capa compleja" que incluye todos los casos que no se hubieran previsto en la "capa simple"; por ejemplo: trasplantes de órgano, VIH, algunos tipos de cáncer, entre otros).

Así, siempre los trabajadores estarán afiliados al sistema público, administrado por ESSALUD, en la medida que las EPS solamente cubren las contingencias que requieren una atención de menor complejidad.

A febrero de 2004 aproximadamente los afiliados (415, 279) a un Seguro Complementario de Salud brindado por las EPS Novasalud, Rímac y PacíficoSalud, se distribuía de la siguiente manera:⁷

ASEGURADOS TOTALES POR EPS FEBRERO 2004



⁷ Fuente: www.seps.gob.pe

1. Los asegurados, los aportes y las prestaciones

En términos generales, se mantiene la distinción entre los asegurados obligatorios y facultativos. Así, los asegurados obligatorios se denominan regulares y están comprendidos por: a) los trabajadores activos que prestan servicios dependientes y los socios trabajadores de una cooperativa de trabajadores que se dedica a la intermediación laboral, b) los pensionistas que perciben pensión de cesantía, jubilación, incapacidad o de sobrevivencia. De otro lado, los asegurados facultativos son llamados potestativos y están integrados por los trabajadores independientes y demás personas que no cumplan con los requisitos de afiliación regular, y los que determine la Ley. Además, el régimen comprende a las personas que también gozan de protección y beneficios -denominados «derechohabientes»- del seguro: cónyuge, concubino, hijos menores de edad e hijos incapaces mayores de edad de los asegurados.

Sobre la tasa de aportación, el empleador paga 9% sobre la remuneración mensual abonada a los asegurados obligatorios. En cambio, los jubilados abonarán 4% sobre el monto de la pensión, que será retenida y cancelada por la entidad que paga dicha pensión.

Tanto en el sistema precedente, como en el actual, los trabajadores dependientes no realizan aporte alguno al Seguro Social.

Las prestaciones que brinda el Seguro Social pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- (i) Prestaciones preventivas y promocionales: son aquellas que son prioritarias y tienen como objeto conservar la salud de la población minimizando los riesgos. Estos son: educación para la salud, evolución y control de riesgos, e inmunizaciones.
- (ii) Prestaciones de recuperación: cuyo objeto es dar atención a los riesgos de enfermedad resolviendo las deficiencias de salud de los asegurados. Se comprende en este grupo: atención médica, tanto ambulatoria como de hospitalización, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles, servicios de rehabilitación. Se incluye la prestación de maternidad la cual consiste en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido.
- (iii) Prestaciones de bienestar y promoción social: comprenden actividades de proyección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo, orientadas a la promoción de las personas y protección de su salud.

- (iv) Prestaciones económicas: comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio.

2. Derecho de cobertura y requisitos

Para determinar la cobertura del seguro, debe tenerse en cuenta el tipo de afiliación así tenemos:

a. Afiliados regulares

Para que se genere el derecho a las prestaciones, es necesario que cuenten con 3 meses de aportaciones consecutivas o 4 meses no consecutivos, en un período de 6 meses calendarios anteriores al mes de inicio de la contingencia.

En caso de maternidad, la condición para el goce de las prestaciones es que el titular del seguro se encuentre afiliado al tiempo de la concepción. Ante un accidente, basta con la existencia de la afiliación.

Cuando la empresa empleadora incumpla con la obligación de pago del aporte y ocurra un siniestro, ESSALUD o la EPS que corresponda deberá cubrirlo pero tendrá derecho a exigir a aquella el reembolso del costo de las prestaciones brindadas.

b. Afiliados potestativos

Los períodos de aportación son los que corresponden a aportes efectivamente cancelados. La cobertura no podrá ser rehabilitada con aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia de la contingencia.

3. Los servicios propios y las EPS

En función a la LMSSS, los empleadores pueden ofrecer prestaciones de salud y obtener un crédito sobre sus aportaciones, si brindan atenciones con servicios propios (como ocurre en los campamentos mineros) en tanto sean reconocidas por el MINSA, o mediante las EPS que brinden determinadas prestaciones mínimas. En ambos casos, el empleador gozará de un crédito equivalente al 25% de las aportaciones mensuales a ESSALUD, esto es, un crédito efectivo del 2.25% sobre las remuneraciones asegurables de los trabajadores sin exceder del valor de la suma mensual que se destine a la EPS o el 10% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT)⁸ y que a la fecha representa el equivalente a U\$. 91.42 multiplicado por el número de trabajadores que gocen de la cobertura. Así, de contar el empleador con un servicio propio o si los trabajadores contratan los servicios de una EPS, se podrá pagar hasta 6.75% de las remuneraciones de los trabajadores comprendidos por estos seguros privados.

⁸ La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es una medida de referencia que, anualmente, se actualiza. A la fecha, 1 UIT representa S/.3,200.00 ó, su equivalente, US\$. 914.28 (con tipo de cambio S/. 3.50).

Cuando se trata de las EPS, salvo consentimiento del trabajador, el copago respectivo no podrá exceder del 2% del ingreso mensual del asegurado por cada atención ambulatoria ni el 10% por cada hospitalización.

4. Elección del seguro privado

No resulta una obligación, sino una potestad la contratación de un seguro privado a través de una EPS. A la fecha, tres EPS están operando en el mercado. El procedimiento que debe observarse es el siguiente, de acuerdo a la Ley 26790 y a la Resolución de Superintendencia 070-2003-SEPS/CD:

a. La convocatoria

El empleador es responsable de la convocatoria y realización de la votación para que los trabajadores elijan el Plan y la EPS. Dicha convocatoria se realizará por iniciativa propia o a solicitud del 20% de los trabajadores del respectivo centro de trabajo. Cabe destacar que en dicha convocatoria la empresa debe invitar a no menos de dos EPS. Por su parte, el 20% de trabajadores puede escoger hasta dos EPS que deberán ser invitadas al concurso.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior, el empleador debe cursar una carta de invitación a no menos de dos EPS, y éstas deberán recibir la carta con una anticipación no menor a cinco días hábiles a la fecha límite fijada por el empleador, para la recepción de las propuestas.

b. El sufragio

Una vez que se hubiera concluido con la presentación de las propuestas, el empleador deberá proporcionar a cada trabajador una cédula en la que emitirá su voto, debiendo indicar la fecha límite para la presentación de éstas. El voto es libre y el trabajador entregará la cédula con su voto y firma.

c. Los resultados

Al término de la votación se procederá al escrutinio. Los representantes de las EPS participantes y los trabajadores pueden estar presentes en este acto. El resultado se consignará en un acta, el mismo que será firmado por el responsable de la empresa empleadora. La EPS ganadora remitirá una copia de la citada acta a la SEPS dentro de los 10 días útiles siguientes.

En el caso de que el empleador hubiera invitado a más de dos EPS y ninguna de éstas alcanzara la mayoría absoluta de los votos válidamente emitida, se podrá convocar a una nueva votación entre las dos EPS que hayan alcanzado el mayor número de votos, la cual deberá realizarse dentro de los 20 días hábiles contados a partir de la fecha en que el empleador difundió entre sus trabajadores las propuestas de las EPS.

Asimismo, el empleador podrá convocar a una nueva elección: a) cuando no hayan votado la mitad más uno

de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al tiempo de la elección o; b) cuando ninguno de los planes ofrecidos por las EPS haya obtenido los votos favorables necesarios.

Finalmente, el empleador deberá publicar en el centro de trabajo los resultados de la votación, dentro de los tres días siguientes a la fecha límite de la entrega de cédulas, de forma tal que sean adecuadamente difundidos a todos los trabajadores.

Para determinar la validez de la votación deben haber participado en la elección, por lo menos, la mitad más uno de los trabajadores con contrato de trabajo vigente -solamente trabajadores propios contratados a plazo indeterminado, plazo fijo, tiempo parcial o bajo la modalidad a domicilio- al momento de la votación. Se considerará elegida a la EPS y el Plan que hubieran obtenido la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos por los trabajadores, sin considerar los votos en blanco o viciados.

Cabe anotar que, si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados, los trabajadores no manifestaran al empleador su intención de permanecer en ESSALUD, todos los trabajadores estarán inscritos a la EPS que hubiera obtenido la mayoría de los votos, incluso aquellos trabajadores que no hubieran participado de la elección, siempre que se hubiere observado el número mínimo de votantes. Ahora bien, siempre se mantiene la potestad de los trabajadores para poder retirarse de la EPS y recibir atención exclusiva de ESSALUD.

Ciertamente, es posible brindar dos tipos de planes de salud:

- (i) Plan de salud base: que es único y objeto de votación por los trabajadores, contiene como mínimo la cobertura obligatoria, pudiendo extenderse a cubrir las prestaciones otorgadas en la cobertura complementaria. No contiene beneficios adicionales.
- (ii) Planes adicionales: son planes que podrán ser ofertados al trabajador, sus derechos habientes y a otros beneficiarios del trabajador (padres, suegros, hermanos e hijos de 18 años hasta 25 años) y podrán comprender los beneficios de cobertura obligatoria, de cobertura complementaria y los beneficios adicionales.

5. La seguridad social en salud: la convivencia entre lo privado y público

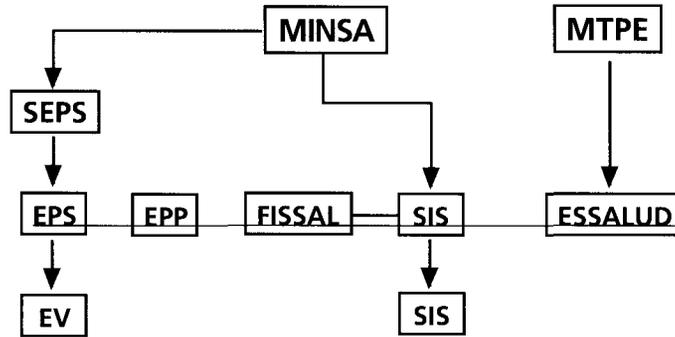
A la fecha, existen trabajadores que se encuentran afiliados a una EPS. Se puede colegir que los trabajadores afiliados corresponden, en su gran mayoría, a empresas que brindaban un seguro adicional al público y acudían a clínicas privadas para atenciones de salud.

Entonces, con la afiliación a la EPS, los trabajadores continúan recibiendo la atención privada de salud y las empresas obtienen un importante crédito por dicha afiliación reduciendo su costo laboral.

A diferencia del SPP, no se vislumbra un enorme índice de afiliación a las EPS dado que su costo es alto -por los gastos que deben asumir los trabajadores al mo-

mento de las atenciones de salud- y la mayoría de los trabajadores permanecerían en ESSALUD. Por otro lado, las pocas EPS creadas -solamente tres- y su capacidad de atención reducen, todavía más, las posibilidades de un mayor desarrollo del nuevo sistema de salud.

A continuación, describimos un esquema general del sistema de seguridad social en salud:



- MTPE: Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo
- MINSA: Ministerio de Salud
- SEPS: Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud
- EPS: Entidad Prestadora de Salud
- EPP: Empresa que presta servicios de salud prepagados.
- SIS: Sistema Integral de Seguros
- EV: Entidades que prestan servicios vinculados a los planes de salud de las EPS - Clínicas
- ES: Establecimientos de salud.
- FISSAL: Fondo Intangible Solidario de Salud

sabilidad de velar por la idoneidad de la calidad de los servicios médicos prestados y de la infraestructura de los establecimientos de salud a nivel nacional, corresponde al MINSA a través de los mecanismos de acreditación de establecimientos de salud vigentes. Tal vez este Ministerio u otra entidad puedan integrar los diferentes estamentos y podamos contar con una política nacional integral y uniforme en materia de salud.

IV. EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Con la promulgación de la LMSSS, se estableció el nuevo marco normativo peruano para los riesgos laborales. Así, se creó el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo -en adelante el SCTR-, institución que reemplazó al cuestionable Decreto Ley 18846 que establecía un seguro de accidentes y enfermedades profesionales solamente para los trabajadores obreros.

Posteriormente, se emitió el Reglamento de la LMSSS, aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA. Finalmente, para el tema concreto que nos ocupa, se promulgó las Normas Técnicas del SCTR -en adelante Normas Técnicas-, mediante Decreto Supremo 003-98-SA.

1. Consideraciones generales

El SCTR otorga cobertura antes los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores -empleados y obreros- que realicen actividades riesgosas. Con ello, los empleadores abonan un porcentaje de la remuneración de los trabajadores a ESSALUD, la ONP, EPS y las compañías de seguros, según corresponda. El SCTR comprende las prestaciones de salud, invalidez, sepelio y sobrevivencia.

En el gráfico que antecede se advierte que ESSALUD es un organismo público Descentralizado, creado sobre la base del IPSS, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción del Empleo, pero con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera presupuestal y contable.

