

¿ESTAMOS PROTEGIDOS EN LA VEJEZ?
Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar

JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ

¿ESTAMOS PROTEGIDOS
EN LA VEJEZ?

Jubilación, deslaboralización y
un modelo para armar



348.861 P17	<p>Paitán Martínez, Javier</p> <p>¿Estamos protegidos en la vejez? Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar / Javier Paitán Martínez; 1a ed. - Lima: Palestra Editores, Fondo Editorial PUCP; 2023.</p> <p>538 p.; 14.5 x 20.5 cm. (Colección Derecho y Trabajo)</p> <p>D.L. 2023-01422</p> <p>ISBN: 978-612-325-318-9</p> <p>1. Pensiones 2. Pensiones a la vejez 3. Jubilación 4. Aspectos legales 5. Perú</p>
-----------------------	--

Colección

**Derecho
y Trabajo**

Comité Editorial

Alfredo Villavicencio Ríos, Elmer Arce Ortíz, Estela Ospina Salinas,
Manuel Gonzalo De Lama Laura, Renato Sarzo Tamayo

¿ESTAMOS PROTEGIDOS EN LA VEJEZ?
Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar
JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ

Palestra Editores: primera edición, febrero 2023

© 2023: Javier Paitán Martínez

© 2023: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© 2023: Pontificia Universidad Católica del Perú
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Impresión y encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E LT. 15 URB. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS
Febrero, 2023

Diagramación: GABRIELA ZABARBURÚ GAMARRA
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2023-01422
ISBN: 978-612-325-318-9

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.



Esta publicación fue sometida
a un proceso de arbitraje externo,
con la finalidad de garantizar
la calidad de su contenido.

Contenido

AGRADECIMIENTOS	13
PRIMER PRÓLOGO.....	15
<i>César Abanto Revilla</i>	
SEGUNDO PRÓLOGO.....	25
<i>Miguel F. Canessa Montejo</i>	
INTRODUCCIÓN.....	49

Capítulo primero

LA JUBILACIÓN

1. Etimología	59
2. Definición.....	61
2.1. La jubilación desde lo laboral.....	62
2.2. La jubilación desde lo previsional.....	67
2.3. La jubilación desde lo social.....	69

Capítulo segundo

LA JUBILACIÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1. La garantía constitucional de la jubilación..... 82
 - 1.1. El derecho humano fundamental a la seguridad social..... 82
 - 1.2. El derecho fundamental a la pensión de jubilación..... 91
 - 1.3. El sistema de pensiones 94
2. La garantía jurisprudencial de la jubilación 98
 - 2.1. La garantía o exigibilidad judicial del derecho a la seguridad social..... 98
 - 2.2. La justiciabilidad de la jubilación desde las resoluciones del Tribunal Constitucional (TC) 100
 - 2.3. La justiciabilidad de la jubilación desde las resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)..... 117
3. La protección de las personas mayores: un desafío pendiente de la jubilación..... 138
 - 3.1. En el ámbito internacional..... 139
 - 3.2. En el ámbito nacional 145

Capítulo tercero

LA JUBILACIÓN EN EL SISTEMA DE PENSIONES PERUANO, EN LOS SIGLOS XIX A XXI

1. Los regímenes jubilatorios en el sistema de pensiones peruano 155
2. El régimen de jubilación contributiva en el sistema de reparto 164
 - 2.1. La previsión social desde mediados del siglo XIX hasta 1936 165

CONTENIDO

2.2. Desarrollo de los seguros sociales en las décadas de 1936 y 1968	181
2.3. La jubilación en el sistema pensional público, al estilo (parcial) de los seguros sociales de Bismarck	207
3. Régimen de jubilación complementaria.....	257
3.1. La jubilación en los regímenes antiguos complementarios	257
3.2. La jubilación en los sistemas pensionales complementarios, a los estilos (parciales) de las mutualidades y de los seguros sociales de Bismarck	262
4. Régimen de jubilación contributiva en el sistema de capitalización individual	269
4.1. La privatización del sistema de pensiones en la década de 1990.....	269
4.2. La jubilación en los sistemas pensiones privados, a los estilos (parciales) de los seguros privados y de los seguros sociales de Bismarck.....	279
5. Régimen de jubilación no contributiva.....	290
5.1. La jubilación en los sistemas pensiones no contributivos, al estilo (incipiente) de la seguridad social de Beveridge	294
6. Régimen de jubilación flexible.....	302
6.1. El régimen de compatibilidades de la pensión con el trabajo.....	304
7. El sistema de pensiones peruano en una encrucijada.....	317
7.1. El problema de los regímenes jubilatorios público y privado en constante competencia, frente a un mercado fragmentado.....	326

