

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La obligatoriedad del aporte del trabajador independiente: Una propuesta necesaria para la reforma del sistema pensionario peruano

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado que presenta el bachiller:

Gino Elvio Rivas Caso

Asesor:

César Abanto Revilla

Lima, 2016

A mis padres, por todo su esfuerzo y amor



ÍNDICE

Índice	iii
Abreviaturas y Siglas	x
Introducción	1
Capítulo I: Marco general. Seguridad Social, Trabajador Independiente y justificación del aporte obligatorio	6
1. Seguridad Social	6
2. Derecho Pensionario	13
2.1. Derecho Pensionario peruano y su singularidad	13
2.2. Marco jurídico fundamental de los sistemas de pensiones en el Perú	17
3. El Sistema de Pensiones en el Perú: la dualidad pública-privada	20
3.1. Sistema Privado de Pensiones	20
3.1.1. Aportes, comisiones y tipos de fondos de inversión	21
3.1.2. Clases de pensiones	23
3.2. Sistema Nacional de Pensiones	24
4. El trabajador independiente	26
4.1 Definición integral y categorizaciones relevantes	26
4.2 Definición específica: el trabajo independiente por cuenta propia	28
4.2.1 Ausencia de regulación laboral – Regulación civil del trabajo independiente por cuenta propia	30
4.2.2 La definición económica-fiscal del trabajador independiente	33
4.3 Principales características del trabajador independiente por cuenta propia	35
4.3.1 La asignación inicial de suma cero	35

4.3.2	La irregularidad y no predictibilidad de ingresos	38
4.3.3	La alta incidencia de la actividad informal en los independientes	39
5.	La obligatoriedad del aporte	40
5.1.	Alcance de la obligación de aportar – Trabajadores dependientes	40
5.2.	Definiciones relevantes	44
5.3.	Justificación de la obligatoriedad del aporte	46
5.3.1.	Justificación del aporte directo en el Derecho Pensionario peruano	47
5.3.2.	Justificación del aporte directo obligatorio en el Derecho Pensionario peruano	49
5.4.	Posturas contrarias a la obligación de aportar	51
5.4.1.	Posturas que cuestionan las propias bases del concepto de Seguridad Social	51
5.4.2.	Posturas que cuestionan la naturaleza directa del aporte pensionario	53
5.5.	La justificación del aporte obligatorio del trabajador independiente	54
 Capítulo II: Análisis histórico del tratamiento legal del trabajador independiente en el Derecho Pensionario peruano		 57
1.	Introducción y esquematización	57
2.	Trayecto histórico de las normas de seguro social	57
2.1.	La Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío de 1850	58
2.2.	La Ley N° 8433, Ley de Seguro Social Obligatorio (1936)	60
2.3.	La Ley N° 13724, Ley del Seguro Social del Empleado (1961)	65
2.4.	El Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones	68

(1973) – Régimen previo a la instauración del SPP	
3. La estructura bifurcada histórica del sistema pensionario a la luz de la naturaleza de los trabajadores	70
3.1. Marco histórico – Orígenes y estructura de los seguros sociales alemán y español	71
3.1.1. Marco histórico del origen del Seguro Social Obligatorio alemán	71
3.1.2. El Seguro de Retiro Obrero español (1919)	75
3.2. La influencia de las disposiciones extranjeras en el Régimen del Seguro Social Obrero peruano	81
3.2.1. Las influencias presentes en la elaboración de la Ley N° 8433	81
3.2.2. La construcción del Régimen del Seguro Social Obrero y su funcionamiento sesgado	84
3.2.3. Balance de la Ley N° 8433 y la situación de los trabajadores independientes no obreros	90
3.3. La migración del concepto de “Obrero” a “Empleado” y la exclusión de los trabajadores independientes de la regulación pensionaria	92
3.3.1. El régimen de Salud del Empleado	95
3.3.2. El régimen de Seguro Social del Empleado	97
3.4. El Decreto Ley N° 19990 y la regulación pensionaria para independientes	99
3.5. La Propuesta de la SAFP (1999)	101
3.6. La opinión de la Comisión Técnica de la Ley N° 28991 (2007)	104
4. Conclusiones	107
Capítulo III: Análisis empírico de la Ley N° 29903: Propuesta trunca de implementar la obligatoriedad del aporte pensionario para el trabajador independiente	109

1. Introducción	109
2. La Ley N° 29903: El intento de integrar a los independientes al sistema pensionario peruano	110
2.1. Propuesta e implementación inicial en 2013	111
2.2. Impacto, segundo intento de implementación (2014), consecuencias y derogación parcial	115
3. Alcance real de la Ley N° 29903	120
3.1. La Ley N° 29903 y su extensión en cifras	120
3.2. El rol de la informalidad	123
3.2.1. Definiciones necesarias	124
3.2.2. Causas de la informalidad en los trabajadores independientes: Ruta de escape	126
4. Análisis del rechazo de la incorporación obligatoria de los independientes al sistema pensionario	128
4.1. La falta de cultura de ahorro previsional	129
4.1.1. Definición de la FCAP	131
4.1.2. El verdadero alcance de la FCAP	135
4.1.3. Paternalismo estatal: la FCAP como justificación de un sistema pensionario obligatorio	138
4.1.4. Sustento empírico: El caso de los trabajadores dependientes	141
4.2. Las verdaderas causas del fracaso de la reforma pensionaria	144
4.2.1. Sector objeto de la Ley N° 29903: Imposibilidad de escape = enfrentamiento	145
4.2.2. Causa de forma: El sesgo de <i>status quo</i> y el impacto de una reforma percibida como negativa	147
4.2.3. Causas de fondo: La excesiva onerosidad del aporte y la ausencia de beneficios tangibles	151
5. Conclusiones	154

Capítulo IV: La obligatoriedad del aporte para los independientes por cuenta propia: Un análisis teórico a la luz del derecho comparado latinoamericano	158
1. Introducción	158
2. Obligatoriedad del aporte para independientes – Experiencias en derecho comparado latinoamericano	158
2.1. Costa Rica: Subsidio estatal	160
2.2. Argentina: El Monotributo	163
2.3. Brasil: El caso del Microemprendedor Individual	167
2.4. Chile: Obligatoriedad en proceso de implementación	170
2.5. Apreciaciones	174
3. Análisis teórico-estructural de la parcialmente derogada Ley N° 29903	178
3.1. Síntesis de la estructura de la Ley N° 29903 y de sus disposiciones relativas a la obligatoriedad del aporte para independientes	178
3.2. Crítica a la Ley N° 29903	182
3.2.1. Insuficiencia de regulación: La errada incorporación de los independientes al régimen general de los trabajadores dependientes	183
3.2.2. El empleo de un esquema de aporte inadecuado para los independientes.	185
3.2.3. El empleo de un esquema de aporte oneroso – comparación con el aporte del trabajador dependiente	187
3.2.4. La ausencia de disposiciones relativas a la informalidad	192
4. Elementos a tener en cuenta para la estructuración correcta de la obligatoriedad del aporte para independientes	194
4.1. La informalidad	194

4.1.1. La ilusoria fuerza del mandato a aportar	195
4.1.2. La necesidad de crear un régimen tolerable	197
4.2. La incidencia del sistema mixto optativo (SNP o SPP)	198
5. Conclusiones	199
Capítulo V: Bases para la implementación de una propuesta funcional y adecuada de obligatoriedad del aporte para independientes	201
1. Lineamientos de un régimen pensionario obligatorio para Independientes (por cuenta propia)	201
1.1. Delimitación de los trabajadores independientes obligados	202
1.1.1. Delimitación según ingresos	202
1.1.2. Delimitación según edad	204
1.2. Régimen especial para trabajadores independientes, su contenido, y su articulación con el régimen general	205
1.3. Segmentación según ingresos, aporte y medidas específicas	207
1.3.1. Segmento de ingresos bajos y medios: Aporte fijo y cobertura indirecta de salud	209
1.3.2. Segmento de ingresos medios-altos y altos: Alícuota y esquema de aporte adecuado	216
1.4. Régimen especial y aplicación gradual	219
1.5. Justificación constitucional del régimen especial	220
2. Proyecto legislativo	226
3. Colofón	230
Conclusiones	231
Bibliografía	235
Libros y Artículos	235
Jurisprudencia	255

Disposiciones normativas internas	255
Disposiciones normativas extranjeras	259
Agradecimientos	262



ABREVIATURAS Y SIGLAS

AFP: Administradora(s) de Fondo de Pensiones
EIRL: Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
FCAP: Falta de cultura de ahorro previsional
INEI: Instituto Nacional de Estadística e Informática
MYPE: Micro y Pequeña(s) Empresa(s)
OIT: Organización Internacional de Trabajo
ONG: Organización(es) no gubernamental(es)
RMV¹: Remuneración Mínima Vital
RUC: Registro Único de Contribuyente
SBS: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP
SNP: Sistema Nacional de Pensiones
SPP: Sistema Privado de Pensiones
TUU: Texto Único Ordenado
UIT: Unidad Impositiva Tributaria

¹ Desde el 1 de mayo de 2016, equivalente a S/. 850.00. Ello, según el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, publicado el 31 de marzo de 2016. Hasta antes de dicha fecha, la RMV equivalía a S/. 750.00.