En lo relativo a ESSALUD hacemos notar que en principio brindó prestaciones de salud a los trabajadores dependientes del seguro social, sin embargo, como esto contradice el principio de universalidad de la seguridad social, actualmente comprende, de acuerdo a la Ley 27056, a los trabajadores que realicen actividades independientes, los trabajadores del campo y de mar y sus derechohabientes.

En nuestra opinión, se debería generar un sistema nacional de salud que importe una integración de las metas, finalidades y políticas de la salud. A la fecha, no existe una integración ni política uniforme en salud, cohesionada y con metas claras (hasta las municipalidades brindan servicios de salud a la población).

Desde el punto de vista de la especialidad, la respon-

Además, se encuentran obligadas las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios especiales -ya sean temporales o complementarias-, los contratistas y subcontratistas así como toda institución de intermediación o provisión de mano de obra que destaque personal hacia centros de trabajo donde se ejecuten actividades de riesgo.

Más aún, las empresas que contraten obras, servicios o mano de obra provenientes de terceros, están obligadas a verificar que todos los trabajadores destacados hayan sido debidamente asegurados; de lo contrario, deberán contratar el seguro por propia cuenta, a fin de no incurrir en responsabilidad solidaria con las empresas proveedoras, el trabajador, ESSALUD y la ONP. Este es el único caso de responsabilidad solidaria entre el empleador y la empresa contratista (además del sector de construcción civil) dado que no existe otra norma peruana que establezca la responsabilidad solidaria laboral.

Solamente las empresas que realizan actividades de alto riesgo -que están detalladas en el Anexo 5 de las Normas Técnicas- son las que están obligadas a contratar el SCTR. Resulta cuestionable el criterio que se habría empleado para determinar las actividades consideradas como de alto riesgo dado que, de un lado, se considera al servicio odontológico como de alto riesgo y, de otro lado, se excluye, entre otros, al transporte terrestre.

Por otro lado, se precisa que son asegurados obligatorios del SCTR los trabajadores del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo, sean éstos empleados u obreros, temporales o permanentes. Por ello, y sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la empresa es responsable frente a ESSALUD o la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorguen al trabajador afectado por un accidente o enfermedad profesional cuando, estando expuestos al riesgo, no se hubiera asegurado.

Es importante anotar que el SCTR no es alternativo o acumulativo con el seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio previsto en el SPP (administrado por las AFP).

Estos seguros son autónomos e independientes: por un lado, el seguro del SPP está a cargo del trabajador y cubre las contingencias que no se generan en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; por otro lado, el SCTR está a cargo del empleador y cubre las contingencias que se originan en un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Se ha establecido un "reparto funcional" para la atención de estas contingencias. Así, las prestaciones de salud pueden ser brindadas, a elección del empleador, por las EPS o ESSALUD; en cambio, las prestaciones

de invalidez, sobrevivencia y sepelio, por las compañías privadas de seguros o la ONP. A la fecha, la ONP no está ofreciendo alguna cobertura.

Actualmente, los porcentajes son variables y contractuales en función de la actividad riesgosa que realiza la empresa. Existen una serie de recargos y descuentos en función al número de trabajadores, las condiciones de seguridad e higiene del centro de trabajo y los índices de siniestralidad.

2. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El SCTR otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores que tengan calidad de afiliados regulares de ESSALUD y que trabajen en un centro de labores en el que la empresa realice alguna de las actividades de alto riesgo.

Los accidentes que no califiquen como accidentes de trabajo, y las enfermedades que no sean consideradas como profesionales, serán tratados por ESSALUD y el sistema pensionario al que se encuentre afiliado el trabajador.

a. El accidente de trabajo

Los accidentes de trabajo tienen por causa lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales originadas en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina o violenta que incide repentinamente sobre la persona del trabajador. Además, se considera accidente de trabajo:

- (i) El que ocurra al trabajador asegurado durante la ejecución de órdenes emitidas por el empleador, no siendo relevante el que se produzcan fuera del centro de labores o de las horas de trabajo.
- (ii) El que se produzca antes, durante o después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo -por ejemplo el refrigerio-. En este caso, no es necesario que el trabajador asegurado esté realizando actividades de riesgo, basta simplemente que se encuentre en cualquier centro de trabajo.
- (iii) El que sobrevenga por acción de la empresa empleadora o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

Por otro lado, no califica como accidente de trabajo:

- (i) El que tiene ocasión durante el trayecto de ida y retorno al centro de labores, sin importar si el transporte lo efectúa la empresa en vehículos propios o contratados.
- (ii) El provocado intencionalmente por el trabajador asegurado.
- (iii) El ocurrido como consecuencia del incumplimiento

del trabajador de una orden escrita impartida por el empleador.

- (iv) El que se produce como consecuencia de riñas, consumo de bebidas alcohólicas o drogas, y de actividades recreativas, deportivas o culturales.
 - (v) El que sobrevenga durante vacaciones, permisos y demás suspensiones de labores -por ejemplo, huelga, sanción disciplinaria o inhabilitación administrativa o judicial-.
 - (vi) El que se produzca a consecuencia de guerra, terrorismo, terremotos y demás hechos de la naturaleza, fusión y fisión nuclear.
- b. La enfermedad profesional

Las enfermedades profesionales comprenden todo estado patológico permanente o temporal que se originan por la clase de trabajo que desempeña o el medio al cual está expuesto el trabajador. El MINSA aprobará una Tabla de Enfermedades Profesionales, la cual contendrá el posible origen de las mismas. A la fecha, esta tabla no ha sido expedida.

3. El contrato de SCTR

Los contratos de SCTR celebrados con ESSALUD o con una EPS -respecto de prestaciones de salud-, y con la ONP o una compañía de seguros -con relación a la cobertura de invalidez, sobrevivencia y sepelio- deben pactarse a plazo indefinido y constar por escrito

Cabe resaltar que todo pacto que contravenga las normas imperativas mencionadas en el presente párrafo, será considerado nulo de pleno derecho. En todo lo no regulado por dichas normas, las partes podrán pactar de acuerdo a sus intereses en virtud del principio de libertad de contratación.

a. Cláusulas del Contrato de SCTR

Las partes contratantes pueden pactar cláusulas de suspensión o resolución del contrato por causales como demora en los pagos, inejecución de medidas de prevención, etc. Si el contrato se suspendiera, la entidad prestadora continuará brindando la cobertura respectiva en favor del trabajador asegurado, manteniendo la entidad prestadora el derecho de repetir contra el empleador por el costo del tratamiento.

Si el contrato se resuelve, ESSALUD -en caso de prestaciones de salud- o la ONP -en caso de cobertura de invalidez, sobrevivencia y sepelio- seguirán otorgando las prestaciones que le competan hasta que el empleador designe una nueva entidad que cubra tales prestaciones. Si al cabo de 30 días naturales, el empleador no contrata con una entidad prestadora, se entenderá que ha decidido contratar con ESSALUD o con la ONP, según el tipo de prestaciones.

En ningún caso se puede pactar que las entidades prestadoras podrán resolver el contrato sin expresión de causa, puesto que sólo pueden realizarlo al amparo de los motivos expresados en las normas. Sin embargo, las EPS sí están facultadas para resolver el contrato sin mediar causal de resolución, debiendo comunicar su decisión a la entidad prestadora con no menos de 90 días calendario de anticipación. En este caso, no se interrumpirán las prestaciones de las coberturas de los trabajadores asegurados, pues continuarán a cargo de ESSALUD y la ONP.

En principio, el contrato de SCTR es sólo exigible respecto de tratamientos médicos y siniestros desarrollados en el territorio peruano. Sin embargo es posible pactar en contrario.

De otro lado, se establece la posibilidad de pactar penalidades contractuales aplicables al empleador que declare remuneraciones inferiores a las efectivamente percibidas por los trabajadores. En ningún caso tales penalidades afectarán a los trabajadores o sus beneficiarios.

b. Cobertura del Contrato de SCTR

Las normas del SCTR establecen coberturas mínimas tanto en materia de salud, como en lo relativo a pensión de invalidez, pensión de sobrevivencia y gasto de sepelio. Además prevén cuáles son las exclusiones que pueden pactarse en cuanto a coberturas de SCTR.

Cabe mencionar que las coberturas se aplican desde el día de inicio de vigencia de la póliza, no pudiendo contemplarse exclusiones de dolencias o lesiones preexistentes, períodos de carencia, copagos, franquicias o mecanismos similares.

b.1. Cobertura de salud por SCTR

Las condiciones de cobertura y las prestaciones de salud por trabajo de riesgo son iguales para todos los trabajadores, sin tener en consideración su nivel remunerativo. Las prestaciones mínimas otorgadas por la cobertura de salud de trabajo de riesgo son las siguientes:

- (i) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en materia de salud ocupacional al empleador y a los asegurados.
- (ii) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, sin importar el nivel de complejidad hasta la recuperación total del asegurado o la declaración de invalidez permanente, total o parcial o fallecimiento.
- (iii) Readaptación laboral y rehabilitación al asegurado inválido.
- (iv) Aparatos de prótesis y ortopédicos requeridos por el asegurado inválido.

- (v) Tratamientos de cirugía plástica reconstructiva o reparativa.

De conformidad con el Reglamento, las exclusiones que pueden pactarse en materia de salud son:

- (i) Lesiones voluntariamente autoinfligidas.
- (ii) Accidente de trabajo o enfermedad profesional de un trabajador que teniendo la calidad de asegurado obligatorio, no ha sido declarado como tal por el empleador. El trabajador estará cubierto por el régimen común de Seguro Social de Salud a cargo de ESSALUD, siendo el empleador responsable ante tal entidad por el costo de las prestaciones otorgadas.
- (iii) Procedimientos o terapias de carácter cosmético, estético o suntuario, cirugías electivas (no recuperativas ni rehabilitadoras); cirugía plástica, odontología de estética, periodoncia y ortodoncia; etc.

b.2 Cobertura de invalidez, sobrevivencia y sepelio

Las prestaciones son iguales para todos los trabajadores, pero a diferencia de la cobertura de salud, aquí sí se toma en cuenta el nivel remunerativo del trabajador.

Los beneficios que se otorguen no pueden ser menores a los que rigen para los afiliados a una AFP. Además, se establece que las prestaciones mínimas en materia de coberturas de sobrevivencia, invalidez y sepelio por trabajo de riesgo son las siguientes:

- (i) Pensión de sobrevivencia. Esta pensión se otorga en caso de fallecimiento del trabajador asegurado. El monto de la pensión de sobrevivencia se calcula sobre el 100% de la remuneración mensual del asegurado. Para tal efecto, se obtendrá el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, teniendo como tope la remuneración máxima asegurable que fije la Superintendencia de AFP, la cual deberá ser actualizada según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana -es una unidad fijada por una entidad estatal que determina, mensualmente, la evolución de la inflación-.
- (ii) Pensión por invalidez. Es aplicable a la pensión por invalidez lo expuesto en el acápite anterior en lo referente a monto de pensiones. Es importante destacar que las pensiones de invalidez del SCTR sólo se inician cuando venza el período máximo de subsidio establecido por incapacidad temporal cubierto por ESSALUD.
- (iii) Gastos de sepelio. La entidad aseguradora reembolsará, como mínimo, los gastos de sepelio a la

persona, natural o jurídica, que los hubiera sufragado teniendo como límite el que haya sido establecido por la Superintendencia de AFP para el mes de fallecimiento. Es posible pactar pensiones y beneficios mayores y establecer pensiones o indemnizaciones para los asegurados cuya invalidez sea inferior al 20%. En caso de que se establezcan mayores beneficios, los mismos tendrán que ser concertados para la totalidad de los asegurados obligatorios.