7.2. El problema de la cobertura de los regímenes jubilatorios	330
7.3. El problema de la sostenibilidad fiscal de los regímenes jubilatorios	338

Capítulo cuarto

LA DESLABORALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

1. El acceso a la pensión de jubilación en una sociedad en transformación.....	345
1.1. El fenómeno del envejecimiento poblacional moderado del Perú	351
1.2. La jubilación como realidad y problema social en el Perú	359
2. La narrativa hegemónica (laboralización) de la jubilación.....	369
3. La narrativa contrahegemónica (deslaboralización) de la jubilación.....	376
3.1. La autonomía del derecho de la seguridad social frente al derecho del trabajo	376
3.2. La reafirmación de los principios de la seguridad social para el reconocimiento de las pensiones de jubilación.....	382
4. La proclividad de la seguridad social hacia su deslaboralización.....	404
5. La reinención del derecho de la seguridad social en pensiones.....	407

Capítulo quinto

¿CÓMO COMBATIR LA INSEGURIDAD SOCIAL ANTE LA VEJEZ?: UN MODELO MULTIPILAR DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA ARMAR

1.	Nuevas formas de protección social	422
1.1.	Renta Básica Universal	427
1.2.	Sistema de Cuentas Nocionales	432
1.3.	Piso de Protección Social.....	438
1.4.	Sistema Multipilar	444
2.	Un plan de pensiones de jubilación global y multinivel “para armar” en el Perú	454
2.1.	Un repaso de las propuestas de reforma del sistema multipilar de pensiones	455
2.2.	Hacia la implementación del renovado modelo multipilar de pensiones de jubilación en el Perú (deslaboralizado, global y multinivel): ¿Elección o imposición?	485
3.	Retos y desafíos para implementar un modelo multipilar de pensiones	500
3.1.	Promover la cultura previsional o de la seguridad social en el Perú	505
3.2.	Hacia la implementación de políticas de protección social en pensiones	507
3.3.	Buscar fuentes de financiamiento universales	509
	BIBLIOGRAFÍA.....	515

Agradecimientos

A los y las docentes de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), quienes con sus enseñanzas han contribuido en la realización de esta obra. En especial, a los profesores Elmer Arce, César Gonzáles y César Abanto, por su amistad, sus consejos y su apoyo incondicional en el interminable camino del saber jurídico.

A mi familia (en especial, a mis entrañables eternos Alejandro Paitán y Alejandra Martínez), y a todos mis amigos, con quienes trato de poner en práctica la última lección de Bobbio, a fin de proclamar lo siguiente: “que cuente en mi vida estas apreciadas y buenas relaciones humanas”.

Primer Prólogo

Vejez y jubilación: ¿Tiene futuro la seguridad social?

*César Abanto Revilla**

Quisiera empezar agradeciendo a Javier por la enorme gentileza de permitirme esbozar algunas palabras que sirvan de entrada a la lectura de su primer libro en solitario, pues tengo la fortuna de acompañarlo como coautor en más de un texto (ensayos y libros), tanto en temas previsionales como respecto al régimen laboral público. Asimismo, he tenido la oportunidad de haber compartido con él labores profesionales en el Estudio Gonzáles & Asociados, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Oficina General de Asesoría Jurídica) y el Estudio Rodríguez Angobaldo, además de labores académicas durante el desarrollo del curso “Instituciones de la seguridad social”,

* Profesor de Seguridad Social en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la PUCP, UNMSM y USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Red Iberoamericana de Investigadores en Seguridad Social.

en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú, junto al profesor César Gonzáles Hunt y a Daniel Paniura Jiménez.

En todos estos ámbitos, Javier ha demostrado no solo una inagotable necesidad por la búsqueda de nuevos conocimientos, sino una excelencia en la labor de investigación y el desarrollo de los diversos temas sobre los cuales ha escrito. De esta manera, logró, en cierta forma, lo que decía Jorge Luis Borges¹: pensar, analizar, inventar, no son actos anómalos, son la normal respiración de la inteligencia. Por ello, cada uno de sus ensayos es un importante aporte al estudio tanto de la seguridad social como del derecho laboral nacional.