INTRODUCCIÓN

En el Perú, son más de 8 millones de personas² las que trabajan de manera independiente, es decir, que desempeñan labores sin relación de dependencia alguna. La gran mayoría de ellas³ no se encuentran afiliadas o incorporadas a un régimen de pensiones (público o privado). Esta situación difiere sobremanera con el marco legal pensionario para los trabajadores dependientes, quienes sí se encuentran obligados a integrarse a un régimen previsional.

No obstante, sucede que no existe ninguna razón o justificación válida para que un grupo de trabajadores (dependientes) esté integrado a regímenes pensionarios y otro grupo no (independientes). Las contingencias son propias del ser humano, y no discriminan si una persona trabaja como dependiente o independiente.

Esta realidad ha sido aprehendida y aceptada por el Estado. Así, por Ley N° 29903, se intentó extender el manto de la obligatoriedad del aporte con fines pensionarios a (determinados) trabajadores independientes. No obstante, dicha propuesta fue rechazada por la mayoría de los independientes, quienes se opusieron de forma contundente contra el esquema que planteaba la mencionada ley.

En ese contexto, la presente tesis busca determinar las razones por las cuales no existe un marco pensionario común —en cuanto a su obligatoriedad— para todos los trabajadores, sean dependientes o independientes. Así, nuestra hipótesis se conforma por tres elementos, a saber:

- Razón Histórico-Jurídica: En progresión histórica, las normas pensionarias nunca tuvieron una real consideración de los trabajadores independientes.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Encuesta Nacional de Hogares*. Lima: INEI, 2014.

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Nota de Prensa N° 120. Lima, 2014, p. 1.

Así, el trayecto de los seguros sociales en el Perú inició con un régimen que declaraba la obligatoriedad del aporte de los trabajadores independiente. No obstante, dicho régimen trabajaba sobre caracteres y lineamientos propios de relaciones de subordinación (relación laboral). Esto derivó en que la inclusión de los trabajadores independientes nunca se cristalizara en la práctica. La ineficacia funcional derivó en que las siguientes normas dejaran de lado al trabajador independiente.

- Razón Empírico-Jurídica: Los trabajadores independientes rechazan la obligatoriedad del aporte debido a la percepción de una reducción notoria en su patrimonio sin contraprestación o compensación (inmediata o cercana) a cambio.

Se considera a la falta de cultura de ahorro previsional como la principal causa que motivó el abierto rechazo a la reforma pensionaria de 2012, y por consiguiente su fracaso. No obstante, dicha carencia también se encuentra presente en los trabajadores dependientes, quienes toleran la obligatoriedad del aporte solo por la existencia de un mandato legal.

Debe tenerse en cuenta que este intento de implementación de obligatoriedad de afiliación y aporte del trabajador independiente a un régimen pensionario implicaba una afectación a una realidad presente desde hace más de 70 años. Más aún, la forma *abrupta* de su implementación significó una manifestación contraproducente del sesgo del *status quo* (*status quo bias*), pudiendo haberse, por el contrario, aprovechado dicho escenario para contribuir a una implementación exitosa.

- Razón Teórico-Jurídica: El marco normativo pensionario actual adolece no es apto o idóneo para regular la obligatoriedad del aporte de los trabajadores independientes. Así, existen problemas en cuanto a (i) el esquema y cálculo del aporte del trabajador independiente; y (ii) la noción de una real contraprestación por parte del sistema a cambio del dinero aportado.

Nuestra hipótesis se demuestra a partir del correspondiente análisis histórico, empírico y teórico del marco jurídico sobre el que se construyen los regímenes pensionarios. Y es que sucede que el tema de los trabajadores independientes no puede ser analizado limitándose a un plano estrictamente teórico-jurídico. Se requiere, en realidad, aprehender la parte más “viva” y empírica del problema.

Ello se debe al hecho de que sólo entendiendo la realidad fáctica (social, económica y jurídica) de los trabajadores independientes, sus percepciones y juicios, se podrá construir un sistema pensionario que los obligue a afiliarse y aportar sin que sea objeto de enfrentamiento y rechazo de parte de ellos mismos.

En ese orden de ideas, otro aspecto muy importante pasa por analizar el fenómeno de la informalidad y la incidencia que tiene ésta en el eventual alcance de cualquier intento de obligar al conjunto de trabajadores independientes a afiliarse y realizar aportes pensionarios. Podemos ir adelantando que cualquier intento de integrar a los independientes será estéril, en la práctica, si es que carece de disposiciones dirigidas a lograr que éstos no sean reacios a cruzar la barrera de la informalidad e integrarse al sistema legal, aceptando la imposición de obligaciones con fines pensionarios.

Sobre todo ello, la tesis se divide en cinco capítulos. En el primero, se hace un desarrollo del marco teórico sobre el cual se desenvuelve la materia específica de análisis. Este marco teórico, en tal sentido, no se limita a los conceptos globales (empero, necesarios) presentes siempre al hablar de pensiones, sino que también se enfoca en la justificación que existe para establecer un régimen obligatorio. Esto último es especialmente importante, puesto que, como veremos, en el Perú no existe propiamente una Seguridad Social (universal y solidaria), pues nuestro marco pensionario se conforma por la convivencia de un régimen público con uno privado.

En el segundo capítulo, se hace un análisis del trayecto histórico de las normas pensionarias en el Perú. En realidad, la primera norma de Seguridad Social es una

que, influenciada por la experiencia española y alemana, inicia un régimen de obligatoriedad para un sector de trabajadores (obreros), sin importar si eran dependientes o independientes. En la práctica, no obstante, dicha norma resultaba inadecuada para lograr implementar el aporte de los independientes, por lo que no se produjo una real aplicación de la misma para dicho grupo. Luego de ello, las posteriores normas excluyeron al independiente, cimentando así un *status quo* con más de 70 años de respaldo histórico.

El tercer capítulo, se enfoca en el análisis empírico de la situación del independiente. Así, se estudia el alcance que tuvo (momentáneamente) la Ley N° 29903. Sobre ello, se realiza una evaluación de las razones por las cuales dicha norma fue rechazada y, por lo tanto, derogada en cuanto a la obligatoriedad de la afiliación y el aporte; encontrando que no fue la falta de cultura de ahorro previsional la responsable de dicha derogación, sino que la misma se debe a la errada manera de implementación, y a la imposición de un esquema muy oneroso y carente de contraprestación alguna, bajo la perspectiva de los independientes.

En el cuarto capítulo, realizaremos un análisis crítico de la Ley N° 29903. Luego, procederemos a determinar los principales factores a tener en cuenta para la elaboración de un régimen de afiliación y aporte obligatorio (para pensiones) para los trabajadores independientes.

Finalmente, en el último capítulo, y sobre la base de las conclusiones extraídas en los capítulos anteriores, se establecerán los lineamientos que debe tener en cuenta cualquier futura norma dirigida a lograr que los independientes acepten la obligación de afiliarse y aportar para una futura pensión. En ese sentido, se presentará también una propuesta de proyecto de ley que incorpore obligatoriamente los trabajadores independientes en un régimen pensionario.

Podríamos señalar que, en cierto modo, la tesis hace un análisis del pasado (segundo capítulo), presente (tercer y cuarto capítulo) y futuro (quinto capítulo) de los trabajadores independientes, en relación con los regímenes pensionarios. Sólo

aprehendiendo lo construido por el pasado y la realidad del presente es posible lograr proyectar una política a futuro que logre integrar a los independientes dentro del marco pensionario.

Para finalizar esta introducción, es pertinente señalar que la presente tesis busca configurarse como un (humilde) aporte práctico a una realidad que debe ser tratada con urgencia y no posponerse. El trabajador independiente en el Perú es uno que, en la mayoría de los casos, se encuentra en un estado de inseguridad y vulnerabilidad. Es necesario iniciar, de manera progresiva, las políticas necesarias para lograr su integración al Derecho Pensionario; sólo de esa forma podremos comenzar a hablar de un verdadero sistema previsional en nuestro país.



CAPÍTULO I:

MARCO GENERAL. SEGURIDAD SOCIAL, TRABAJADOR INDEPENDIENTE Y JUSTIFICACIÓN DEL APORTE OBLIGATORIO

En el presente capítulo, se hará una exposición y desarrollo de los principales conceptos sobre los que se trabajará en los siguientes capítulos. Se busca presentar una definición resumida, concisa y adecuada de:

- La Seguridad Social, como concepto genérico.
- El Derecho Pensionario Peruano.
- El marco legal pensionario en el Perú.
- El trabajo independiente.
- La justificación de la obligatoriedad del aporte.