Por otro lado, las exclusiones son:

- (i) Invalidez configurada antes del inicio de la vigencia del contrato de SCTR.
- (ii) Muerte o invalidez causada por lesiones voluntariamente autoinfligidas.
- (iii) Muerte o invalidez de un trabajador, que teniendo la condición de asegurado obligatorio, no ha sido reconocido como tal por el empleador. La pensión será de cargo de la ONP, siendo el empleador responsable ante esta entidad por los gastos en que incurra.
- (iv) Cuando el fallecimiento del asegurado se produjo mientras se encontraba gozando del subsidio de incapacidad temporal a cargo de ESSALUD, por causas distintas a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

4. Atención de siniestros

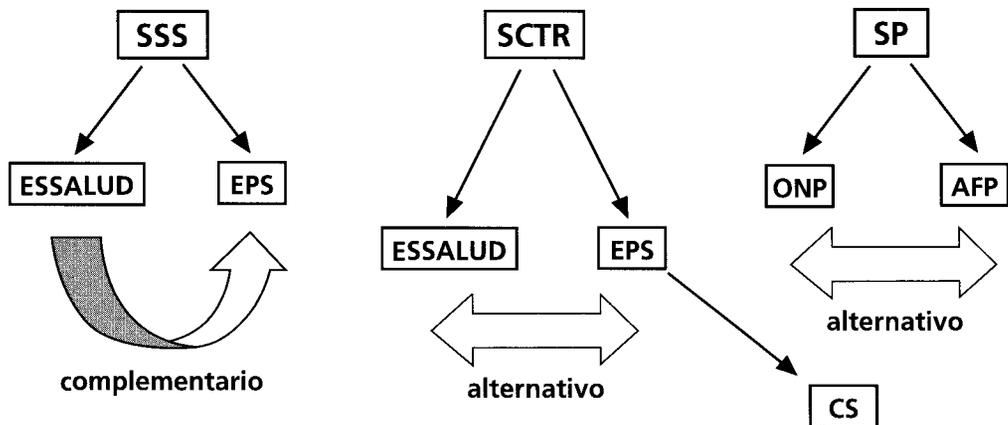
a. En materia de prestaciones de salud

El asegurado o cualquier otra persona debe comunicar la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional al empleador. Si se tratara de una emergencia, el empleador está obligado a prestar primeros auxilios, asistencia médica y farmacéutica inmediata, pudiendo posteriormente, recuperar de ESSALUD o EPS -según corresponda- lo desembolsado. Además es responsabilidad del empleador trasladar al asegurado al establecimiento de salud de ESSALUD o de la EPS.

b. En materia de cobertura de invalidez y sepelio

En caso de accidente de trabajo, el empleador debe comunicar por escrito a la ONP o compañía de seguros, en un plazo de 48 horas -el cual podrá extenderse dependiendo de las circunstancias-, la ocurrencia de todo accidente de trabajo -sin importar si el mismo originará una cobertura por invalidez o sepelio por SCTR-. En tal comunicado se deberá indicar, entre otros, la fecha y hora del accidente; el nombre y apellidos, domicilio y labor del asegurado; el lugar y circunstancia en que ocurrió, etc.

A continuación, un esquema comparativo entre el SCTR y los sistemas de salud y pensiones.



SSS: Sistema de Seguridad Social
 SCTR: Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo
 SP: Sistema de Pensiones
 ONP: Oficina Nacional Previsional
 AFP: Administradora de Fondos de Pensiones
 CS: Compañía de Seguros

V. SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES Y SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

De acuerdo al ordenamiento peruano vigente, coexisten dos regimenes de pensiones: uno público representado por “el sistema de reparto”, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la ONP y; otro, privado -desde el año 1993-, el SPP administrado por las AFP y supervisadas por la Superintendencia de Banca

y Seguros (SBS), caracterizado por el régimen de “capitalización individual”.

Los dos regimenes están abiertos, son excluyentes -cualquier trabajador puede optar, a diferencia del sistema originario chileno, y afiliarse por uno de ellos- y funcionan paralelamente.

Al mes de septiembre de 2003, los principales indicadores son los siguientes⁹:

Principales indicadores	SPP	ONP (Decreto Ley 19990)	Cédula Viva (Decreto Ley 20530)	DM	CPMP	CBSSP
Afiliados (miles)	3,100	800	30	248	132*	17
Aportantes (miles)	1,269	437	30*	248	132	9
Pensionistas (miles)	13	387	320	n.a.	11	5
Fondo (US\$ millones)	5,266	3,181	n.d	117	116	n.d
Tasa de aporte (%)	8.0	13.0	n.d.	2.4***	12.0	9.0
Remuneración prom (SI)	2,077	800	1,000***	650	n.d	600
Pensión de jubilación prom (SI)	700	500	1,000****	n.a	n.d	480*****

⁹ “Principales indicadores en pensiones”. En Semana Económica, 22 de septiembre de 2002, No. 887.

"SPP: Sistema Privado de pensiones /ONP: Oficina de normalización /CPMP: Caja de pensiones Militar Policial/ CBSSP: Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.

n.d: no disponible/ n.a.: no aplica. La derrama no es un fondo de pensiones, sino un fondo de cesantía que a junio, otorgaba, como beneficio máximo la suma de S/. 3,875. "

*Al ser empleados del Estado, se presume que no hay evasión en el pago de los aportes, por lo que el número de afiliados debería ser igual al de aportantes. **Se ha determinado al dividir el monto aportado (equivalente al 2% de la UIT) por el salario promedio de un maestro. ***Dado que las pensiones se ajustan al salario de un empleado del mismo régimen en actividad, se ha utilizado como promedio la pensión media de dicho sistema de pensiones. **** Si se excluye a los maestros y empleados del Gobierno Central, que son los que pensiones reciben, el promedio se elevan a S/. 1,550. ***** Se ha usado como referencia la tasa de reemplazo de 80% que existe en dicho sistema".

1. Características generales de ambos sistemas

a. Sistema nacional de pensiones

- (i) Es un sistema de financiamiento mixto pues las pensiones de los jubilados en un período determinado se financian primordialmente con los aportes que realizan los trabajadores activos en el mismo período (a la fecha, 13% de la remuneración mensual), con existencia de reservas.
- (ii) Tiene un sistema de beneficios determinado por ley, sobre la base de distintos criterios como los años de aportación, última remuneración, etc., de manera que no existe relación entre el monto de lo aportado y la pensión que se va a percibir.
- (iii) Está referido principalmente a los trabajadores dependientes con el carácter de obligatorio, pues sólo de manera facultativa se refiere a los trabajadores independientes. Así, tiene reducido campo de aplicación.
- (iv) Se encuentra administrado por un ente público de manera centralizada -la ONP- por lo que excluye la competencia.

b. Sistema privado de pensiones

- (i) Este régimen se basa, a diferencia del SNP, en un sistema de capitalización individual de los aportes de los afiliados, es decir, los aportes que cada trabajador realiza, se cargan a una cuenta a su nombre en la AFP que haya elegido para que administre sus fondos aportados.

- (ii) Existe relación entre lo aportado por el trabajador (a la fecha, 8% de la remuneración mensual) y el monto que figura en su Cuenta Individual de Capitalización así como la pensión a percibir. De este modo, a diferencia del sistema uruguayo, no existen tramos de aportación -expresados en montos mínimos o máximos-¹⁰ sino un porcentaje aplicable sobre las remuneraciones de los trabajadores.
- (iii) Este sistema se basa en la libertad que tiene todo afiliado, primero para elegir a qué sistema pertenecer (SNP o SPP) y segundo para pasarse de una AFP a otra.
- (iv) Se encuentra administrado por entidades privadas, denominadas AFP, y dentro de un régimen de competencia.

2. Sistema nacional de pensiones

A continuación, reseñamos los siguientes aspectos relevantes que pueden tenerse en consideración:

a. Pensión

El mínimo de años de aportación para tener derecho a la pensión de jubilación es de 20 años y siempre que el trabajador -hombre o mujer- cuente con 65 años de edad, sin perjuicio de los demás requisitos establecidos.

b. Cuantía de la pensión

Cuando un asegurado cumple con los requisitos señalados, el monto de su pensión será equivalente al 50% de su remuneración de referencia. Dicho porcentaje se irá incrementando por cada año adicional completo de aportación en 4% hasta alcanzar como límite el 100% de la remuneración de referencia.

c. La remuneración de referencia

El cálculo de la remuneración de referencia se determina en función del tiempo de aportación del asegurado:

- (i) Aportes por 20 o más años pero menos de 25: La remuneración de referencia será equivalente al promedio mensual que resulte de dividir entre 60 el total de las remuneraciones asegurables percibidas en los últimos 60 meses consecutivos anteriores al último mes de aportación.
- (ii) Aportes durante 25 años pero menos de 30: La remuneración de referencia será equivalente al promedio mensual que resulte de dividir entre 48 el total de remuneraciones asegurables percibidas durante los últimos 48 meses consecutivos anteriores al último mes de aportación.

¹⁰ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. "El nuevo modelo de previsión social uruguayo". Montevideo, FCU, 1996. pp. 78-79.

(iii) Aportes por 30 o más años: La remuneración de referencia será equivalente al promedio mensual que resulte de dividir entre 36 el total de las remuneraciones asegurables percibidas en los últimos 36 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

d. Pensión máxima asegurable

El monto de la pensión máxima asegurable que abona ESSALUD es equivalente a US\$ 241.00 mensuales, la cual podrá ser modificada por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

e. La ONP

La ONP se encarga de administrar el SNP a que se refiere el Decreto Ley 19990, así como de la administración de los pagos a los pensionistas de otros regímenes administrados por el Estado y los regímenes especiales.

3. El sistema privado de pensiones

Si bien existía libertad para la afiliación al SPP, cuando se creó el sistema todo apuntaba a favorecer la afiliación de los trabajadores a éste dado que existían varios incentivos como el incremento de las remuneraciones, beneficios tributarios o el traspaso entre las AFP¹¹. Además, de lo dicho, podemos indicar otras características del SPP:

- Se efectúa la afiliación por medio de una AFP, empresa dedicada a la administración de los fondos depositados por los trabajadores.
- Es una relación jurídica contractual que se establece entre el afiliado y la respectiva AFP.
- Es revocable por el trabajador quien puede afiliarse a otra AFP.
- Con la afiliación, los aportes se incorporan en la denominada cuenta individual de capitalización individual.
- La edad de jubilación es de 65 años de edad y no existe un mínimo de años de aportación para tener derecho a la pensión de jubilación ya que ésta se determinará en función a los aportes acumulados que hubiera efectuado el trabajador y la rentabilidad obtenida por el fondo administrado por la AFP.

Seguidamente, efectuaremos algunas precisiones generales sobre este sistema.

a. Los bonos de reconocimiento

Los trabajadores afiliados al SNP que decidieron incorporarse al SPP, bajo ciertos requisitos, tenían derecho

al bono de reconocimiento, que supone la emisión de un bono por una determinada suma de dinero en reconocimiento por las aportaciones realizadas al SNP.

En términos generales, los requisitos para la percepción de los bonos de reconocimiento por un trabajador se contraían a lo siguiente: i) haber cotizado al SNP en los seis meses anteriores a la afiliación al SPP y ii) tener, cuando menos, cuarenta y ocho meses de aportación al SNP dentro de los diez años anteriores.

b. El fondo y las inversiones

El fondo está integrado por los aportes y su rentabilidad es de propiedad de los afiliados, se encuentra administrado por las AFP, se invierte de acuerdo a las reglas que establece el ente regulador del SPP, la SBS, y es inembargable.

Las normas del SPP permiten que el empleador efectúe aportes voluntarios a la cuenta individual del trabajador con fin previsional sin que exista ningún límite cuantitativo al respecto. Además, el aporte del empleador puede efectuarse durante, al término o después de culminada la relación laboral.

Los aportes de los trabajadores, una vez registrados en la cuenta individual, son invertidos por las AFP en determinados valores y títulos establecidos en la Ley del SPP, a fin de generar una rentabilidad que permita incrementar el fondo de pensiones del trabajador. En todo caso, la AFP debe asegurar una rentabilidad mínima -al igual que el sistema uruguayo-, que necesariamente debe atribuirse a las cuentas de capitalización.

A la fecha, el fondo tiene acumulado aproximadamente S/. 6,600 millones, los mismos que están invertidos en acciones de capital social, bonos de empresas, depósitos a plazo, bonos subordinados, etc.

c. Prestaciones

Las prestaciones del SPP son las siguientes: jubilación, invalidez, sobrevivencia y por gastos de sepelio. En ningún caso, se otorgan prestaciones en materia de salud ni accidentes de trabajo.

Tienen derecho a la pensión de jubilación los trabajadores afiliados que tengan 65 años de edad, salvo que el trabajador opte por la jubilación anticipada; para ello, debe obtener una pensión mínima equivalente al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas de los últimos 120 meses -debidamente actualizadas con el IPC-.

Existe una serie de factores y condiciones en cada modalidad que determinan el monto final de la pensión de jubilación que recibirá el trabajador. El monto de la pensión de jubilación, tanto en la jubilación ade-

¹¹ NEVES MUJICA, Javier. "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica". En: Revista THEMIS No. 25. Lima, 1994, p. 10.

lantada como en la ordinaria, es variable y estará determinado, esencialmente, por dos factores:

- (i) El capital acumulado formado por los aportes mensuales, el monto del bono de reconocimiento -si fuera el caso- y los intereses que se hubieran devengado.
- (ii) La modalidad de la jubilación que adopte el trabajador.

De esta forma, no existe un monto máximo ni mínimo de la pensión de jubilación -a la fecha, se está estudiando la posibilidad de establecer una pensión mínima para los trabajadores del SPP-; prácticamente, los aportes efectuados, el tiempo de aportación del trabajador y la rentabilidad del fondo son los que determinan el monto de dicha pensión. Las modalidades de la pensión de jubilación son las siguientes:

- (i) Retiro Programado: Mediante esta modalidad, el afiliado realiza retiros mensuales de su Cuenta Individual de Capitalización hasta que ésta se extinga.
- (ii) Renta Vitalicia Personal: Por esta modalidad, el afiliado contrata una renta vitalicia mensual hasta su fallecimiento. Para ello, la AFP forma un fondo de longevidad con los saldos de las rentas de los trabajadores que optaron por esta modalidad y ya fallecieron. No genera pensión de sobrevivencia.
- (iii) Renta Vitalicia Familiar: Esta alternativa supone que el afiliado contrata directamente con una compañía de seguros de su elección el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento, así como el pago de pensiones de sobrevivencia a favor de sus herederos.
- (iv) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida: Modalidad por la cual el afiliado contrata una renta vitalicia familiar o personal, para que la AFP o compañía de seguros le pague el monto de su pensión vitalicia mensual, a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta los fondos suficientes para recibir una renta temporal hasta dicha fecha.