Este libro se pregunta si estamos protegidos en la vejez y la respuesta no podría estar en estos momentos más alejada de lo afirmativo. A partir de esta duda, se postula —entre otras opciones y recomendaciones— a la deslaboralización de nuestro sistema previsional como un paso inicial con el objetivo de lograr la reformulación —deconstrucción, según Javier— del modelo vigente en el que coexisten reparto y capitalización, sin lograr alguno de ellos generar una cobertura suficiente que implique una mayor protección subjetiva.

Como nos recuerda Fajardo², la seguridad social es un mecanismo de protección del ser humano ante las contingencias que se producen durante su vida, las cuales generan una disminución en su capacidad laboral (accidentes, enfermedades, vejez, etc.). Por

¹ Jorge Luis Borges, “Pierre Menard, autor del Quijote”, en *Obras completas 1923-1972* (Buenos Aires: Emecé Editores, 1974), 450.

² Martín Fajardo Cribillero, *Teoría General de Seguridad Social* (Lima: Ediciones Luis Alfredo, 1991), 21.

ello, la seguridad social tiene como finalidad elevar —o, cuando menos, mantener— el nivel económico social de las personas a partir de la redistribución de la renta. El estado de necesidad es una condición insoslayable.

Para cumplir dicho objetivo, se crearon las prestaciones, como las de salud (atenciones médicas o económicas —subsidios— de las contingencias físicas o mentales transitorias de los asegurados, pensionistas y sus familiares), y las pensiones (pago de una suma de dinero periódica que se otorgará luego del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley, que varían de acuerdo con el tipo de pensión: jubilación, cesantía, invalidez, sobrevivientes, etc.). En este caso, nos centraremos en la pensión de vejez.

En el Perú, existe desde finales de 1992 un sistema de pensiones en el que coexisten en paralelo —en aparente competencia— un lado público y uno privado, que tiene sustento en el artículo 11 de la Constitución.

El sistema público, bajo el modelo de reparto colectivo solidario, está conformado por cuatro regímenes: el de los servidores públicos (Decreto Ley N.º 20530, cerrado en el 2004 por la Ley N.º 28389), el de los militares y policías (Decreto Ley N.º 19846, modificado en el 2012 por el Decreto Legislativo N.º 1133), el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N.º 19990), y el de los servidores diplomáticos (Decreto Legislativo N.º 894, reactivado mediante el Decreto Supremo N.º 065-2009-ER). Es administrado exclusivamente por entidades estatales.

El sistema privado, bajo el modelo de capitalización individual, es gestionado a través de empresas particulares (Administradores de Fondos de Pensiones – AFP) que están supervisadas y fiscalizadas por el Estado a través de la Superintendencia de Banca, Seguros

y AFP. Fue concebido preliminarmente en 1991³, pero recién el 6 de diciembre de 1992 el Decreto Ley N.º 25897 lo desarrollará como lo conocemos hoy en día.

Si bien cada uno de estos subsistemas ha tenido que enfrentar en diversos momentos de nuestra historia problemas específicos como la hiperinflación, los cambios de moneda, o el uso indebido de los fondos y reservas previsionales durante la década de los ochenta, en la actualidad, ambos padecen dificultades comunes: la informalidad laboral, el impago de los aportes y el financiamiento de la vejez, que es materia de análisis en este libro.

La vejez es un hecho natural que tiene incidencia jurídica, en especial, en el campo de la seguridad social. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)⁴, a lo largo de las primeras décadas del siglo XXI, la población peruana registrará un proceso acelerado de envejecimiento: en cuanto a las personas de 60 años y mayores, su participación se elevará de 12.7% (4 140 000) en el 2020 a un 30.1% (11 877 000) en el 2070. En paralelo, la tasa de crecimiento poblacional disminuirá a un 1.7% (2015-2025), debido a la reducción del promedio de hijos por mujer.

Cabe recordar que, si bien la esperanza de vida al nacer en el Perú —para el quinquenio 2020-2025— es de 79.8 (mujer) y 74.5 años (hombre), las nuevas Tablas de Mortalidad aplicables al Sistema Privado de Pensiones⁵ estiman que una persona sana que

³ Decreto Legislativo N.º 724 que, al estar supeditado a los parámetros de la Constitución de 1979, no llegó a ser implementado.

⁴ Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], “Nota de prensa”, *INEI*, 21 de junio de 2019.