De igual manera, se hará una presentación y desarrollo del marco pensionario peruano en relación a dos enfoques:

- Según la obligatoriedad o no obligatoriedad del aporte a un fondo de pensiones.
- Según la naturaleza pública o privada del encargado de administrar el fondo de pensiones.

El desarrollo de los conceptos referidos, reiteramos, se hace con el objeto de presentar el escenario jurídico sobre el cual se desenvuelve la presente investigación.

1. Seguridad Social

La Seguridad Social puede definirse como un sistema de protección para todas las personas frente a los riesgos o hechos determinados que se presenten a lo largo de su vida. Estos riesgos derivan en escenarios que afectarán, de forma directa

(temporal o permanente), su capacidad para trabajar y, de forma indirecta, el sustento económico para la persona y sus respectivos dependientes.

Para llegar hasta este mecanismo de protección, basado en la universalidad (subjetiva y objetiva) y la solidaridad, el ser humano ha atravesado por diversas etapas (ahorro individual, asistencialismo, beneficencia, mutualismo y seguro social) a lo largo de su propia historia, desde la Era Antigua hasta la Edad Moderna.⁴

La Seguridad Social inicia, como concepto, en 1942, a través del informe Beveridge.⁵ Éste constituyó un proyecto de seguro social obligatorio para Gran Bretaña. El mismo planteaba un seguro de alcance universal, y que contase con el apoyo estatal para los sectores más desfavorecidos.

En esa línea, la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en Filadelfia en el año 1944, señala que “la Seguridad Social engloba el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallen expuestos”.⁶

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional tiene el siguiente concepto de Seguridad Social:

La seguridad social es la garantía constitucional que expresa por excelencia la función total del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese

⁴ Para mayor información, *cfr.* GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

⁵ BEVERIDGE, William. *Social insurance and allied services*. s/l: 1942. Texto disponible en: <http://www.sochealth.co.uk/public-health-and-wellbeing/beveridge-report/>
Consulta: 10 de agosto de 2015.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo*. Filadelfia: Organización Internacional de Trabajo, 1944.

de empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial [...].⁷

De acuerdo a Hermes Ahumada, los riesgos objeto de confrontación por parte de la Seguridad Social pueden clasificarse en tres tipos:⁸

- Riesgos sociales derivados de la naturaleza humana. Estos se refieren a aquellas contingencias propias de la condición biológica del hombre. Así, éstos pueden manifestarse como enfermedades, vejez, la maternidad (en caso de la mujer), etc.
- Riesgos sociales derivados de la profesión u oficio. Éstos tratan sobre aquellos supuestos que tienen origen en la labor que desarrolla el hombre dentro de su campo de trabajo. Así, éstos pueden ser enfermedades profesionales, accidentes laborales, o consecuencias que nacen de la carencia de trabajo.
- Riesgos sociales derivados de la complejidad de la sociedad contemporánea. Son los que nacen debido a los caracteres propios de nuestra sociedad actual. Así, las personas ahora buscan satisfacer necesidades culturales, así como educativas y educativas-técnicas.

Frente a dichas contingencias, la Seguridad Social aparece como herramienta de protección, cuyo objetivo es elevar y salvaguardar el nivel de vida de la persona. Esto se logra por medio de la redistribución de la renta. Así, “[e]s la seguridad social, la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para adoptar los recursos de los individuos y de sus

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los expedientes acumulados N° 0050-2004-PI/0051-2004-PI/ 0004-2005-PI/0007-2005-PI/ y 0009-2005-PI, fundamento 54.

⁸ AHUMADA PACHECO, Hermes. *Manual de Seguridad Social*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 13.

familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo”.⁹

A efectos de cumplir con su objetivo, la Seguridad Social cuenta con un patrimonio, por definición, autónomo e independiente del Estado. Cabe señalar que los caracteres de esta autonomía se determinan en función a la naturaleza (pública, privada o mixta) de la actividad de administración de las pensiones. Este patrimonio autónomo se conforma, en principio, por las cotizaciones de los afiliados, los aportes del estado, acciones, intereses, frutos, productos, etc.¹⁰ Sobre ello:

En esencia, la seguridad social es un inmenso aparato financiero, que tiene ingresos y egresos propios de su actividad (recibe cuotas de los asociados y paga las atenciones y pensiones a que está obligada), pero no se trata solamente de que lo que recibe por un lado lo gasta por el otro. Por el contrario, sus recursos suelen ser invertidos de diversas formas para obtener rentabilidad y con ella financiar su operación.¹¹

La Seguridad Social emplea su patrimonio para manifestarse de dos formas distintas: prestaciones de salud y prestaciones en metálico (pensiones).¹²

Debemos señalar que la Seguridad Social es un concepto plurifacético, que puede ser definido y desarrollado en función a diferentes puntos de partida. Así, Martí Buffil ejemplifica esto señalando que la Seguridad Social puede ser:¹³

- Un derecho, desde el punto de vista del hombre.
- Un factor de solidaridad, desde la sociología.
- Un servicio público, desde el punto de vista estatal.
- Un factor de redistribución de riqueza, desde la economía.

⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis. “La nueva fase del desarrollo del pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”. En *Relaciones Laborales*. Madrid, año 17, Segundo Semestre de 2001, p. 48.

¹⁰ ALMANZA PASTOR, José. *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 544-546.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 117-118.

¹² APARICIO TOVAR, Joaquín. *La seguridad social y la protección de la salud*. Madrid: Civitas, 1999, p. 93.

¹³ MARTÍ BUFFIL, Carlos. *Derecho de la seguridad social. Las prestaciones*. Madrid: Diana Artes Gráficas, 1964, p. 25.

Debido a su pertinencia, nos enfocaremos únicamente en la acepción de Seguridad Social asignada por el Derecho.

En Derecho, teniendo en cuenta en específico a la doctrina y jurisprudencia peruana,¹⁴ la Seguridad Social cuenta con un conjunto de principios fundamentales. Observemos:

- Principio de universalidad. Tiene dos vertientes, la subjetiva y la objetiva. La primera, consiste en que la totalidad de los ciudadanos debe formar parte del sistema de Seguridad Social, de tal forma que todos contribuyen a su mantenimiento y continuación financiera. Esto deriva en que sean abarcados no sólo los trabajadores dependientes, sino también los independientes, los desocupados (hayan o no cotizado), los derechohabientes de los anteriores, y los empleadores.

La universalidad tiene un carácter progresivo y secuencial, en la medida que el incremento de la cantidad de personas protegidas por la Seguridad Social se logrará de forma gradual, a la par del incremento de los recursos financieros suficientes para su consecución.

La segunda vertiente, se refiere a que la Seguridad Social se enfoca en cubrir todas las contingencias que los individuos pueden sufrir. Este proceder se hace manteniendo equilibradas las necesidades y los ingresos, sin importar si éstos últimos provienen directamente del que sufre la contingencia. Al igual que en el supuesto anterior, la cantidad de contingencias protegidas por la Seguridad Social se logrará de forma gradual, a la par del incremento de los recursos financieros suficientes para su consecución.

¹⁴ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo. “El principio previsional de la sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional”. En *Ius et Veritas*. Lima, Año 18 (2008), N° 36, pp. 312-327.

- Principio de solidaridad. Se refiere a que toda la población debe participar, directa o indirectamente, en el financiamiento del sistema. Esta participación se hace sin derecho a exigir una contraprestación inmediata específica, es decir, sin más que la expectativa de recibir protección cuando suceda una contingencia.

El principio de solidaridad puede definirse como la otra cara del principio de universalidad.¹⁵ Éste propone que el sistema de Seguridad Social alcance a todos, aquél propone que el sistema de Seguridad Social sea subvencionado por todos.

Tradicionalmente, el principio de solidaridad se manifiesta como el sacrificio de los jóvenes respecto de los ancianos, de los sanos respecto de los enfermos, de los trabajadores respecto de los desempleados, de los que no tienen carga familiar respecto de los que sí, etc.¹⁶

Sobre ello, el principio de solidaridad cuenta con dos vertientes: la solidaridad intergeneracional y la solidaridad intrageneracional. La primera se refiere al soporte que hace la generación que se encuentra en edad laboral respecto de las necesidades de los que ya son pensionistas. Se produce, así, un recambio generacional.

La solidaridad intrageneracional, por contraparte, se refiere a que los asegurados realizan sus aportes a un fondo común, indisoluble e integrado. Esto deriva en que un afiliado no pueda reclamar la devolución de sus aportes, por cuanto los mismos dejaron de existir como sumas individuales, disolviéndose en un ente patrimonial distinto.