Por otro lado, tenemos las pensiones de invalidez que se confieren cuando los trabajadores quedan inválidos por causas diferentes a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, actos propios o por la utilización de sustancias alcohólicas o estupefacientes o no se encuentren gozando de la pensión de jubilación. La condición de invalidez -parcial o total, temporal o permanente- es determinada por un Comité Médico de la AFP (COMAFP). Las AFP eligen la modalidad para

asumir tales gastos de invalidez -directamente o por medio de una compañía de seguros-.

Sobre la pensión de sobrevivencia, ésta se contrae a la muerte del afiliado y se otorga a los herederos forzosos del afiliado que no se hubieran jubilado a la muerte de dicho afiliado. Esta pensión de sobrevivencia se concede, en orden jerárquico y excluyente, al cónyuge o concubino, los hijos menores de edad (18 años), los hijos mayores de edad que se encuentren en incapacidad siempre que haya sido certificada por el COMAFP. Esta pensión puede ser asumida por la AFP o una compañía de seguros, a elección de las AFP.

Finalmente, los gastos de sepelio solamente corresponden a los trabajadores afiliados que fallezcan, y pueden ser administrados por las AFP o por una compañía de seguros, a opción de las AFP.

Tanto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia como para los gastos de sepelio, las normas peruanas exigen que las prestaciones que se brinden sean uniformes.

4. Los casos de jubilación obligatoria

Con independencia de los Sistemas de Seguridad Social descritos, el empleador puede terminar, unilateralmente, la relación laboral con los trabajadores que tengan 65 ó 70 años de edad. En efecto, se establecen dos modalidades de jubilación por iniciativa del empleador: la condicionada y la automática.

a. La jubilación obligatoria condicionada

Procede cuando el trabajador tiene 65 años de edad y el empleador se compromete al pago de la diferencia entre la pensión de jubilación y el 80% de la última remuneración ordinaria recibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder al 100% de la pensión y que deberá reajustarse periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste la pensión.

En estos casos, la terminación de la relación laboral se produce si el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación -sin importar el monto- y cuando se le reconozca al referido trabajador, efectivamente, la pensión de jubilación.

b. La jubilación obligatoria automática

Se produce cuando el trabajador cumple 70 años de edad, salvo pacto en contrario. En este caso, la jubilación opera si el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación -sin importar el monto- con prescindencia de los trámites administrativos correspondientes¹². Esta es una norma que, a nuestro juicio, es inconstitucional al atentarse contra el principio de igual-

¹² Al respecto, puede verse TOYAMA, Jorge y JEREMY RIVERA. "Jubilación Obligatoria: los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema". En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2004.

dad ante la ley dado que no existe alguna causa objetiva que justifique la extinción del contrato de trabajo -vía jubilación- por razón de edad¹³.

VI. CÉDULA VIVA (DECRETO LEY 20530)

1. Régimen del Decreto Ley 20530

Este sistema se origina en la Ley General de Goces de 1850 cuyo objeto fue brindar una pensión de jubilación a las personas que tengan una edad avanzada o padezcan de enfermedad crónica que les impida continuar sus funciones. Posteriormente, la Ley 8435 del 07 de agosto de 1936 incorpora a la Ley de Goces a todas las personas que prestan servicios para la Administración Pública. Con ello, comienza la generación de un sistema completamente oneroso y contrario a los principios de la Seguridad Social.

Este régimen contiene una actualización automática (nivelación o efecto espejo) sobre la remuneración del trabajador activo y responde a la necesidad del Estado de compensar los bajos sueldos de los trabajadores. En este sentido, la Octava Disposición Final Transitoria de la Constitución Política de 1979, estableció la nivelación progresiva de las pensiones sujetas al régimen del Decreto Ley 20530 y Leyes posteriores que reabrieron el régimen pensionario (en esencia, establecieron que la nivelación se alcanza desde que el trabajador cumple 20 años de servicios) permitieron la incorporación y reincorporación a este sistema sin que sea relevante la edad (la "jubilación" puede obtenerse desde los 15 años de servicios para los varones y 12.5 años para las mujeres).

Una de las principales razones de la situación deficitaria en la que se encuentra este régimen pensionario, es que por disposiciones de distinto rango legal se permitió el acceso irregular e indiscriminado de pensionistas que alcanzaron la jubilación prestando servicios bajo regímenes laborales distintos al régimen laboral público, para el cual fue diseñado al inicio el sistema.

2. Medidas del Estado para reducir la desigualdad en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530 (Cédula Viva)

El 31 de julio de 2003 se aprobó la Ley 28046, Ley que crea el Fondo y la Contribución Solidaria para la Asistencia Provisional, y la Ley 28074, Ley que actualiza el porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del sector público y regula las nivelaciones de las pensiones de régimen del Decreto Ley 20530.

a. Fondo para la asistencia previsional (Ley 28046)

El objetivo de dicha norma es destinar recursos para financiar el pago de pensiones comprendidas en el régimen del Decreto Ley 20530. Dichos Fondos son intangibles y su administración estará a cargo del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, y los recursos del Fondo estarán constituido por:

- (i) La recaudación de la Contribución para la Asistencia Previsional, a la que se hace mención en la Ley.
- (ii) Las donaciones, legados, créditos, transferencias y demás recursos provenientes del sector público y privado, así como de la cooperación nacional e internacional.

La contribución solidaria para la Asistencia Previsional grava a las pensiones de aquellos beneficiarios que perciban por el régimen provisional del Decreto Ley 20530 la suma que anualmente exceda 14 UIT anuales. La tasa de la contribución será equivalente a la tasa del Impuesto a la renta aplicable a las personas naturales.

b. Actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del sector público (Ley 28047):

El aporte para las pensiones a cargo de los trabajadores del Sector Público comprendidos en el Decreto Ley 20530, que era de 6%, se reajustará de la siguiente manera:

- A partir del 01 de agosto de 2003.....13%
- A partir del 01 de julio de 2006.....20%
- A partir del 01 de julio de 2009.....27%

Asimismo, se indica en la norma que el monto máximo de las pensiones derivadas del régimen provisional del Decreto Ley 20530 que se generen a partir del 01 de julio de 2003 no podrán exceder de 1 UIT. Además, se precisa que la nivelación de las pensiones de los cesantes y jubilados sujetos al régimen del Decreto Ley 20530, de las entidades que tengan o hayan tenido regímenes laborales distintos, se determinará teniendo como referencia la base de remuneración que señala el Sistema Único de Remuneraciones previsto en el Decreto Legislativo 276.

Se prohíben los siguientes supuestos:

- (i) En ningún caso la nivelación se realizará tomando, como referencia las remuneraciones del personal que, en tales entidades, se encuentren sujetos al régimen de la actividad privada.

¹³ Una disposición similar, contenida en el Estatuto de Trabajadores (Ley 8/1980) fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Español (Sentencia 22/1981).

- (ii) No se permitirá una pensión nivelable superior a un monto mayor a la remuneración de un trabajador activo de su mismo cargo y nivel.
- (iii) Se prohíbe el ingreso de servidores y funcionarios públicos al régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, en cualesquiera de las instituciones públicas del Gobierno Central, Regional, Local, Organismos Descentralizados, Empresas Estatales, Poder Legislativo, Organismos Constitucionales Autónomos y demás entes públicos.

3. Derechos adquiridos en materia pensionaria

En la teoría de los derechos adquiridos, la irretroactividad consiste en seguir aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones jurídicas existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.

En el sistema constitucional actual sólo se consideran retroactivas aquellas normas que en materia penal sean beneficiosas para el reo, es decir que si en materia de pensiones la nueva norma aumenta el monto de las pensiones no podrá aplicarse a supuestos nacidos bajo la norma anterior, a pesar que la primera sea más beneficiosa.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, se considera que la Constitución de 1993 adopta la teoría de los hechos cumplidos como regla base y fundamental del sistema, y que de manera excepcional es de aplicación la teoría de derechos adquiridos y la aplicación ultractiva de las normas, en concordancia con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución por la cual se señala: "que los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

El Tribunal Constitucional ha establecido en sus diversos fallos dos categorías importantes:

- Sostiene que tales derechos son "los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas" (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967), o "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos" (Fundamento 15 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817). Sobre este tema, cabe indicar que, de acuerdo a Ojeda

Avilés¹⁴, son tres las posibles opciones a escoger: a) la norma debe estar vigente al momento de celebrarse el contrato, b) producirse el supuesto de la norma, c) considerar adquirido el derecho cuando se haya disfrutado el derecho.

- El Tribunal Constitucional considera que debe distinguirse entre las pensiones originarias y las derivadas (Sentencia de Inconstitucionalidad contra la Ley 27617). Se alude a pensiones originarias cuando se cumple los requisitos establecidos por la norma primigenia, aunque todavía no se haya ejercido el derecho, éstas se generan en provecho del titular, como las de jubilación, cesantía e invalidez. En cambio, las pensiones derivadas son las que se suscitan en beneficio de los familiares a su cargo, como las de sobrevivientes.

Es preciso señalar que el Tribunal Constitucional nuevamente menciona el tema de derechos adquiridos en el precedente de observancia obligatoria en su sentencia del 18 de junio de 2003 (Expediente 0189-2002-AA/TC-Maldonado Duarte) en la cual el Tribunal opta por un precedente en el que considera que el sistema de pensiones debe ser de carácter cerrado: "1. Teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social, no sólo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas (...) se ha considerado reabrir y profundizar el examen de la materia, y en armonía con otras disposiciones de la Carta Magna, entre las que destaca su Segunda Disposición Final y Transitoria, ha resuelto apartarse del criterio adoptado (Caso Medina Pantoja)¹⁵ precisando que en casos análogos no es abierto el acceso a los beneficios del régimen del D.L. 20530. 2. Los años de formación profesional no se anteponen al inicio de la relación laboral con el estado, se agregan con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado. 3. La nivelación debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que no esté dentro del régimen laboral privado, que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese".

Pese a ello, el régimen continúa siendo oneroso y los intentos por modificar este sistema solamente pueden realizarse a través de una reforma constitucional.

4. La reforma constitucional del Decreto Ley 20530

Como se conoce, el Poder Ejecutivo envió al Congreso una propuesta de reforma constitucional que habilitaría al Estado para regular el inequitativo sistema pen-

¹⁴ OJEDA Avilés. "El Principio de condición más beneficiosa". En: Revista de Política Social Madrid, Instituto de Estudios Políticos, No. 134, 1982, p. 121.

¹⁵ En el Expediente 1256-2001-AA/TC, la sentencia (del 06 de agosto de 2002), se estableció como criterio interpretativo que "ante conflicto de normas se opta por la aplicación de aquella que da acceso a la pensión".

sionario de la Cédula Viva (Ley 20530). Esta propuesta se ha aprobado en el Pleno del Congreso en una primera votación -contando con el apoyo de más de 80 congresistas- y esperamos que se alcance la segunda votación favorable en la próxima legislatura de acuerdo con el procedimiento de reforma constitucional y, con ello, la reforma pensionaria se podría implementar en el segundo semestre de este año.

a. **Ámbito subjetivo**

Cabe efectuar dos precisiones sobre el ámbito subjetivo de aplicación de esta reforma. En primer lugar, solamente la reforma, como se ha difundido, atañe al Decreto Ley 20530: la forma previsional no pretende modificar otros sistemas previsionales como el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990) o las AFPs. La explicación es simple: la distorsión, el costo presupuestal, etc. que representa el Decreto Ley 20530 es inmanejable y desproporcionado con relación a la realidad de nuestro país.

En segundo lugar, de los pensionistas del Decreto Ley 20530, solamente se afectará a las pensiones más altas. Hasta donde se conoce, solamente a aquellos que perciben una pensión mensual superior a una UIT (actualmente, S/ 3.200.00), y que según la data que se maneja, afectará a 3,5% de los pensionistas). De este modo, aquellos pensionistas del Decreto Ley 20530 que perciban una pensión menor, no sufrirán una reducción en el monto de las pensiones.

b. **Razones de la reforma: supresión de derechos adquiridos**

La reforma constitucional es necesaria pues la actual Constitución consagra la teoría de los derechos adquiridos que permite aferrarse a las pensiones y los privilegios. Esta reforma ha sido reclamada por el propio Tribunal Constitucional -se ha referido a un "ocio legislativo" por las ausencias de propuestas-, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite reformas previsionales en tanto existan razones de interés social. En este caso, es clara la necesidad de introducir una reforma constitucional.