⁵ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS], *Proyecto de Actualización de Tablas de Mortalidad aplicables al SPP. Preguntas y respuestas* (Lima: SBS, año), 6.

al 2022 tuviera 65 años vivirá hasta los 90.8 (mujer) y 87.5 años (hombre). Considerando el avance acelerado de la longevidad en la actualidad, es muy probable que estas variables aumenten cada cinco años.

Esta situación debe complementarse con un fenómeno que se está desarrollando en los últimos años a nivel mundial: la búsqueda de extender la vejez (longevidad).

En efecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) revisó en junio de 2018 la Undécima Edición de su “Clasificación Internacional de Enfermedades”, incluyendo en el listado a la “vejez” —bajo el código MG2A— por primera vez en su historia. Esto activó una pregunta inmediata: si es una enfermedad, ¿puede tener cura?

Para la OMS —desde la biología—, la vejez es la consecuencia de la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, lo que lleva a un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedades, y, finalmente, la muerte; sin embargo, ello no implica que todos los adultos mayores sufrirán enfermedades, serán frágiles o dependientes, pues los cambios no son lineales ni uniformes y su vínculo con la edad suele ser relativo.

Pero esta hipótesis no es nueva. En el 2013, fue creada por Google en Estados Unidos de Norteamérica, el startup “California Life Company” (Calico) para estudiar el proceso de envejecimiento⁶. En su equipo, cuentan con la reconocida bióloga molecular Cynthia Kenyon, quien, a principios de los noventa, lideró un equipo que realizó experimentos con el gusano *caenorhabditis ele-*

⁶ Revisar www.calicolabs.com.

gans y, al generar mutaciones en su gen DAF-2, lograron duplicar su tiempo de vida.

Muchos años antes, en 1939, un equipo de la Universidad Cornell (Ithaca, Nueva York), liderado por Clive McCay, consiguió prolongar la vida de ratas de laboratorio al reducir las calorías de su dieta. De esta forma, logró que vivan un 33% más que los roedores promedio.

En 1982, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) celebró la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, tratando de buscar un consenso sobre el avance de este problema, pues una transformación demográfica de magnitud tendría profundas repercusiones en todos los aspectos de la vida de las personas. Dos décadas después, en el 2002, se suscribió el “Plan de Acción de Madrid” centrado en tres ámbitos: i) las personas de edad y el desarrollo; ii) el fomento de la salud y el bienestar en la vejez; y iii) la creación de un entorno propicio y favorable. Por primera vez, los gobiernos han aceptado vincular el envejecimiento a otros marcos del desarrollo social y económico, y a los derechos humanos, pero las interrogantes continúan aún sin una respuesta.

Más allá de los eventuales ajustes —para arriba o para abajo— que sufran estas dinámicas demográficas, el envejecimiento de la población continuará en el Perú y el mundo, lo cual generará implicancias para el entorno económico que incidirán en el empleo y en la seguridad social. Por ello, resulta necesario y urgente replantearse los mecanismos que se vinculan a la jubilación con miras a implementar una reforma que permita que sea sostenible financieramente en el tiempo, e inclusiva en lo social (género) y geográfico. Para ello, resultan fundamentales las propuestas que Javier explora y desarrolla a lo largo de este libro, pues si en el pa-

sado se necesitaban 20 años de aportes previsionales para acceder a una jubilación (en el sistema público: Decreto Ley N.º 19990) que iba a durar unos 15 a 20 años en promedio, ¿cuánto años tendemos que aportar para financiar una vejez que se extenderá por 40 a 50 años más? Las matemáticas no engañan.

A lo largo de cinco capítulos en los cuales se analiza a la jubilación desde perspectivas y argumentos teóricos, constitucionales, legales y jurisprudenciales, pasando revista por la regulación normativa que ha atravesado desde el siglo XIX hasta la actualidad, Javier nos lleva a evaluar su propuesta de deslaboralización del sistema pensionario del Perú como alternativa razonable en la búsqueda de generar un mayor acceso de beneficiarios a pensión de jubilación, mecanismo indispensable para combatir la falta de seguridad social en la vejez. Ello pasaría necesariamente por un proceso de reforma en el que se incluya al modelo multipilar como pieza central de una anhelada protección social integral.