¹⁵ CALVO LEÓN, Jorge Iván. “Principios de Seguridad Social”. En *Revista Jurídica de Seguridad Social*. San José, 1998, N° 8, p. 34.

¹⁶ *Ibidem*.

Este principio es *esencial* para la Seguridad Social. Es indispensable para aquélla.¹⁷ La solidaridad provee el patrimonio financiero de dicho mecanismo.

- Principio de unidad. Consiste en que el Estado es el encargado de otorgar y administrar y gestionar de forma integrada las entidades y prestaciones de la Seguridad Social. La unidad debe entenderse de forma integral y adecuada. No se refiere a que el Estado deba, necesariamente, entregar las prestaciones de Seguridad Social, pues ello puede realizarse también a través de entidades privadas. En este último caso, deberá regular el sistema y supervisar su eficaz funcionamiento.
- Principio de equidad. Este principio consiste en que (i) los que reciben beneficios lo hacen porque efectivamente requieren de los mismos; y (ii) los que aportan al sistema deben recibir dichos beneficios, cuando corresponda, como contrapartida de sus aportes, de forma tal que no se establezcan distinciones en criterios impropios con la naturaleza de la Seguridad Social. Toyama ejemplifica este principio como uno tal que impediría supuesto alguno de fijación de grados de atención y preferencia según la cantidad de aporte.¹⁸
- Principio de calidad. Éste se refiere a que la atención de los asegurados debe ser la mejor posible dentro de los recursos limitados con los que cuenta la Seguridad Social. Esto, naturalmente, se realiza teniendo en consideración el principio de equidad, procurando que no existan afiliados privilegiados en perjuicio de los demás.

En conclusión, la Seguridad Social puede resumirse como un (i) sistema de protección social frente a (ii) riesgos determinados (provenientes de la naturaleza biológica humana, del oficio, o de los propios de la sociedad contemporánea). Este

¹⁷ PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Estudios de la seguridad social*. Montevideo: FCU, 1999, p. 408.

¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Principios de Seguridad Social”. En AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley, 2008, p. 601.

sistema se caracteriza por (iii) contar con un patrimonio autónomo e independiente del Estado, empleándolo para proporcionar (iv) prestaciones de salud o dinero en metálico (pensiones). El sistema se caracteriza por los siguientes (v) principios: universalidad, solidaridad, unidad, equidad y calidad.

Para finalizar, la Seguridad Social es un elemento importante sobremanera en la estructura política, social, económica y jurídica de un país.¹⁹ La gestión política que se haga sobre el mismo puede generar consecuencias de gran magnitud no sólo en el fisco (ahorro o pérdida de recursos estatales), sino también en la sociedad y en la apreciación que tiene ésta sobre la legitimidad del gobierno de turno.

Sobre esta base, procederemos a hacer un desarrollo de los seguros sociales que existen hoy en día en el Perú. Primero, los seguros consistentes en prestaciones de salud; y segundo, los seguros consistentes en prestaciones en metálico, denominados pensionarios.

2. Derecho Pensionario

2.1. Derecho Pensionario y su singularidad

La instauración de nuevas políticas económicas en el Perú respecto al específico subcampo de las pensiones dentro de la Seguridad Social ha derivado en que éste se haya visto informado de nuevos caracteres, lineamientos y estructuras. Así, Abanto plantea que se ha producido la *autonomía científica* del Derecho Pensionario respecto de la Seguridad Social.²⁰

Esta premisa no debe malinterpretarse. Lo que se plantea es que el Derecho Pensionario es un campo de estudio independiente, y con sus propias reglas y

¹⁹ GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 9.

²⁰ ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 27-29.

lineamientos respecto de la Seguridad Social. Sin embargo, ésta abarca, influye y categoriza a aquélla.

La razón de la autonomía radica en la crisis económica que vivió el régimen anterior del Sistema Nacional de Pensiones (SNP). El SNP en el Perú, hasta 1992, era unitario y de naturaleza pública. La entidad encargada era el Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS).

El SNP en el Perú, hasta 1992, se ceñía a los principios esenciales de la Seguridad Social ya relatados en el apartado anterior, pero bajo la concepción de un Seguro Social, pues era un régimen contributivo. En efecto, era un sistema de reparto que se regía por las reglas del recambio generacional, en que no existía individualidad del patrimonio aportado de cada persona respecto de los demás (patrimonio único e indisoluble de la Seguridad Social). Este sistema sufrió una crisis:

Pues bien, a inicios de la década pasada [el autor se refiere a la década de 1990-2000], el Sistema Nacional de Pensiones se encontraba a punto de colapsar, siendo que las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender de los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo.

Este contexto situó al SNP dentro de una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones.²¹

La crisis del sistema se debe al desfase en la financiación del mismo. Este es un fenómeno bastante común en los sistemas pensionarios fundamentados en el reparto intergeneracional. Sucede que factores como el incremento de la longevidad (consecuencia lógica del desarrollo e innovación en tecnología y medicina), la reducción de la tasa de natalidad, el incremento de la informalidad, la evasión del

²¹ GONZALES HUNT, César. “La configuración constitucional de la Seguridad Social en pensiones”. En AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, 2009, p. 431.

aporte, etc., generan una brecha entre lo que el sistema requiere y lo que el sistema ingresa en recursos.

En el Perú, a la aparición de estos factores naturales se le sumaron factores anómalos, propios de dicha etapa histórica. A continuación, un recuento de las condiciones generadoras de la crisis:

- Pésima gestión financiera. De acuerdo al Banco Mundial, en el decenio de 1980 el Perú fue el peor administrador estatal previsional en términos de rentabilidad de las inversiones pensionarias. Así, durante el ciclo de 1981 a 1988, puntúa la cifra de -37.4% en rentabilidad.²²
- Burocracia y gastos de administración excesivos. La administración realizada por el IPSS no sólo era ineficiente, sino también exageradamente costosa. Así, de los 25 000 trabajadores que laboraban para dicha entidad en 1985, se alcanzó un pico de 40 000 trabajadores en el año 1990.²³
- Informalidad laboral, desempleo y no incremento del índice de cobertura. Un sistema pensionario de esquema de reparto requiere de medios a altos índices de afiliación. En el Perú, la informalidad y el desempleo derivaron en la caída de los aportes al sistema pensionario.
- Evasión de contribuciones por parte de empleadores. De forma irónica, se tiene que el Estado figuraba como uno de los principales evasores. El Decreto de Urgencia N° 067-98 señaló que los organismos estatales tenían una deuda para con el SNP, por el período de 1988 a 1996, de S/. 551'337,115.87 Nuevos Soles.

²² BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis*. Washington D. C.: Banco Mundial, 1984, p. 110.

²³ ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Ob. cit., p.52.

Como respuesta a esta situación, el Estado determinó el fin del sistema público pensionario único. Esta decisión, cuya validez y corrección ha sido discutida,²⁴ derivó en el establecimiento de un marco pensionario diferente, que cuenta con la asistencia y participación del sector privado. Este nuevo sistema pensionario no significó la eliminación del SNP, sino que más bien éste se desenvuelve y coexiste con el nuevo Sistema Privado de Pensiones (SPP).

El SPP, a grandes rasgos, se caracteriza por la administración privada de los aportes de los afiliados. Los aportes de los afiliados no se unen ni mezclan, sino que —más bien— permanecen independientes, aislados en las cuentas individuales de capitalización (CIC). En otras palabras, cada afiliado mantiene separado su aporte de los otros, de forma tal que puede hacer seguimiento del mismo, o realizar aportes adicionales que, en última instancia, serán de beneficio exclusivo propio.

Todo esto lleva a señalar a diversos autores como Pasco Cosmópolis, Cruz Saco y otros, los que sostienen que el Sistema Privado de Pensiones no es una manifestación de la Seguridad Social. El SPP no se ciñe a principios como el de solidaridad o universalidad. En particular, el aspecto de la solidaridad representa una abierta contradicción. Mientras que la Seguridad Social plantea un sistema integrado y colaborador, en el que es normal y común que el aporte de una persona termine beneficiando a otra, el SPP plantea la individualidad y separación de los aportes, conformándose patrimonios autónomos para cada uno de los aportantes.²⁵ En palabras de Aparicio, no es posible la existencia de “Seguridad Social Privada”.²⁶

²⁴ Cfr. GORDILLO TORDOYA, Eduardo. “Apuntes sobre los argumentos en favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos”. En AA.VV., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas*. Lima: CEDAL, 1994. NEVES MUJICA, Javier. “Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica”. En *Themis*. Lima, 1993, N° 25, pp. 7-10.

²⁵ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?”. En AA.VV. *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Madrid: Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, 1998, pp. 177-179.