La reforma de este sistema pensionario es necesaria por los enormes costos que representa actualmente el Decreto Ley 20530 (10% del presupuesto público de 2004 y su costo proyectado -si no se implementa la reforma- supera el total de la deuda externa peruana).

El costo que genera la planilla estatal (trabajadores y pensiones) dentro del presupuesto 2004 es de 27,40%, de los cuales 10% comprende el régimen del Decreto Ley 20530 con 295,331 pensionistas (de estos últimos, 215,000 perciben más de la pensión máxima que fija la ONP -aproximadamente US\$ 250.00 mensuales-). Más todavía: el costo previsional de este régimen asciende a US\$ 24,415 millones, que equivalen al 40%

de nuestro PBI (solamente entre los años 1997 y 2003 se han transferido US\$ 10,873 millones).

El régimen del Decreto Ley 20530 es no solamente costoso. Además, impide que las entidades del Estado puedan incrementar remuneraciones al personal o incluir en planillas a altos funcionarios (por el incremento automático que originaría en las pensiones) y es inequitativo con otros regímenes previsionales (la pensión más alta es S/ 33,000 mensuales, y en el Sistema Nacional de Pensiones no llega a S/ 900.00; las hijas solteras tienen derecho a pensión -el 47% tiene más de 47 años-; se accede desde los 12.5 años de trabajo sin importar la edad, etc.).

Entonces también es necesaria porque el sistema ha permitido a ciertos pensionistas obtener hasta S/ 33,000 mensuales, suma que se actualiza por la nivelación (el famoso efecto espejo) y se hereda a las hijas solteras en forma vitalicia en 100% de la pensión. Estas pensiones, además, no fueron financiadas por los trabajadores porque el aporte fue diminuto (6%) y los montos aportados fueron, realmente, diminutos; ello se refleja en la escalofriante cifra: 98% del presupuesto del Decreto Ley 20530 es financiado por el Tesoro Público, es decir, por todos nosotros.

Todo el ahorro de esta reforma debiera servir para solventar las pensiones ínfimas que existen (6% de pensionistas del Decreto Ley 20530 perciben menos que la pensión mínima del Decreto Ley 19990, esto es, reciben menos de S/ 415.00 mensuales) y, en general, para todo el sistema previsional público, así como para sostener financieramente el régimen en los futuros años.

Es necesaria, además, por la inequidad del sistema: hay pensionistas que perciben pensiones millonarias que nunca las financiaron y se actualizan pero hay otros que tienen pensiones ínfimas; pensionistas que con 10 años ya están en este sistema y con unos años más pueden lograr la ansiada nivelación (efecto espejo) que actualiza la pensión en función al incremento de las remuneraciones de los activos. Todas estas situaciones no se aprecian en otros sistemas de pensiones (AFP y ONP).

Finalmente, la modificación constitucional del sistema de pensiones permitirá que se implemente una real reforma laboral en el Estado, incorporando a personas en planillas y volviendo transparente la gestión salarial. Hoy, cualquier reforma del Estado solamente puede implementarse si, previamente, se implementa una modificación constitucional en el sistema de pensiones.

Seguidamente, presentamos un cuadro comparativo de los sistemas, que destaca las diferencias entre el SNP y la Ley 20530.

CUADRO COMPARATIVO: SISTEMAS PENSIONARIOS

Decreto Ley 19990	Decreto Ley 20530
<ul style="list-style-type: none"> Trabajadores públicos y privados (no sujetos al Decreto Ley 20530), trabajadores del hogar e independientes. Régimen abierto. 	<ul style="list-style-type: none"> Trabajadores públicos, fiscales (Decreto Legislativo 052), magistrados (Decreto Supremo 017-93-JUS), diplomáticos (Decreto Legislativo 894), JNE, Tribunal Constitucional, trabajadores del Banco de la Nación (Decreto Legislativo 339), EsSalud (Leyes 25066 y 24366). Régimen cerrado.
<ul style="list-style-type: none"> Edad: Mínimo 65 años. Aportes: Mínimo 20 años. Pensión: Resulta del promedio de 36, 48 y 60 últimas remuneraciones anteriores al último mes en que cesó. No se recibe el 100% del último sueldo. 	<ul style="list-style-type: none"> Edad: No hay mínimo. Aportes: 12.5 (mujeres), 15 (hombres) y 20 años (célula viva). Pensión 100% de la última remuneración si se aportó como mínimo 25 (mujeres) ó 30 (hombres) años, si no en prorrata a años de aportes. Luego de 20 años: pensión nivelable
Pensión derivada: <ul style="list-style-type: none"> Viudez: 50% de la pensión Orfandad: Hasta los 18 años; estudiantes hasta 21 años. Orfandad por Invalidez: Hijos mayores de 18 años, previo Dictamen de la Comisión Médica. Ascendencia: 20% de la pensión del causante. 	Pensión derivada: <ul style="list-style-type: none"> Viudez: <ul style="list-style-type: none"> 100% si su pensión no alcanza la RMV (S/. 460.00). 50% si su pensión es mayor a la RMV con el tope de 6 RMV de la pensión (S/. 2 760.00). Orfandad: Hasta los 18 años el 20% por cada uno. Si es estudiante, hasta los 21 años. Invalído: 20% más una bonificación de una RMV (necesita el Dictamen de la Comisión Médica de ESSALUD. Pensión mínima 20% hasta el 40% de la pensión, en caso de fallecer ambos padres.
Monto de la pensión: <ul style="list-style-type: none"> Pensión mínima S/. 415.00. Pensión máxima S/. 857.36. Pensión Promedio: S/.507.00 	Monto de la Pensión: <ul style="list-style-type: none"> Pensión mínima: ———. Pensión máxima : hasta S/. 33,000.00 Pensión Promedio; S/ 1,577
Aportes: Actualmente: 13% a cargo del trabajador.	Aportes: Actualmente: 13% a cargo del trabajador.

Fuente: ONP

c. Contenido de la reforma constitucional 20530

En apretada síntesis la reforma pretende dirigirse exclusivamente a los casos de privilegio del Decreto Ley 20530. No se tocarán, como se ha dicho, otros regímenes de pensiones.

(i) Centralización en la administración de pensiones

En primer lugar, se propone una centralización en la

administración del sistema de pensiones que permitirá al Estado administrar y gestionar de manera adecuada el Decreto Ley 20530 (hoy, las más de 800 unidades de gestión del Estado regulan, fiscalizan, otorgan, etc. pensiones 20530). Esta modificación es necesaria pues así lo ha indicado el propio Tribunal Constitucional y es una expresión del principio de unidad de la seguridad social.

Jorge Toyama Miyagusuku
Karen Ángeles Llerena

La propuesta, como se sabe, es la siguiente: Agréguese al artículo 11 de la Constitución como segundo párrafo el texto siguiente: "La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

Cabe anotar el principio de unidad de la Seguridad Social, que importa que el Estado pueda organizar y centralizar la administración de los sistemas previsionales. Por ello, estamos de acuerdo con esta propuesta.

(ii) Teoría de los hechos cumplidos

En segundo lugar, se pretende incluir en la Constitución la teoría de los hechos cumplidos que es un principio general del Derecho (y que para el Tribunal Constitucional se puede inferir que se desprende de la Constitución, pues lo aplica en sus sentencias), que está contenido en el Código Civil desde hace casi 20 años y que permitirá al Estado introducir reformas en las actuales pensiones doradas.

La propuesta importa sustituir el artículo 103 de la Constitución por el siguiente enunciado: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Ciertamente, no estamos ante una disposición retroactiva pues no se devolverán las pensiones recibidas: toda reforma será hacia futuro.

En este caso, un principio general del derecho peruano (aplicación de la norma a todos los sujetos, esto es, la teoría de los hechos cumplidos) ha sido regulado a nivel constitucional y este es el principal cambio que se plantea.

(iii) Modificación de la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución

Finalmente, se busca suprimir la teoría de los derechos adquiridos de la actual Constitución, cerrar definitivamente la "cédula viva", establecer toques para las pensiones doradas (el toque será de 1 UIT mensual pero cuya aplicación será progresiva) y contribuciones solidarias (para aquellas pensiones que superan 1 UIT mensual), suprimir las nivelaciones (efecto espejo) y modular las pensiones de sobrevivientes (por ejemplo,

de las hijas solteras). La idea es que todo sistema de pensiones tenga sostenibilidad financiera.

La propuesta sustituye el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución por el siguiente: "Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 20530. 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones. Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. La ley dispondrá la aplicación progresiva de toques a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria. El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación. Autorícese a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

Estas reformas pretenden que nos encontremos ante un sistema equitativo: solamente las modificaciones alcanzarán a las pensiones doradas y las situaciones de extrema inequidad, de tal manera que se pueda consolidar un fondo de reserva y el incremento para las pensiones menores a la remuneración mínima vital. En esta línea, simplemente, se busca que la 20530 tenga empapada los principios esenciales de la seguridad social: solidaridad y universalidad.

Seguidamente, reseñamos un cuadro que describe las diferentes situaciones de los pensionistas ante esta reforma que se propone.

Tipo 20530	Tratamiento	¿Se aplica tope?	¿Nivelación?	Revisión de pensión ilícita
Pensionistas (jubila-dos) y familiares	Siguen en Decreto Ley 20530	Sólo si percibe más del tope	No será posible	Sí, siempre que no haya prescrito ni sentencia a favor
Trabajador activo que ya cumplió requisitos para pensión pero que aún no se jubila	Sigue en Decreto Ley 20530	Sólo si percibe más del tope	No será posible	Sí, siempre que no haya prescrito ni sentencia a favor
Trabajador activo que no cumple requisitos para jubilarse	Optará entre AFP y ONP (no Decreto Ley 20530)	No aplicable	No aplicable	No aplicable

Todas las reformas, cuentan, además, con el apoyo de la población (las encuestas así lo denotan), y el Acuerdo Nacional y la Defensoría del Pueblo han indicado que la reforma es, también, necesaria.

Estamos ante una reforma que resulta vital para la viabilidad del país, para que las reformas se puedan introducir. El Estado tiene la potestad de corregir las ineficiencias de su regulación y adecuarlas para una adecuada distribución de sus pocos recursos.

Entonces, toda la responsabilidad está en el Congreso. Roguemos porque no existan ausencias, abstenciones y mucho menos oposiciones que impidan esta necesaria reforma constitucional en la segunda votación que deberá producirse en la primera legislatura del periodo 2004-2005.

VII. RÉGIMEN FINANCIERO

La actuación de la Seguridad Social es limitada, más aún en la realidad peruana. Pese a su caracterización universal, no es posible satisfacer las necesidades de toda la población, la aplicación de la Seguridad Social en los planos subjetivo -categorías de personas que se encuentran comprendidas- y objetivo -clases de riesgos que pueden ser cubiertos- dependerá del financiamiento que exista en un determinado ordenamiento jurídico.

Por ello, en las definiciones de la Seguridad Social aparece lo económico. Por ejemplo, Almansa Pastor¹⁶, indica que la Seguridad Social es una institución de protección de las necesidades sociales individuales y

colectivas, dentro de la extensión, límites y condiciones fijadas por el ordenamiento jurídico y según lo permita la organización financiera. Finalmente, las perspectivas jurídicas, administrativas y sociológicas siempre deben de elaborarse sobre la base del sistema económico y financiero de la Seguridad Social.

Todo sistema de Seguridad Social debe fundarse en estudios actuariales que suponen efectuar proyecciones sobre los ingresos y egresos, presentes y futuros, sobre la base de una serie de elementos actuariales tales como la demografía, la biometría, las políticas sociales y económicas del Estado, etc.

Uno de los aspectos más relevantes de la Seguridad Social lo constituye el sistema de financiamiento de la misma. Gran parte del fracaso del anterior sistema peruano de pensiones y una de las razones por las cuales se están implementando las reformas del sistema de salud se contrae al manejo de las aportaciones de los trabajadores, empleadores y del propio Estado.

1. Sistemas de financiamiento

Los sistemas de financiamiento de la Seguridad Social peruana tienen una distribución variable en función a los diversos regímenes. Del tradicional financiamiento tripartito (empleador-trabajador-Estado) de los sistemas de Seguridad Social que se concentraban en un solo ente estatal (IPSS), se ha pasado a uno disperso de financiamiento en función a los respectivos regímenes especiales (ESSALUD). Tradicionalmente, el sistema de financiamiento de la Seguridad Social tuvo como princi-

Jorge Toyama Miyagusuku
Karen Angeles Llerena

¹⁶ ALMANSA PASTOR, José. "Derecho de la Seguridad Social". Madrid, Tecnos, 1989. p. 63.

pal soporte los aportes de los trabajadores y empleadores, los mismos que se calculaban en función a las remuneraciones mensuales que percibían los trabajadores. El empleador debía efectuar las respectivas retenciones, aportaciones y pagos en el sistema financiero.