Podemos intentar recurrir a soluciones inmediatas y obvias, como aumentar la edad de acceso a la jubilación de 65 a 70 o 75 años⁷, o incrementar los años de aportación en los regímenes que así lo prevén⁸; sin embargo, ambas son medidas temporales y poco viables desde lo político, pues generarían un rechazo social masivo

⁷ Contraviniendo la tendencia mundial de aumento de la edad jubilatoria, el año pasado se dictaron las Leyes N.º 31301 y 31332 que redujeron a 50 años la edad para jubilarse bajo la modalidad adelantada en el Sistema Nacional y las modalidades Anticipada Ordinaria (JAO) y del Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (REJA) del Sistema Privado, lo que nos parece un sinsentido si consideramos que la Ley N.º 30490 señala que una persona será considerada un adulto mayor a partir de los 60 años de edad, es decir, 10 años después del baremo fijado en las citadas normas.

⁸ También, en contra de esta opción, la citada Ley N.º 31301 ha restituido en el Sistema Nacional la pensión reducida del artículo 42 del Decreto Ley N.º 19990,

que seguramente llevaría a su pronta derogación⁹. Lo cierto es que ningún mecanismo que pretenda en la actualidad del Perú —que afronta una informalidad laboral de casi 75%— condicionar la pertenencia de una persona a un régimen de pensiones como consecuencia de contar con una relación laboral formal (un contrato de trabajo) tendrá éxito. Posiblemente, podríamos tener oportunidad de una mayor cobertura imponible solo con la vinculación del aporte al impuesto al consumo (IGV), y con que un porcentaje de todas las compras o pagos de servicios que realicen quienes no están afiliados a un régimen vaya a una cuenta previsional individual que se active desde que uno nace utilizando nuestro documento de identidad a manera de registro de contribuyente¹⁰.

La palabra “jubilación” deriva del hebreo “yobel” (jubileo o alegría), que era el nombre de una fiesta solemne que los antiguos israelitas celebraban cada cincuenta años —siguiendo una ley de Moisés— en que los campos no se cultivaban, los esclavos recuperaban la libertad y las tierras expropiadas retornaban a sus dueños. Paradójicamente, se relaciona esta festividad con un mo-

denominándola ahora proporcional y sujetándola a solo 10 o 15 años de aportación, según la modalidad.

⁹ Como ocurrió con la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes, propuesta en el 2012 por la Ley N.º 29903, que fuera derogada 2 años después por la Ley N.º 30237.

¹⁰ Esta alternativa, junto a otras como el copago de contribuciones, el capital semilla o la cobertura de salud, figura en el Anteproyecto de Ley Marco de creación del Sistema Integrado Universal de Pensiones propuesto por la Comisión Especial Multipartidaria encargada evaluar, diseñar y proponer el Proyecto de Ley para la reforma integral del Sistema Previsional Peruano (Proyecto de Ley N.º 7042/2020-CR), que fuera presentado al Pleno del Congreso de la República el 3 de febrero de 2021. Este postulaba expresamente asumir un sistema multipilar con un componente central de capitalización combinada y conjunta, entre lo colectivo y lo individual. Hasta la fecha, no ha sido materia de debate ni de evaluación.

mento penoso, pues al jubilarse una persona deja de ejercer una actividad remunerada y se retira del mercado laboral para percibir una prestación que —con suerte— representará un 40% de sus ingresos, a lo que se suma, como alertamos, la (altamente) probable ausencia de recursos dinerarios suficientes para su sostenibilidad financiera en el tiempo. La protección, en dicho escenario, suena más a una quimera.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, deconstrucción implica el “deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual” con el fin de elaborar una nueva figura o institución. Desde nuestra perspectiva, lo que está aconteciendo desde hace muchos años en el Perú respecto del sistema de pensiones, en lo público y privado, con las normas de retiro de fondos de las AFP, reducción de la edad y años de aportación, y otras medidas similares, es más bien una destrucción del modelo previsional, lo que solo generará más desprotección en la población.

La seguridad social debe propender a la atención mayoritaria de las necesidades básicas de la colectividad dentro de las posibilidades económicas y financieras del país —puesto que, de lo contrario y sin los ajustes radicales en la estructura actual previsional, todo proyecto nacerá condenado a muerte—, y plantear un esquema de competencia entre pilares públicos y privados sujetos a formas de financiamiento, tasas de aportes, y demás instituciones esenciales distintas. Definir el sistema adecuado es un trabajo complejo, que dependerá de una decisión política, pero el camino para llegar a asumir determinado modelo está supeditado a factores económicos,