CRUZ-SACO OYAGUE, María. “¿Capitalización para quién? La Industria de las AFPs”. En *Apuntes, Revista de Sociales*. Lima, Segundo Semestre de 1999, N° 45, p.46.

²⁶ APARICIO TOVAR, Joaquín. “La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”. En *Revista de Derecho Social*. Albacete, Julio-Septiembre de 2002, N° 19, p. 27.

Así pues, el Derecho Pensionario aparece como un ente singular y diferenciado del concepto de Seguridad Social. Esto se debe a que dicho derecho se encuentra conformado —en sede nacional— por dos regímenes distintos y contrapuestos:

- El SNP, que obedece y se ciñe a los principios, prerrogativas, alcances y objetivos del Seguro Social.
- El SPP, que plantea un esquema ajeno a la Seguridad Social. Un marco en el que los ciudadanos realizan aportes a cuentas separadas e independientes.

En el siguiente apartado, procederemos a exponer la estructura fundamental del Sistema Pensionario peruano.

2.2. Marco jurídico fundamental del Sistema Pensionario en el Perú

Según referimos en el apartado anterior, en un Estado de Derecho las actuaciones estatales se rigen de acuerdo a una estructura normativa cuyo núcleo se encuentra en una norma fundamental (Constitución). En el caso peruano, la norma fundamental vigente es la Constitución Política de 1993, la que concibe el derecho a la Seguridad Social y a las pensiones. A continuación, los artículos 10 y 11 de la Constitución:

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

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

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

Como punto de partida, podemos señalar que la Constitución de 1993 establece el marco constitucional legítimo que permite la coexistencia y disociación entre Seguridad Social y Derecho Pensionario. Este marco, antes, era inexistente. Así, observemos las disposiciones pertinentes de la Constitución de 1979:

Artículo 12.- “El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación”.

Artículo 14.- “Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares [...]”.

La Constitución de 1979 concebía y legitimaba el sistema pensionario en el Perú existente hasta 1992: Un sistema monolítico e integralmente en manos del Estado (único prestador). En el régimen constitucional anterior, entonces, no existía una disociación entre Seguridad Social y Derecho Pensionario; éste formaba parte, en su integridad, de aquel.

El esquema, naturalmente, cambia sobremanera con el ingreso de la nueva Constitución. En realidad, podemos señalar que la Constitución consagra y reconoce el cambio social, político y económico producido debido a la crisis del régimen del SNP existente hasta 1992.

Así, tenemos que “[s]in embargo, la Constitución actual [en referencia a la Constitución de 1993] posibilitó el acceso a las prestaciones de salud y pensiones, otorgadas al amparo de la institución de seguridad social a entidades privadas como es el caso de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)”.²⁷

En la Constitución vigente, se observa el cuidado que se ha tenido al no circunscribir los conceptos de prestaciones de salud y pensiones necesariamente al macroconcepto de Seguridad Social. En efecto, una lectura integral de estos dos artículos permite afirmar que la Seguridad Social puede manifestarse en prestaciones de salud y/o pensiones, más éstas no son exclusivas de aquella. Así, el artículo 11

²⁷ PUNTRIANO ROJAS, César. “Artículo 11. El libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones”. En AA.VV. *La Constitución Comentada*. Segunda edición. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 596.

incluso señala que las prestaciones y las pensiones pueden ser suministradas incluso a través de empresas privadas.

En otras palabras, la Constitución de 1993 origina que el Estado se limite a garantizar el acceso a las prestaciones de salud o pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. El Estado no aparece aquí tanto en función de prestador del servicio, sino como el gran contralor: “*Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento*” dice la parte final del primer párrafo del artículo 11.

Luego, se tiene que existe un reconocimiento constitucional de un sistema pensionario (el privado) *ajeno* al concepto de Seguridad Social. Así:

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión [...].

En este marco, el Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona [...], asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del acceso a la pensión, y lo hace de dos formas: por intermedio la ya explicada prestación directa (SNP), pero también a través de la supervisión de la actuación del SPP.²⁸

Recapitulando, la Constitución de 1993 plantea la posibilidad de un esquema de coexistencia entre regímenes públicos y privados. Sobre los caracteres específicos de dichos regímenes nos explayaremos en un apartado posterior, más cabe hacer aquí anotaciones respecto de la relación de estos regímenes.

La coexistencia de dos tipos de regímenes puede ser de naturaleza (i) alternativa, en el que los ciudadanos eligen uno u otro; o (ii) complementaria,²⁹ en el que se aporta

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Expediente N° 01776-2004-AA/TC, fundamento 20.

²⁹ NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: De la relación alternativa a la complementaria”. En AA.VV. *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, p. 830.

de forma conjuntiva al sistema público y al privado. En la actualidad, estamos frente a una coexistencia alternativa.

Sobre los caracteres específicos y técnicos de los regímenes, así como de la naturaleza del aporte (obligatoriedad), nos pronunciaremos en los siguientes apartados.

3. El Sistema de Pensiones en el Perú: la dualidad pública-privada

Según observamos, en el Perú el sistema de Seguridad Social para las pensiones no está exclusivamente administrado por el Estado. Todo lo contrario, existe una coexistencia entre régimen privado, y regímenes públicos. Esto armoniza con lo establecido por la Constitución, según lo desarrollado en el apartado anterior.

Son dos los principales regímenes de pensiones en el Perú: El SNP y el SPP.³⁰ Procederemos, a continuación a describir los caracteres generales de ambos sistemas.

3.1. Sistema Privado de Pensiones

El Sistema Privado de Pensiones (SPP), regulado por Decreto Ley N° 25897, Ley del Sistema Privado de Pensiones (en adelante, Ley del SPP), publicado el 6 de diciembre de 1992, es un régimen pensionario fundamentado en el ahorro individual. A contravía del esquema del SNP, en el SPP los afiliados realizan aportes a una Cuenta de Capitalización Individual (CCI). Esta representa un fondo intangible, cuyo contenido no podrá ser percibido por un afiliado distinto.

³⁰ No estamos tomando en cuenta, para este desarrollo, regímenes de alcance específico y/o sectorial. A saber, los siguientes: Cédula Viva, creada por Decreto Ley N° 20530; Caja de beneficios sociales del pescador, creada por Decreto Supremo N° 001 de fecha 28 de enero de 1965; Caja de Pensiones Militar Policial, creada por Decreto Ley N° 21021 de fecha 18 de diciembre de 1974; entre otros.

La CCI se encuentra a cargo de una de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Estas se encargan de gestionar e invertir los patrimonios del fondo con el objeto de generar rentabilidad, la cual se adicionará también a la CCI.

A diciembre de 2015, son 4 las AFP. Éstas son: AFP Prima, AFP Integra, AFP Habitat, y AFP Profuturo. De acuerdo a la SBS, al 31 de diciembre de 2015 son 5'963,069 personas las que aportan de forma activa al SPP.³¹

3.1.1. Aportes, comisiones y tipos de fondos de inversión

En el SPP, los aportes obligatorios del afiliado se encuentran regulados en el artículo 30 de la Ley del SPP. Así:

“Artículo 30.- Los aportes de los trabajadores dependientes pueden ser obligatorios o voluntarios. Los aportes obligatorios están constituidos por:

- a) El 10% (diez por ciento) de la remuneración asegurable destinado a la Cuenta Individual de Capitalización.
- b) Un porcentaje de la remuneración asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio.
- c) Los montos y/o porcentajes que cobren las AFP por los conceptos establecidos en los literales a) o d) del artículo 24 de la presente Ley, aplicables sobre la remuneración asegurable.

El inciso a) del citado artículo no merece mayores comentarios. El inciso b) es un porcentaje³² que se dirige al pago de una prima del contrato de seguro de administración de riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. En cuanto al inciso c), podemos señalar que a la fecha, existen dos tipos posibles de comisión

³¹ SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. “Reporte de Afiliados Activos por AFP, Sexo y Edad Actual – Al 31 de diciembre de 2015”. Consulta: 15 de enero de 2016.

<http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>

Tal participación se divide de la siguiente forma: AFP Prima (24,7%), AFP Integra (34,4%), AFP Habitat (9,9%) y AFP Profuturo (31%).

³² SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. “Comisión y Primas de Seguro del SPP”. Consulta: 5 de abril de 2016.

<http://www.sbs.gob.pe/usuarios/categoria/comisiones-y-primas-de-seguro-del-spp/277/c-277>

Cabe anotar que que el porcentaje se calcula sobre un tope máximo de remuneración de S/. 9,009.91 (monto actualizado a Abril de 2016).

para las AFP: La comisión (i) por flujo; y (ii) mixta. Ambas serán brevemente desarrolladas a continuación.