Actualmente en el ordenamiento peruano se aprecian los siguientes sistemas de financiamiento:

a. Régimen de Salud

Anteriormente, la tasa ascendía a 9% de la remuneración mensual del trabajador, repartida en empleador (6%) y trabajador (3%). A la fecha, solamente el empleador es el sujeto obligado a efectuar el aporte a este sistema (9% de la remuneración del trabajador).

Ahora bien, si el trabajador ejerce el derecho de opción, las prestaciones de salud simple o ambulatoria serán proporcionadas por las Entidades Privadas de Salud (EPS) y las complejas por ESSALUD. Empero, en este último caso, las aportaciones también recaen en el empleador: 6.75% a ESSALUD y hasta el 2.25% a las EPS.

b. Régimen de Pensiones

Al igual que el sistema de salud, antes la tasa ascendía a 9% de la remuneración mensual del trabajador, repartida en empleador (6%) y trabajador (3%), y todos los aportes se realizaban al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). Con las reformas operadas en el sistema de pensiones, este régimen es financiado por el trabajador: actualmente 13% en el SNP y que es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP); y, 8% para la jubilación, un porcentaje variable por el seguro de invalidez, sepelio y sobrevivencia y las comisiones de las AFP en el SPP. A la fecha, el porcentaje promedio total de aportación en el SPP es de 11.19%.

c. Régimen de Riesgos Laborales

En casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el empleador -en el anterior sistema, también era el único sujeto que financiaba este régimen- es el que debe realizar aportes a ESSALUD y/o EPS para los riesgos de salud y a las compañías de seguros u ONP para los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Los porcentajes son variables dependiendo de la actividad de la empresa, el número de trabajadores asegurados, los índices de siniestralidad, etc.

2. Sistemas financieros

En términos generales, se pueden distinguir los siguientes sistemas de financiamiento en la Seguridad Social:

a. El sistema del reparto

Este sistema supone una distribución inmediata de las cotizaciones sociales en las diversas prestaciones que la Seguridad Social brinda en un período determinado, de tal manera que no se produce una necesaria capitalización de las cotizaciones -no existe un capital de reserva-, dado que lo recaudado se relaciona íntimamente con las necesidades que se cubren.

Este sistema es la más clara muestra de la solidaridad financiera, hay solidaridad generacional e intergeneracional; por ejemplo, para las prestaciones de enfermedad e invalidez el grupo de aportantes y beneficiados coinciden, pero no para las prestaciones de maternidad, pensiones y sobrevivencia. En este caso, es necesaria la existencia de "rotación" generacional para financiar las generaciones.

b. El sistema de capitalización

Ese sistema importa una inversión de las cotizaciones de tal manera que existen intereses y dividendos acumulados por las inversiones que se realicen, siendo una fórmula de financiamiento de largo plazo. El peligro que conlleva este sistema es la devaluación. Este sistema suele ser utilizado para las pensiones con renta vitalicia.

El nuevo SPP, prevé un sistema de capitalización individual puro, siguiendo al modelo chileno. Empero, continúa manteniéndose el régimen de reparto en el SNP, el mismo que no tiene fecha de término, en consonancia con la libertad de elección que tienen los trabajadores.

c. El sistema mixto

Llamado también de prima escalonada. En virtud de este sistema, se crean reservas formadas por un porcentaje de las cotizaciones. Un porcentaje se invierte en atender las prestaciones durante un período determinado y otro se destina para la capitalización, pueden variarse las primas gradualmente - "reactualizarlas" para lograr períodos de "equilibrio"¹⁷. Así, en función al número de aportantes y beneficiados, se regulan las cotizaciones a la Seguridad Social. La OIT recomienda este sistema para la implementación de pensiones en países en vías de desarrollo.

Lo trascendente es la redistribución de los recursos entre quienes los tienen y los que no los tienen en un determinado período, entre las generaciones presentes y las futuras, cuando menos para garantizar las condiciones mínimas de vida¹⁸.

Este es el sistema adoptado por el Perú para el SNP, las pensiones han evolucionado de 3% al 11% hasta llegar al 13% de la remuneración. Como destaca Marcos Rueda¹⁹, el aporte o prima debía elevarse paulatinamente y crearse un fondo de reserva para las pensiones futuras; empero, este fondo es reducido e, inclusive, desde mediados de 1994, también se destina para el pago de las pensiones.

Ahora bien, sobre el SNP, la ONP ha creado una planilla única que solamente busca atender los pagos por pensiones, dejándose de lado la capitalización, e implementado un Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para el pago de pensiones.

ESSALUD debía contar con periódicos estudios actuariales en cada uno de los regímenes que administra además de tener balances anuales sobre su presupuesto. Asimismo, se prevé que los recursos de ESSALUD son intangibles y que no pueden ser destinados para fines distintos salvo que se presenten causas excepcionales y justificadas que permitan la desviación de los fondos por períodos temporales y con posterior reposición incluyendo los intereses correspondientes.

Las reservas del IPSS debían ser utilizadas para los diversos regímenes que administraba, siguiendo a la Ley 24786, teniendo en consideración criterios como la seguridad del valor real, la mayor rentabilidad posible, la liquidez y el equilibrio financiero, el beneficio socioeconómico y el beneficio de los asegurados. Para ello, se debían realizar previamente estudios que garantizaran una rentabilidad efectiva no menor a la mayor tasa de interés de los depósitos bancarios. Además, por una norma del año 1992, se indicó que el IPSS debe invertir, cuando menos el 50% de las reservas, en moneda extranjera.

Bajo este marco, en el esquema peruano, hasta antes de las reformas de la Seguridad Social, los diversos regímenes generales y especiales tenían base solidaria y redistributiva pero sin mayores niveles de coordinación, sin que existieran estudios sobre la población protegida -edades relevantes como las de ingreso, jubilación y fallecimiento; cargas familiares; etc.-; evaluaciones sobre las inversiones realizadas o características de los seg-

mentos comprendidos; análisis de los factores macroeconómicos -como la PEA, el PBI, la inflación, etc.-, el índice de salarios, etc.²⁰; elaboración de estudios actuariales y balances financieros; etc.

3. Naturaleza jurídica de las cotizaciones

Existen ciertas dificultades para definir el ámbito jurídico aplicable para las cotizaciones que se realizan a la Seguridad Social. En nuestro ordenamiento jurídico, se ha debatido mucho sobre la naturaleza jurídica de los aportes a ESSALUD, AFP, SNP y la legislación también ha tratado este tema. Seguidamente, exponemos el actual esquema aplicable a las aportaciones a la Seguridad Social.

a. Aportes al Sistema Privado de Pensiones

En primer lugar, debemos realizar una evaluación de las principales características de los aportes efectuados a una AFP a fin de compararlas luego con aquellas que identifican al concepto de tributo, que a pesar de no hallarse precisado en nuestro Código Tributario peruano, es materia de análisis por parte de la doctrina tributaria en general.

Los aportes efectuados por trabajadores dependientes o independientes a las diversas AFP son detracciones que los propios trabajadores afiliados realizan a su remuneración a fin de obtener los beneficios brindados por dichas entidades, referidos básicamente a pensiones de jubilación, sobrevivencia, gastos de sepelio e invalidez. El trabajador afiliado mantiene así un vínculo de obligatoriedad con la entidad que percibe sus aportes, puesto que la ley lo determina de ese modo. Tales aportes ingresan a formar parte -junto con otros conceptos más- de la Cuenta Individual de Capitalización que pertenece exclusivamente al aportante, y ésta a su vez del Fondo de Pensiones que cada AFP administra.

Tal como lo señala Héctor Villegas en su obra "Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario"²¹, serán tributos aquellas "prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines". Es en este contexto que determinaremos si los aportes efectuados por los trabajadores pueden ser considerados como tributos o no.

El primer elemento que caracteriza a todo tributo es su condición de prestación otorgada en dinero. En el

¹⁸ ALONSO OLEA, Manuel y José TORTUERO PLAZA. "Instituciones de la Seguridad Social". Madrid, Civitas, 1995. p. 37.

¹⁹ MARCOS RUEDA, Eduardo. "Los sistemas de pensiones: tres momentos en la seguridad social peruana". En: AA.VV. VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNMSM. Lima, 1996. p. 689.

²⁰ FAJARDO CRIVILLERO, Martín. "Seguridad Social ¿individual o solidaria?". En: AA.VV. Op. Cit. "VI Congreso Peruano ...", Op. Cit. p. 653.

²¹ VILLEGAS, Héctor. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1990. p. 48.

caso específico de los aportes realizados a las AFP, se puede apreciar este elemento.

Un segundo elemento que debemos tomar en cuenta a efectos de poder calificar a estos aportes como tributos es la creación de éstos a través de una norma de derecho material.

Si verificamos el análisis expuesto en los párrafos precedentes concluiríamos que sería posible asimilar la naturaleza jurídica de estos aportes a la que corresponde a un tributo. Empero, existen aún dos elementos esenciales que no hemos analizado y que podrían desestimar nuestra conclusión.

El concepto de tributo, además de precisar el carácter dinerario de la prestación y el nacimiento del mismo a partir de una norma de derecho material, hace referencia al ente que se encargará de recaudar dichas prestaciones y destinarlas después al cumplimiento de sus fines: el Estado. Así, el Estado se convierte en el acreedor tributario de aquellas deudas que surgen con los particulares al materializarse el hecho imponible - conducta por la cual se impondrá el tributo-, contando con todas las facultades previstas por la legislación para exigir el cumplimiento de las obligaciones por parte de éstos.

En el caso concreto de los aportes efectuados por los trabajadores a las AFP, éstos no son recaudados efectivamente por el Estado -a través de organismos destinados para ello- ya que ingresan directamente a un fondo administrado por cada una de las AFP. Así, no es el Estado -o Gobierno Central para ser más específicos- el que percibirá dicha suma de dinero, lo hará una entidad particular, con autonomía financiera y económica

Ahora bien, si el hecho de que una entidad particular sea el acreedor tributario pareciera exceder el ámbito del concepto "tributo", y por ende resultaría imposible asimilar los aportes materia de estudio con dicho término -y todo lo que éste implica jurídicamente-, ¿qué naturaleza jurídica podríamos otorgarles? Ingresamos entonces al tema de fondo: la parafiscalidad.

El término "parafiscalidad" ha sido descrito por autores en el Derecho Tributario. Uno de ellos es el brasileño Geraldo Ataliba que lo enuncia como "la atribución por la ley de capacidad para ser sujeto activo -o acreedores tributarios- de tributos, que recaudan en beneficio de sus propias finalidades -entiéndase por ello finalidades de utilidad pública- personas diversas del Estado"²².

Ante ello, nos preguntamos: ¿qué sucede entonces con la finalidad de aquellos ingresos?, ¿acaso los aportes efectuados por los trabajadores no son parte de sus

propias cuentas de capitalización y brindan, además, rentabilidad a las AFP?

La discusión en torno a este tema se centra en determinar la razón por la cual se considera como tributos aquellas detracciones efectuadas por empresas que no forman parte del Estado y que a través de una norma determinada -creada obviamente por dicho ente- se convierten en acreedores tributarios. Aquí surgen dos problemas:

- (i) Cómo vincular la finalidad misma del tributo -esto es, lograr la satisfacción de necesidades públicas inherente al Estado con aquella que "particularmente" busca cualquier entidad privada -en este caso, las AFP-.
- (ii) Determinar si en nuestra legislación se permite señalar como acreedor tributario a un ente que no tiene vinculación alguna con el Estado, por ser una entidad privada.

La respuesta al primer tema podría enfocarse de la siguiente manera: el Estado tiene gran cantidad de obligaciones que cumplir ante la ciudadanía en general. inherentes a su condición de ente supremo. Por ello, es posible delegar aquellas funciones que pueden considerarse secundarias, tales como la salud o, como en este caso, la previsión social a favor de los trabajadores.

Las instituciones que se encargarán de desempeñar tales labores, podrán ser entes ligados al ámbito estatal o tal vez empresas privadas. Lo relevante es que se le atribuya mediante ley la capacidad para ser sujetos activos de tributos, puesto que, con dichos ingresos, podrán brindar a la comunidad servicios adecuados.

Esto es lo que sucede básicamente en el caso de las AFP: entidades privadas a las cuales se les permite recaudar tributos en beneficio de sus propias finalidades: brindar pensiones de jubilación y sobrevivencia, gastos de sepelio e invalidez a sus afiliados.

Veamos el segundo tema: el surgimiento de nuevos acreedores tributarios que no encuadran en la definición que contiene el Código Tributario peruano al respecto.

Si verificamos lo establecido por el artículo 4 del Código Tributario podremos apreciar que éste precisa claramente los entes capaces de formar parte de la obligación tributaria como acreedores: el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales son acreedores de la obligación tributaria, así como las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigne esa calidad

expresamente. Aquí surge entonces un problema, puesto que a pesar de haber asimilado la categoría de “tributos” propiamente dichos a aquellos parafiscales, no es posible incluirlos como tales en nuestro ordenamiento jurídico, pues finalmente, esta diferencia que existe entre ambas definiciones -acreedor tributario distinto a aquellos que la norma contempla- lo impide.