- Comisión por flujo. Se refiere a un porcentaje fijo que cobra la AFP sobre la remuneración bruta mensual del afiliado.³³ Debemos señalar que la comisión por flujo, a la fecha, no tiene vocación de permanencia. En realidad, la misma sólo aplica para aquellos que, habiéndose afiliado antes del 31 de enero de 2013, no hayan decidido hasta el 30 de noviembre de 2013 acogerse al régimen de la comisión mixta.
- Comisión mixta.³⁴ Se constituye por la suma de un porcentaje sobre la remuneración mensual del afiliado (naturalmente, menor al porcentaje que se cobra en el esquema de remuneración por flujo puro), más un porcentaje sobre los fondos acumulados (comisión por saldo).³⁵

Por otro lado, en cuanto a las inversiones, cabe señalar que las AFP deben ceñirse a los parámetros fijados por la SBS respecto a la inversión en el mercado nacional e internacional. Ahora bien, en atención a las diferentes necesidades de los afiliados (sean aportantes o ya jubilados), así como a los grados de volatilidad existentes en el mercado financiero, se ha establecido que las AFP deben administrar, obligatoriamente, cuatro fondos predeterminados por ley. Ello consta en el artículo

³³ Como referencia podemos señalar que al mes de abril de 2016 las comisiones eran las siguientes: AFP Prima, 1,60%; AFP Integra, 1,55%; AFP Habitat, 1,47%; y AFP Profuturo, 1,69%.

³⁴ Si bien el nombre indica que se trata de una comisión resultante de la suma de dos (2) operaciones distintas, el objetivo final de la denominada comisión mixta es constituirse en una comisión por saldo. Así, se proyecta que para Febrero de 2023 esta comisión pasará a calcularse enteramente sobre el saldo (*Cfr.* Resolución SBS N° 2150-2013, artículo 2).

³⁵ SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. “Comisión y Primas de Seguro del SPP”. Consulta: 5 de abril de 2016

<http://www.sbs.gob.pe/usuarios/categoria/comisiones-y-primas-de-seguro-del-spp/277/c-277>

Al mes de abril de 2016, las tasas eran las siguientes:

- AFP Prima: 1,19% de la remuneración (comisión por flujo), más 1,25% sobre el monto de la CCI (comisión anual por saldo).
- AFP Integra: 1,23% de la remuneración (comisión por flujo), más 1,20% sobre el monto de la CCI (comisión anual por saldo).
- AFP Habitat: 0,38% de la remuneración (comisión por flujo), más 1,25% sobre el monto de la CCI (comisión anual por saldo).
- AFP Profuturo: 1,46% de la remuneración (comisión por flujo), más 1,20% sobre el monto de la CCI (comisión anual por saldo).

18 del Texto Único Ordenado de la Ley del SPP, Decreto Supremo N° 054-97-EF (en adelante, TUO de la Ley del SPP).³⁶

3.1.2. Clases de Pensiones

El SPP otorga los siguientes tipos de pensiones: (i) de jubilación; (ii) de invalidez; y (iii) de supervivencia, en la que se encuentran las pensiones de viudez, orfandad y ascendencia.

- Pensión de jubilación. Se entiende por pensión de jubilación al ingreso que recibe un afiliado desde el momento que deja de ser activo (es decir, deja de aportar al SPP) debido a la finalización de su actividad laboral por motivos de vejez. El TUO de la Ley del SPP establece como regla general, en su artículo 41, que el derecho a la jubilación, tanto para hombres como para mujeres, puede ejercerse desde los 65 años de edad. Empero, los afiliados pueden decidir dilatar el inicio del ejercicio de dicho derecho, y continuar trabajando si así lo desean.³⁷
- Pensión de invalidez. Se otorga frente a la aparición de una condición médica-laboral que determina la pérdida, parcial o total, de la capacidad de trabajar. La pérdida puede ser, asimismo, temporal o permanente.

Esta pensión tiene tres fuentes de financiamiento: (i) saldo en la CCI; (ii) el Bono de Reconocimiento (si lo hubiese); y (iii) el aporte realizado por la empresa de seguros, que nace en mérito al pago de la prima de seguros que realiza el afiliado cada mes.

³⁶ El mencionado artículo 18 establece cuatro tipos de fondos: Fondo tipo 0, 1, 2 y 3. El fondo tipo 0 (que por cierto recién entro en aplicación en abril de 2016) es el más seguro de todos, puesto que en éste no se invierte en renta variable. El fondo tipo 1 se caracteriza por inversiones conservadoras y crecimiento estable. El fondo tipo 2 es uno de riesgo moderado y crecimiento intermedio. Finalmente, el fondo tipo 3 es uno de alta volatilidad y crecimiento alto.

³⁷ Una vez jubilado, el pensionista puede elegir entre recibir una pensión vitalicia o acogerse a un esquema de retiro programado.

- Pensión de supervivencia. Esta es la pensión que se otorga a los dependientes del afiliado en caso éste falleciese.

3.2. Sistema Nacional de Pensiones

El Decreto Ley N° 19990, que creó el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) de la Seguridad Social, fue publicado el 24 de abril de 1973 y materializa el sistema estatal de pensiones vigente. Cabe anotar que, de acuerdo a lo establecido por la Primera Disposición Transitoria de dicha norma, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) entró en vigencia el 1 de mayo del mismo año.

El SNP fue creado con el objetivo de uniformizar el régimen de trabajadores privados y públicos (salvo excepciones). En tal sentido, la norma establece lo siguiente en su artículo 3:

Artículo 3.- “Son asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, con la excepción a que se refiere el artículo 5, los siguientes:

- a) Los trabajadores que prestan servicios bajo el régimen de la actividad privada a empleadores particulares, cualesquiera que sean la duración del contrato de trabajo y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;
- b) Los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377 o de la actividad privada; incluyendo al personal que a partir de la vigencia del presente Decreto Ley ingrese a prestar servicios en el Poder Judicial, en el Servicio Diplomático y en el Magisterio;
- c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares;
- d) Los trabajadores al servicio del hogar;
- e) Los trabajadores artistas; y
- f) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema, por Decreto Supremo, previo informe del Consejo Directivo Unico (sic) de los Seguros Sociales”.

Observamos, pues, que el SNP establece que todos los trabajadores pertenecientes al rubro privado se encuentran afiliados al mismo. Cabe tener en cuenta que, al momento de la implementación del SNP, el régimen del trabajador privado era normado por la Ley N° 4916, Ley del Empleado Particular. En la actualidad, es el Decreto Legislativo N° 728 el que regula el régimen del trabajador privado.

En cuanto al sector público, los afiliados son aquellos que se encontraban bajo el régimen del Decreto Ley N° 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil. En la actualidad, la norma pertinente es el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de las Remuneraciones del Sector Público. A diferencia de lo que sucede para los trabajadores privados, el SNP no agrupa a todos los trabajadores públicos.

De otro lado, cabe señalar que el SNP es un sistema de reparto, y tiene como característica principal el otorgamiento de prestaciones fijas —sobre contribuciones no definidas— en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.

En cuanto al régimen contributivo, el aporte para el SNP ha seguido las siguientes fases:

- 1 de mayo de 1973 a 31 de diciembre de 1974: 4% empleador, 2% empleado (total de 6%).³⁸
- 1 de enero de 1975 al 30 de noviembre de 1984: 5% empleador, 2,5% empleado (total de 7,5%).³⁹
- 1 de diciembre de 1984 al 31 de julio de 1995: 6% empleador, 3% empleado (total de 9%).⁴⁰

³⁸ Al momento de entrar en vigencia, el Decreto Ley N° 19990 estableció, en su Quinta Disposición Transitoria, que el aporte sería, desde el 1 de mayo de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1974, del 6%; y a partir del 1 de enero de 1975, del 7,5%. Cabe anotar que el artículo 7 (hoy derogado) establecía que el aporte era asumido de la siguiente forma: dos tercios (2/3) a cargo del empleador, y un tercio (1/3) a cargo del empleado.

³⁹ *Ibíd.*

- 1 de agosto de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1996: 11%, a cargo exclusivamente del empleado.⁴¹
- 1 de enero de 1997 hasta la actualidad: 13% a cargo exclusivamente del empleado.⁴²

Al igual que el SPP, el SNP otorga los siguientes tipos de pensiones: (i) de jubilación; (ii) de invalidez; y (iii) de supervivencia, en la que se encuentran las pensiones de viudez, orfandad y ascendencia.

Finalizada la presentación del sistema pensionario peruano vigente, y sus dos principales columnas (SNP y SPP), procederemos ahora a realizar el desarrollo del concepto de trabajo independiente.

4. Trabajo independiente

La presente tesis versa sobre un sistema pensionario obligatorio para trabajadores independientes, por lo que se hace necesario hacer un desarrollo adecuado del concepto de trabajo independiente. Para ello, se procederá a definirlo de forma general; luego, se hará un enfoque sobre el grupo específico de trabajadores independientes objeto de esta tesis, presentando su definición y principales características.

4.1. Definición integral y categorización

El trabajo independiente puede ser considerado como un “supraconcepto”, puesto que abarca a diferentes categorías y actividades muy diferentes entre sí. De acuerdo

⁴⁰ Por Decreto Supremo N° 077-84-PCM, publicado el 30 de noviembre de 1984 y vigente a partir del 1 de diciembre de 1984, el aporte pasó a ser de 9%, siendo de cargo 6% del empleador, y 3% del trabajador.

⁴¹ Mediante Ley N° 26504, publicada el 18 de julio de 1995, se estableció que a partir de agosto de 1995 el aporte iba a ser de 11%, monto enteramente a cargo del empleado. Es decir, a partir de la vigencia de esta ley el empleador dejó de estar obligado a aportar por sus trabajadores. Esta misma ley estableció, en su Segunda Disposición Transitoria, que a partir de enero de 1997 el aporte sería de 13%.

⁴² *Ibíd.*

a la Clasificación Internacional de la Situación de Empleo, el trabajo independiente se define de la siguiente forma:

[Los empleos independientes] son aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la «empresa» incluye a las operaciones de una sola persona).

Así, para la OIT el trabajo independiente debe entenderse como aquel en que las ganancias dependen de los bienes o servicios producidos; además, los trabajadores independientes toman las decisiones operacionales que afectan a sus actividades.

Pues bien, tal y como señalamos, el concepto de trabajo independiente es bastante amplio y abarca diferentes categorías de trabajadores. Sobre ello, la OIT realiza una segmentación de los independientes en cuatro grupos distintos:

- (i) Empleadores, los que trabajando de forma individual o con socios, tienen un empleo independiente (según definición de la OIT) y en base al mismo han contratado trabajadores con vocación de continuidad.
- (ii) Trabajador por cuenta propia, los que trabajando de forma individual o con socios, tienen un empleo independiente (según definición de la OIT) y no cuentan/contratan, de forma continua, a empleado alguno.
- (iii) Miembros de cooperativas, aquellos que tienen un empleo independiente (según definición de la OIT) en una cooperativa que produce bienes y servicios, en la que cada miembro participa en igualdad de condiciones.

- (iv) Trabajadores familiares no remunerados (TFNR), aquellos que contribuyen al desempeño de las actividades de uno de sus familiares (usualmente, la cabeza de la familia) en un establecimiento⁴³ mercantil.

De la definición de la OIT también se desprende que, salvo los TFNR en relación con el familiar al que apoyan, los trabajadores independientes son todos aquellos que prestan y realizan servicios de forma autónoma, sin recibir instrucciones en cuanto al desarrollo de su actividad. Un aspecto esencial del trabajo independiente es la ausencia de un empleador y, por consiguiente, la autonomía en la dirección y gestión de las actividades.

4.2. Definición específica: el trabajo independiente por cuenta propia

Del universo de trabajadores independientes, esta tesis se enfocará en los trabajadores independientes por cuenta propia. La amplitud y diferencia entre las diferentes categorías derivan en que cada una de ellas merezca un análisis diferenciado y singular.⁴⁴ Por lo tanto, a efectos de no exceder los alcances de este trabajo, el mismo sólo estudiará a los independientes cuentapropistas.

Desde ya podemos señalar que esta definición no puede limitarse a los profesionales (abogados, médicos, o ingenieros), pues el universo de trabajadores independientes por cuenta propia no es uniforme, siendo en realidad heterogéneo:

⁴³ Establecimiento que puede ser de naturaleza ambulatoria.

⁴⁴ Primero, debemos notar que el trabajador independiente empleador se somete a una regulación totalmente distinta a la del trabajador independiente por cuenta propia. Así, de forma referencial, puede señalarse que éste cuenta con reglas especiales en cuanto a su tributación, y con (como mencionaremos más adelante) un esquema (existente pero aún sin funcionamiento) de aportes por conceptos previsionales.

En segundo lugar, en cuanto a los trabajadores independientes familiares no remunerados, la integración de éstos a un marco previsional es inviable dada su ausencia de ingreso o renta por el trabajo realizado.

Finalmente, los trabajadores independientes miembros de cooperativas son asegurados obligatorios al marco previsional, de conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley N° 19990.

[E]l trabajo por cuenta propia se caracteriza por conformar un universo sumamente heterogéneo, en cuyo ámbito se cuentan inserciones socio-ocupacionales tan dispares como las de médicos, abogados y contadores, entre otros profesionales, junto con pequeños comerciantes, albañiles y vendedores ambulantes. Es precisamente este elemento de variedad lo que lleva a plantear la necesidad de una perspectiva de análisis que simultáneamente dé cuenta del cuentapropismo como totalidad ocupacional y avance en la determinación de su morfología, identificando a sus principales modalidades socio-laborales.⁴⁵

En adición a la mencionada clasificación de la OIT, tenemos que los trabajadores independientes por cuenta propia pueden ser esquematizados bajo un criterio de especialidad y calificación en las labores. En tal sentido, éstos pueden ser divididos de la siguiente forma:⁴⁶

- Trabajadores independientes “calificados”. Este grupo se conforma por los sujetos a los que apuntaba la Ley de Reforma del SPP: personas altamente especializadas en una profesión o técnica, casi siempre enmarcados en actividades económicas formales. Por ejemplos: abogados, ingenieros, técnicos en informática, psicólogos, médicos, etc.
- Trabajadores independientes de oficio. Agrupa a un amplio espectro de (i) pequeños productores independientes; y (ii) trabajadores dedicados a la prestación de un servicio específico y con cierto nivel de especialidad. Por ejemplos: electricistas, enfermeros, taxistas, carpinteros, etc.
- Trabajadores independientes de subsistencia. En este grupo se encuentran aquellos independientes que desempeñan labores no calificadas, labores con recursos o productividad tan bajos que sólo generan ingresos para sobrevivir. Por ejemplo: lavadores de carros en calles, vendedores ambulantes, etc.

⁴⁵ LEPORE, Eduardo; y Diego SCHLESER. “La heterogeneidad del cuentapropismo en la Argentina actual. Una propuesta de análisis y clasificación”. *Trabajo, ocupación y empleo – Especialización productiva, tramas y negociación colectiva*. Serie de Estudios N° 4. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2006, p. 193.

⁴⁶ LEPORE, Eduardo; y Diego SCHLESER. *Ob. cit.*, p. 201.

Este criterio de clasificación será muy relevante al momento de determinar el enfoque y alcance que tenía la Ley N° 29903.

Sobre este desarrollo general, se hará una exposición del concepto de trabajador independiente (por cuenta propia) de acuerdo a (i) las normas civiles; y (ii) las normas fiscales.

4.2.1. Ausencia de regulación laboral – Regulación civil del trabajo independiente por cuenta propia

El trabajo independiente es, por definición, ajeno al Derecho Laboral. Sucede que éste regula una relación jurídica determinada, la que existe entre un trabajador y un empleador. En ella, el empleado se obliga, de manera personal, a realizar actividades para el empleador, el que dirige y supervisa dichas actividades, a cambio de una remuneración.

En tal sentido, las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho Laboral se materializan en los contratos de trabajo. Éstos cuentan con tres elementos esenciales: (i) prestación personal de servicios; (ii) remuneración; y (iii) subordinación.⁴⁷

El elemento esencial de la subordinación es especialmente importante para esta tesis. La subordinación implica que el vínculo jurídico laboral confiere al empleador el poder de dirigir las actividades del empleado.⁴⁸ En tal sentido, la ausencia de subordinación deriva en que una relación jurídica determinada no se encuentre regulada por el Derecho Laboral. Y es claro que el trabajo independiente se caracteriza por la ausencia de subordinación.

⁴⁷ Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 4.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo [...]”

⁴⁸ BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 45.

En esa línea, la ausencia de regulación laboral deriva en que las relaciones comerciales en las que se realizan actividades de forma “independiente” se vean sometidas a la regulación supletoria civil. Es decir, es el Código Civil el que se encarga de regular las relaciones en las que el trabajo se ejerce de manera autónoma.

Aquí es que entra a colación el Título IX – Prestación de servicios de la Sección Segunda – Contratos Nominados del Libro VII – Fuentes de las Obligaciones. Así, el artículo 1755 del Código Civil establece que las modalidades nominadas⁴⁹ de prestaciones de servicios son las siguientes: (i) la locación de servicios; (ii) el contrato de obra; (iii) el mandato; (iv) el depósito; y (v) el secuestro.