Por ello, a pesar de que doctrinariamente existe la posibilidad de considerar aquellos tributos parafiscales como “tributos propiamente dichos”, existe un impedimento que cierra las puertas a esta figura para no formar parte de nuestro sistema tributario.

b. Aportes efectuados a la EPS (salud) y al seguro de riesgo laboral (compañías de seguros)

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (LMSSS), ha creado a las EPS, esto es, aquellas empresas o instituciones públicas o privadas distintas de ESSALUD que tendrán como única finalidad prestar servicios de atención para la salud, sea con infraestructura propia o de terceros. Además, se incluye en este análisis los aportes del empleador a las compañías de seguros por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), en la cobertura de invalidez y sobrevivencia.

Las EPS son elegidas por los mismos trabajadores de aquellas empresas que consideran contar con sus servicios. Una vez suscrito el convenio con la EPS elegida, el empleador deberá aportar a favor de dicha institución un porcentaje de la alícuota establecida para las aportaciones al sistema de salud -9%- , ascendente a un porcentaje no mayor a 2.25 % en total.

El problema básicamente surge al tratar de determinar si tales aportes -la alícuota de 2.25%- correspondientes a las EPS por los servicios que brindan se pueden asimilar a la categoría de tributos. Estos aportes son de similar naturaleza a aquellos efectuados a las AFP: tributos parafiscales. Esta conclusión puede también aplicarse a las compañías de seguros que brindan prestaciones por el SCTR.

Así, sabemos que tales “contribuciones” cumplen con casi todos los requisitos de los tributos: prestaciones dinerarias que no constituyen sanción por la realización de algún acto ilícito, creados por una norma de derecho material y con una finalidad pública determinada - que es supervisada por el Estado-: prestar servicios de atención para la salud a los trabajadores. Como puede apreciarse, hemos dejado para el final el tema del acreedor tributario, pues allí la definición de “tributo” propiamente dicha pierde su esencia en casos como estos.

Los aportes efectuados por los empleadores a la EPS y compañías de seguros por el SCTR son recaudados directamente por éstas, entidades privadas que no

forman parte de aquellas señaladas directamente por la norma tributaria nacional como “acreedores tributarios”: el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y aquellas entidades públicas con personería jurídica propia”. Ahora bien, ello no impide que podamos incluir este tipo de aportes percibidos por otras entidades en una clasificación que la doctrina ha establecido: tributos parafiscales, denominados así porque la gran diferencia que los aparta de aquellos “tributos” propiamente dichos es la calidad de sus acreedores: entidades públicas o privadas que perciben dichos ingresos para sustentar sus finalidades.

Así, estaríamos ante misma conclusión que la descrita para las AFP.

c. Aportes a ESSALUD (salud) y ONP (pensiones)

Para realizar el análisis de estas aportaciones, primero debemos precisar las funciones que identifican plenamente a estas dos entidades y su naturaleza. El IPSS era una entidad de derecho público con personería jurídica interna que tenía como labor fundamental la administración de los regímenes de Prestaciones de Salud y Prestaciones Sociales, recaudando y fiscalizando las aportaciones efectuadas por los empleadores así - tal como lo establecían los artículos 1 y 2 inciso a) y c) de la Ley 24786, respectivamente -.

A la fecha, ESSALUD, es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al MTPE, con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable, y que concentra su atención en la prestación del seguro en salud y otros seguros de riesgos humanos (artículo 1 de la Ley 27056).

Por otro lado, la ONP se encarga fundamentalmente de calificar, reconocer, otorgar y pagar derechos pensionarios del SNP con arreglo a ley, recaudando los aportes al SNP. Es, además, una entidad de derecho público con personería jurídica interna, tal como lo establece el artículo 1 de su estatuto, aprobado por Decreto Supremo 61-95-EF.

Así, conociendo las actividades que las entidades descritas desarrollan podemos analizar las características propias de cada uno de los aportes que se efectúan.

En primer lugar, aquellos aportes que por concepto de Régimen de Prestaciones de Salud otorga ESSALUD a los trabajadores, ascienden al 9% de la remuneración asegurable -en el caso de los afiliados regulares en actividad-, y es sólo de cargo del empleador, así como al 4% de la pensión de los afiliados regulares pensionistas. A ello, debemos agregar los pagos -de ser el caso- por el SCTR.

Por otra parte, la ONP percibe como aportaciones -a cargo del trabajador- el 13% de la remuneración

asegurable de los trabajadores que hubieran optado por este sistema. Por dicho aporte, los trabajadores, al jubilarse, percibirán mensualmente una cantidad determinada como pensión de jubilación, sobrevivencia, invalidez, etc. Además, la ONP, cuando ofrezca el servicio, recibe los aportes del empleador por el SCTR.

Ahora bien, tales aportes efectuados tanto por los empleadores como por los trabajadores cumplen con todos los requisitos esenciales que caracterizarían a un tributo: en ambos casos son prestaciones dinerarias, creadas a través de una norma de derecho material, no constituyen sanción por la realización de un acto ilícito y fundamentalmente están orientadas a satisfacer necesidades que el Estado está asumiendo como suyas, puesto que ha creado para el otorgamiento de tales beneficios entidades que pertenecen al ámbito público.

Entonces, las aportaciones a ESSALUD y ONP son tributos. Actualmente tenemos la referencia específica en el Código Tributario. En efecto, la norma II del Código Tributario prevé que "Las aportaciones que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS- y la Oficina de Normalización Previsional -ONP- se rigen por las normas de este Código, salvo aquellos aspectos que por su naturaleza requieran de normas especiales, los mismos que serán señalados por Decreto Supremo".

Además, el artículo 14.2 de la Ley 27056 prevé que la administración de las aportaciones al régimen contributivo de la salud se rige por el Código Tributario, de conformidad con la norma II de dicho cuerpo legal.

Veamos ahora las notas específicas de los mismos. Para ello, podemos utilizar lo expuesto en el Código Tributario. Esta norma define al impuesto como «... el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado». Por su parte, señala que la contribución es «... el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales». Finalmente, define a la tasa como «... el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente».

Ante estas definiciones, los pagos a ESSALUD y ONP -de cargo del empleador, cuando se trata del SCTR- revisten la calidad de impuestos ya que el empleador, como contribuyente, no obtiene beneficio ni recibe del Estado un servicio público. En efecto, las prestaciones de seguridad social que generan el pago de las aportaciones a ESSALUD y ONP son realizadas en favor de

los trabajadores, y no en favor del empleador, no existiendo beneficio para el empleador ni una contraprestación directa de cargo del Estado que se efectúe con motivo o como consecuencia de ese pago, y que nos lleve a pensar que puedan constituir contribuciones o tasas.

Reconocida doctrina avala esta posición, entre la que podemos citar al tratadista Dino Jarach²³, quien con respecto a la naturaleza de los aportes y contribuciones de seguridad social, señala que «... creemos inexacto el concepto de que se trate de contribuciones especiales por tratarse de impuestos sobre sueldos y salarios y sobre el monto de las remuneraciones pagadas al personal, respectivamente», agregando que «... el criterio clasificatorio por el cual los aportes y contribuciones de seguridad social deberían considerarse como contribuciones especiales no merece aceptación, por razones de definición, ya que para nosotros la contribución especial tiene como característica el beneficio diferencial que el contribuyente obtiene de una obra pública o de una actividad estatal. La disociación entre las obligaciones esperadas pero sujetas a término y a condiciones, nos induce a aceptar la naturaleza de impuestos para dichas obligaciones tributarias».

Concluimos, por tanto, que las cotizaciones a ESSALUD y ONP -de cargo de los empleadores- constituyen, conforme a la legislación vigente, impuestos.

Por otro lado, las cotizaciones a la ONP que realizan los trabajadores para efectos previsionales (SNP), calificarían como contribuciones, en la medida que los trabajadores que efectúan los aportes son quienes se benefician de los mismos al obtener la respectiva pensión de jubilación. En esta línea, existe un beneficio directo para los trabajadores aportantes por el pago mensual de las cotizaciones a la ONP.

VIII. RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

La administración de la Seguridad Social ha tenido radicales variaciones en los últimos años. Seguidamente, exponemos la administración peruana en la Seguridad Social.

1. Administración estatal, privada o mixta, y administración general o por contingencias

En términos generales, la administración, en mayor o menor grado, recae en el Estado. Como apunta Almansa Pastor²⁴, el Estado es el administrador de la Seguridad Social, mediante una administración directa o indirecta, con órganos propios o supervisados por éste.

²³ JARACH, Dino. "Finanzas Públicas y Derecho Tributario". Reimpresión de la primera edición. Buenos Aires, 1983. p. 252.

²⁴ ALMANSA PASTOR, José. Op. Cit. p. 148.

Por ello, lo relevante es que exista un sistema de entidades entrelazados orgánicamente. La unidad de gestión permite una mejor planificación, dirección, coordinación, organización, control y la economía en los gastos de la administración²⁵.

La administración tradicional de la Seguridad Social recaía en el IPSS que era el organismo del Estado, similar al Banco de Previsión Social uruguayo -autónomo, reconocido por la Constitución de 1979 y de gobierno colegiado-, que atendía todas las necesidades y contingencias que se cubrían para el régimen general y para la mayoría de los regímenes especiales. Empero, con las reformas operadas en nuestro sistema jurídico y atendiendo al principio de subsidiariedad que supone que el Estado debe delegar la administración y solamente encargarse de cubrir las contingencias que no pueden ser administradas por entes privados, la administración se ha dispersado enormemente.

No se observa el principio de unidad de la Seguridad Social en el actual ordenamiento peruano. Existen varios organismos gestores y entes administrativos -supervisores o no-, pero no necesariamente existen coordinaciones, normas sistemáticas e integradas en un núcleo administrativo ni, mucho menos, en palabras de Ermida Uriarte, una planificación indicativa que caracteriza al principio de unidad de la seguridad social²⁶.

En efecto, se aprecia que, actualmente, la administración recae en ESSALUD -salud-, en las EPS -supervisadas por la SEPS, para la salud privada-, en la ONP -pensiones públicas-, en las AFP -pensiones privadas- y su ente supervisor y en las compañías privadas de seguros -riesgos laborales-. A ello, deben agregarse los regímenes especiales del Estado -como las cajas de pensiones de los militares-.

Más todavía, los riesgos de salud son administrados por ESSALUD que depende del MTPE. Las EPS son controladas por la SEPS, que depende directamente del Ministerio de Salud. Los riesgos previsionales públicos están a cargo de la ONP que depende del Ministerio de Economía, así como la SBS que supervisa los fondos previsionales privados.

Antes el IPSS era la institución donde se resumía el principio de unidad de la Seguridad Social. Su máximo órgano, el Consejo Directivo, estaba integrado por un órgano tripartito: representantes de trabajadores, empleadores y del Estado, siendo estos últimos los que lo presiden.

Con la Ley 27056, ESSALUD cuenta también con un Consejo Directivo que está integrado por tres representantes del Estado, tres representantes de los

empleadores y tres representantes de los trabajadores. Este órgano es quien dirige ESSALUD, aprueba los balances generales así como el presupuesto anual, dicta las políticas generales en concordancia con la política nacional de salud, etc.

Siguiendo otros sistemas, como el argentino, las facultades administrativas -concretamente la fiscalización- que tienen ESSALUD y la ONP fueron asumidas por la SUNAT en el mes de julio de 1999. Más todavía, en la Carta de Intención al Fondo Monetario Internacional, el Perú había manifestado que deseaba trasladar parte de las funciones administrativas de ESSALUD a la SUNAT.

2. Administración privada de los fondos de pensiones

a. Administradoras de fondos de pensiones

Las AFP son empresas privadas, constituidas como sociedades anónimas, dentro del régimen privado, y cuya finalidad es la administración e inversión de los aportes previsionales de sus afiliados así como la administración y entrega de los beneficios que reporta el sistema previsional. Tienen un solo objeto social: la administración de fondos de pensiones. A diferencia del sistema argentino, las AFP se encargan directamente de cobrar los aportes al SPP.

Ahora bien, la productividad de las AFP no está relacionada directamente con los resultados de las inversiones que se realizan por los aportes previsionales, sino que se derivan de los pagos por comisiones -calculadas sobre la remuneración del trabajador- que efectúan los afiliados por la administración e inversión de los fondos previsionales y, por ello, en última instancia, la rentabilidad de la AFP estará supeditada, principalmente, al monto de las remuneraciones de los afiliados, el número de afiliados y la relación entre afiliados y aportantes²⁷.

Las principales actividades de las AFP en el sistema peruano son las siguientes:

- (i) Administración de la Cuenta de Capitalización Individual. De las aportaciones que se realizan por jubilación y seguro de invalidez y sobrevivencia, las AFP deben administrar e invertir adecuadamente tales aportaciones y obtener los mayores índices de rentabilidad.
- (ii) Inversión de los Fondos Previsionales. Debidamente supervisadas, las AFP tienen una serie de posibilidades para realizar inversiones en los diversos instrumentos financieros autorizados por la SBS.

²⁵ RENDÓN VÁZQUEZ, Jorge. "Derecho de la Seguridad Social". Lima, Tarpuy, 1992. p. 75.

²⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. "Autonomía, descentralización y participación". En: Revista de Direito do Trabalho. No. 59. Sao Paulo, 1986. p. 46.

²⁷ AA.VV. Reformas a los Sistemas de Pensiones en Argentina, Chile y Perú. Santiago, 1996. p. 176.

- (iii) Otorgar y administrar los beneficios previsionales. Una vez que el trabajador se jubile u ocurran las contingencias que originan el pago del seguro de invalidez y sobrevivencia, las AFP deben cumplir con sus respectivas prestaciones y aceptar la modalidad de jubilación que elija el trabajador.

Todas estas actividades están supervisadas por la SBS, organismo creado especialmente para este fin, y que se financia con los aportes -que tienen carácter tributario- que realizan las propias AFP.

- b. Obligatoriedad, libre elección, competencia y transferencias

La relación jurídica de la Seguridad Social se constituye *ope legis*, por mandato legal imperativo y automático²⁸. En este sentido, todos los trabajadores dependientes deben estar incorporados en uno de los dos regímenes de Seguridad Social que se aprecia en el ordenamiento jurídico peruano.

Existe un pleno sistema de libre elección, respecto del sistema previsional: los trabajadores pueden optar por incorporarse al SPP o al SNP voluntariamente al inicio de la relación laboral y, en caso de optar por el SPP, elegir la AFP que estimen conveniente. Las normas establecen que los trabajadores tienen 10 días, desde el inicio del contrato de trabajo, para indicar al empleador si están afiliados -o deseen afiliarse- al SNP o SPP.

Actualmente, salvo expresión en contrario del trabajador, el empleador debe afiliarlo al SPP cuando se inicia la relación laboral. Durante la relación laboral, el trabajador afiliado al SNP puede optar por incorporarse al SPP, inclusive -según un pronunciamiento de la SBS- esta posibilidad está permitida en los casos de suspensión de la relación laboral.

Hasta el 31 de mayo de 1996 fue posible la desafiliación del SPP y el retorno de los trabajadores al SNP si se trataba de varones mayores de 55 años de edad y de mujeres mayores de 50 años o, si con independencia del número de aportaciones, el trabajador no tuviera derecho al bono de reconocimiento²⁹.

Por otro lado, es importante advertir que las AFP deben, necesariamente, afiliarse al trabajador sin que puedan limitar el acceso del trabajador estableciendo requisitos no previstos por la SBS. Más todavía, las AFP pueden hasta ser sancionadas con la cancelación de su licencia de funcionamiento si no cumplen con afiliarse a los trabajadores. Para la afiliación, se suscribe el

contrato de afiliación, que es una suerte de contrato con cláusulas generales, que contiene los principales derechos y obligaciones del trabajador y de la AFP. Con la afiliación, el trabajador recibe un Código Único de Identificación del SPP (CUSPP).

Un problema -compartido por los países latinoamericanos- que debe ser resuelto lo constituye el alto nivel de trabajadores informales o "cuentapropistas" y los trabajadores independientes. A este nivel, los índices son altos pero las tasas de afiliación mínimas. En este sentido, se deberían efectuar reformas para incorporar sistemas normativos que permitan el acceso a la Seguridad Social de tales trabajadores, teniendo en cuenta el carácter expansivo de la Seguridad Social y que los límites del Derecho Laboral están cambiando de sitio³⁰. Entre estas medidas, están los mecanismos eficaces de fiscalización -actualmente, el MTPE podría efectuar directas fiscalizaciones a los empleadores, si se suscribe un convenio con las AFP-, la imposición de remuneraciones mínimas o máximas asegurables, etc.

Con relación a los traspasos de AFP, es factible siempre y cuando el trabajador acredite seis aportaciones mínimas consecutivas al SPP, abone los gastos del traspaso, comunique a la AFP que abandona con anticipación y se observen los demás requisitos previstos en las normas previsionales.

IX. FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ESTADO

1. Función reguladora

En la medida que la Seguridad Social es definida como el conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, y que tienden a la protección general de toda situación de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas³¹, resulta trascendente tratar sobre las funciones y responsabilidades del Estado.

No existe una unidad gestora con una pluralidad de entes, dado que las funciones están repartidas en órganos que gozan de autonomía: ESSALUD, ONP, AFP, compañías de seguros y EPS y entes reguladores como la SEPS y la SBS.

A la fecha, la participación de los trabajadores en la administración de la Seguridad Social solamente apa-

²⁸ ALMANSA PASTOR, José. Op. Cit., p. 258.

²⁹ No obstante ello, a la fecha de término de redacción de este artículo, el Congreso ha aprobado un Proyecto de Ley que, hasta el 31 de julio de 2005, permite la libre desafiliación de los trabajadores del SPP al SNP siempre que, de acuerdo a las normas del SNP, puedan obtener una pensión de jubilación.

³⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas protegidas, asegurados y beneficiarios". En: AA.VV. Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AIBDTSS y ANAM. México, 1997. p. 648.

³¹ ALONSO OLEA, Manuel y José TORTUERO PLAZA. Op. Cit. p. 38.

rece regulada por ESSALUD, en la medida que participan en el Consejo Directivo, aunque con poca incidencia en las importantes decisiones que se toman. En los demás entes, la administración o es pública -SBS, SEPS, ONP- o es privada -AFP, compañías de seguros, EPS-

Lo más relevante -y novedoso- del sistema son los entes reguladores. Una de las reformas más importantes que se aprecia en el sistema económico peruano es la creación de los entes reguladores: SUNASS (saneamiento), OSIPTEL (telecomunicaciones), OSINERG (electricidad), SUNAT (tributos y aduanas), etc. han sido creados para regular la prestación de servicios públicos que realizan entes privados.

De la mano con la privatización y el retiro del Estado en la prestación de diversos servicios públicos, se crearon diversos entes reguladores del Estado para controlar la prestación de tales servicios por parte de los entes privados. Los entes estatales, que tienen la calidad de "Superintendencia" u "Organismo", reemplazaron a la participación del Estado en la prestación de servicios públicos por medio de diversas empresas e instituciones.

Ahora bien, siguiendo a Almansa Pastor, podemos decir que las entidades gestoras son los entes públicos instrumentales de los que se vale el Estado para desarrollo de la Seguridad Social³². En este marco, la SBS (pensiones) y la SEPS (salud) son instituciones autónomas novedosas en las que existe una tutela administrativa sobre los agentes públicos y privados de gestión; la supervisión plena del sistema corresponde al Estado por medio de la SBS y la SEPS.

2. Funciones controladora y ejecutora

A través de diversos organismos, el Estado controla y regula el cumplimiento de los objetivos y principales dispositivos en materia de Seguridad Social. Para ello, ESSALUD y la ONP se encargan de emitir normas sobre salud y pensiones públicas, respectivamente, y la SBS y SEPS sobre pensiones y salud privadas, respectivamente.

La SBS y SEPS son organismos autónomos pero no tienen nivel constitucional. Empero, las normas que regulan su funcionamiento, les confieren plena responsabilidad para regular, controlar e intervenir en el sistema privado previsional y de salud.

Así, la SBS y SEPS se encargan de brindar autorizaciones, información a los afiliados, controlar y fiscalizar las inversiones que se realizan, apreciar las atenciones que brindan las EPS y AFP a los afiliados, sancionar los

incumplimientos a las normas imperativas, etc. Por su parte, ESSALUD y la ONP tienen similares funciones de control, administración y ejecución en los sistemas públicos de salud y pensiones.

Finalmente, como apunta Schwarzer³³, dentro del sistema previsional privado -también aplicable al sistema de salud privada-, siempre debe existir una regulación estatal dado que debe regular, supervisar y garantizar el sistema previsional privado.

Seguidamente, describamos como ejemplo a la seguridad social en salud. Actualmente, en diversos países de la región existe una sola entidad reguladora de la salud que se encarga de garantizar y proteger adecuadamente el servicio de salud con la finalidad de mejorar la calidad de las prestaciones y los servicios, contener los costos administrativos y operativos, y de mejorar la eficacia y eficiencia de los programas de salud. Entre estos países se encuentran: Argentina (Superintendencia de Servicios de Salud), Colombia (Superintendencia Nacional de Salud) y Paraguay (Superintendencia de Salud), por lo general estas entidades son organismos adscritos al Ministerio de Salud con personería jurídica cuyo objeto es el de regular y controlar a los actores del sector, y asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación de la salud de la población.

En nuestro país, existen propuestas referidas a la creación de una Superintendencia Nacional de Salud (SNS) encargada de autorizar, regular y supervisar, con facultades sancionatorias y coactivas, el adecuado funcionamiento de las entidades que prestan servicios de salud con infraestructura propia o de terceros.

Así las cosas, el ámbito de supervisión de la SNS versaría sobre el funcionamiento de las entidades que prestan servicios de salud, llámense: establecimientos de salud, servicios médicos de apoyo cualquiera sea su naturaleza o modalidad de gestión, profesionales en medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada a la salud, empleadores, entidades que prestan servicios de salud prepagos y entidades financieras de prestaciones de Seguridad Social con infraestructura propia o de terceros.

X. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

Como hemos visto, existe una desconcentración funcional a tal extremo que no se produce todos los deseados niveles de coordinación entre las entidades que se encargan de regular las diferentes áreas de actuación de la Seguridad Social tales como la fiscalización, el concepto de remuneración asegurable, los cruces

³² ALMANSA PASTOR, José. Op. Cit. p. 166.

³³ SCHWARZER, Helmut. "Los sistemas de jubilaciones en América Latina". En: Revista Asesoría Laboral No. 75. Lima, marzo de 1997. p. 17.

de información necesaria para determinar los aportes, los fraudes, etc. En la seguridad social en salud es donde, tal vez, se presenten las mayores distorsiones administrativas.

Pese al mandato del Decreto Ley 19990, Ley del SNP, no se produjeron estudios actuariales ni se realizaron inversiones que permitieran conservar en términos reales el fondo de reserva creado especialmente para el futuro. Las rentas netas, que debían ser, cuando menos, la tasa de interés del sistema financiero a plazo fijo menos los gastos de administración, nunca se alcanzaron. A título ilustrativo, una de las inversiones realizadas fue en el sector inmobiliario; sin embargo, políticas como los bajos alquileres o las ventas a asegurados a ESSALUD que tuvieron gruesa morosidad causaron el fracaso de las inversiones.

En un interesante estudio³⁴, se prevén reales problemas de financiamiento de los sistemas previsionales antiguos, en la medida que el nivel de las aportaciones está disminuyendo en relación inversamente proporcional al número de jubilados de tal manera que, si no se realizan reales estudios actuariales, no se mejoran los sistemas de inversión de los montos aportados, no se reducen los índices de evasión, no se establece una disciplina fiscal respecto de los montos recaudados, entre otras medidas, el sistema estatal previsional (SNP) colapsaría. Tales estudios actuariales y estadísticos deben tomar en consideración las

relaciones entre los trabajadores afiliados y pensionistas, las edades de los trabajadores -ingreso al trabajo, jubilación y fallecimiento-, las proyecciones de crecimiento así como la tasa de inflación, la tasa de crecimiento, etc. Sólo de esta manera, se crearán bases sólidas, permanentes y equitativas, adecuadas a las necesidades generales y especiales de la población, con fuentes de financiamiento durable y confiable. Es, pues, necesaria una reforma que contemple todos estos criterios dentro de la reforma del Estado.

Al respecto, el conocido informe del Banco Mundial ha calificado como una "cuestión política fundamental", el establecimiento de pilares múltiples, esto es, un equilibrio entre los sistemas de redistribución pública -financiada con impuestos- y de capitalización privada, que deberán tener una administración y financiamiento independientes, suplementados con aportes voluntarios de los trabajadores³⁵. En este sentido, se propone que el Estado asuma la obligación de financiar la concesión de pensiones mínimas. Las pensiones mínimas existen a nivel del SNP y, en aplicación del principio de igualdad ante la ley, se deberían conferir pensiones mínimas en el SPP.

Pese a ello, lo urgente es la reforma constitucional del Decreto Ley 20530. No tenemos mayor opción: estamos ante una necesaria reforma por los costos que implica, la inequidad que representa, la falta de financiamiento y las reformas del empleo público.

³⁴ BERNEDO ALVARADO, Jorge. "Proceso demográfico y agotamiento de los seguros sociales". En: Revista Análisis Laboral No. 251. Lima, mayo de 1998, p. 21 y siguientes.

³⁵ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Washington, 1994. pp. 270-274.