La locación de servicios es especialmente importante, puesto que en el mismo lo que se presta es la “energía laboral”. Es decir, se da una prestación personal de servicios.⁵⁰ No obstante, al no haber subordinación no existe regulación por parte del Derecho Laboral. Así, el artículo 1764 del Código Civil establece que “por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

En cuanto al contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro, podemos señalar que estamos frente a contratos de indiscutible naturaleza civil, ajena a la regulación laboral, y en éstos no se presta la energía laboral, sin que más bien la obligación consiste en una prestación determinada. Así, estos contratos:

“comparten dos importantes rasgos. En primer lugar, en todos el contenido de la promesa de trabajo del deudor consiste en un resultado de la actividad y no en ella misma. En segundo término, en ellos el deudor conserva, respecto del acreedor autonomía en la ejecución de su prestación. Es decir, el promitente (contratista), el mandatario y el depositante no se obligan a poner a disposición del comitente, mandante o depositario su actividad laborativa,

⁴⁹ De acuerdo al artículo 1757 del Código Civil, todo contrato de tipo “doy para que hagas y hago para que des” se regula bajo las normas del mencionado Título IX – Prestación de servicios de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil.⁴⁹

⁵⁰ Esta prestación, cabe anotar, puede darse con la ayuda de auxiliares y/o sustitutos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1766 del Código Civil.

concediéndoles el correlativo derecho de disponer de ella, sino a ejecutar, por su cuenta y a su riesgo, una prestación única, específica y determinada [...]”.⁵¹

Reiteramos, en estos supuestos la diferencia no solo radica en la ausencia de subordinación sino también en el hecho de que no se presta la “energía laboral”, sino que más bien se cumple una prestación fija.

De todo lo señalado, podemos concluir que el trabajo independiente se configura en dos supuestos diferenciables: (i) la prestación de la “fuerza de trabajo” no subordinada; y (ii) la obligación de un resultado determinado, al que el obligado llega dirigiendo sus acciones de forma autónoma. La nota común, reiteramos, se encuentra en la falta de subordinación.

En efecto, debemos apreciar aquí que el trabajo independiente no se limita a supuestos de prestación de fuerza laboral no subordinada, sino que también involucra supuestos en los que la obligación no tenga que ver con el “hacer” propio de la fuerza laboral, sino que más bien se delimite en una obligación específica.

Lo señalado puede graficarse de la siguiente manera:

Figura N° 1 – Alcance del trabajo independiente

Prestación de fuerza laboral subordinada	Prestación de fuerza laboral no subordinada
Relación laboral	Relación civil Trabajo independiente
Obligación específica (La prestación no es la fuerza laboral, sino solo un resultado)	
Relación civil Trabajo independiente	

Elaboración propia.

⁵¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 242.

4.2.2. La definición económica-fiscal del trabajador independiente

Desde las normas fiscales, es posible también extraer una definición económica (la que, por cierto, ha sido desarrollada *in extenso* en el numeral 4.1 y en la parte inicial del numeral 4.2) del concepto de trabajo independiente. Ello se debe a que el trabajo, entendido como ejercicio de una actividad determinada a cambio de una contraprestación económica, se encuentra gravado por el impuesto a la renta.

En tal sentido, el ordenamiento fiscal tiene disposiciones respecto a la renta que generan los trabajadores en general, y naturalmente disposiciones especiales para los trabajadores dependientes y para los trabajadores independientes.

Así, el Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Impuesto a la Renta, encasilla a las rentas de trabajo dentro de las rentas de cuarta y quinta categoría. Observemos:

Artículo 22.- “Para los efectos del impuesto, las rentas afectas de fuente peruana se califican en las siguientes categorías:

- a) Primera: Rentas producidas por el arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes.
- b) Segunda: Rentas del capital no comprendidas en la primera categoría.
- c) Tercera: Rentas del comercio, la industria y otras expresamente consideradas por la Ley.
- d) Cuarta: Rentas del trabajo independiente.
- e) Quinta: Rentas del trabajo en relación de dependencia, y otras rentas del trabajo independiente expresamente señaladas por la ley.

De dicho artículo se desprende que el trabajo dependiente genera rentas de quinta categoría. Por otro lado el trabajo independiente se encuentra afecto, principalmente, a la renta de cuarta categoría; sumado a ello, existe un supuesto de trabajo independiente para el caso de renta de quinta categoría. En tal sentido, observemos el artículo 33, y el literal e) del artículo 34.

Artículo 33.- “Son rentas de cuarta categoría las obtenidas por:

- a) El ejercicio individual, de cualquier profesión, arte, ciencia, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría
- b) El desempeño de funciones de director de empresas, síndico, mandatario, gestor de negocios, albacea y actividades similares, incluyendo el desempeño de las funciones del regidor municipal o consejero regional, por las cuales perciban dietas”.

Artículo 34.- “Son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de:

[...]

- e) Los ingresos obtenidos por el trabajo prestado de forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda”.

Entonces, tenemos que para la normativa tributaria el trabajo independiente se conforma por las siguientes actividades:

- El ejercicio individual de una profesión, oficio, arte, ciencia u otras actividades no incluidas en la renta de tercera categoría.
- El ejercicio del rol de director, síndico, mandatario, gestor de negocios, albacea y actividades similares, incluyendo también a los regidores municipales y consejeros regionales.
- El trabajo independiente realizado mediante contratos de prestación de servicios regulados por las normas civiles. Ello, aún cuando el servicio se realice en lugar y horario determinado por el que requiere el mismo, y dicha persona proporciona los elementos de trabajo y asume los gastos del servicio.

En todos los casos señalados, el trabajo se realiza sin la existencia de subordinación alguna. En adición a ello, cabe anotar que el trabajo debe ser realizado de forma individual, puesto que de lo contrario se estaría frente a un supuesto de renta de tercera categoría.⁵²

⁵² Resolución del Tribunal Fiscal N° 103-5-2009, de fecha 8 de enero de 2009, p. 2.

En conclusión, para el marco tributario el trabajo independiente constituye el ejercicio de un oficio, profesión, cargo, posición u otros análogos de forma independiente e individual.

4.3. Principales características del trabajador independiente por cuenta propia

Hemos ensayado una definición integral del trabajo independiente, así como la definición respectiva del trabajo independiente por cuenta propia, y la regulación peruana que recae sobre dicho grupo específico. Corresponde, ahora, presentar las principales características de dicho grupo.

Tal y como señalamos, el universo de los independientes por cuenta propia abarca un cúmulo de actividades distintas, en diferentes niveles de especialización. No obstante ello, es posible encontrar dos características preponderantes en el grupo de trabajadores independientes: su asignación inicial, relativa a la carga estatal que recae sobre ellos; y la naturaleza irregular e impredecible de sus labores e ingresos. Ambos puntos serán desarrollados a continuación.

4.3.1. La asignación inicial de suma cero

Entendemos por asignación inicial como el escenario contributivo y regulatorio en el que se encuentran los trabajadores independientes. Se trata de los beneficios, ventajas, obligaciones, cargas, cuotas que acompañan a una persona en el desarrollo de labores como trabajador independiente.

Pues bien, la regulación y atención estatal para el trabajador independiente ha sido, en realidad, casi inexistente. Esta “casi inexistencia” se conforma en tres planos distintos: (i) pensionario; (ii) laboral y salud; y (iii) tributario. Todo ello da como resultado una asignación inicial equiparable a cero; entendiendo “cero” como la ausencia de beneficios, presión, o carga alguna para los trabajadores por parte del Estado, derivado ello naturalmente de la falta de regulación mencionada.

En primer lugar, en cuanto al plano (i), cabe adelantar que en el Capítulo II de esta tesis se hace un recuento y análisis al desarrollo histórico-jurídico de las normas pensionarias en el Perú respecto de los trabajadores independientes. Dicha análisis concluye con el hecho de que nunca hubo una intención real de afiliar a los trabajadores independientes a un sistema pensionario, y que incluso dichos trabajadores estuvieron excluidos de ingresar a un seguro pensionario hasta 1973 (año en que se concibió la afiliación facultativa para los independientes, mediante el Decreto Ley N° 19990).

Así, el trabajador independiente siempre se encontró fuera del foco de atención de las instituciones pensionarias. Nótese aquí que la aparición del SNP no generó en el independiente ninguna carga o presión estatal, ya que la afiliación nunca fue de naturaleza compulsiva para ellos.

En segundo lugar, respecto al plano (ii), la desatención estatal al trabajador independiente no se limita a temas pensionarios. Además, la regulación del Estado a las actividades de los independientes remite a normas de orden civil (Código Civil), careciendo así de regulación especial o planeada específicamente para sus labores. Efectivamente, en el Perú, más allá de ocasionales propuestas de regulación de la actividad del independiente, las normas de trabajo y Derecho Laboral se han centrado de manera exclusiva en los trabajadores sujetos a dependencia.

De otro lado, si bien existen en el Perú hoy en día planes y programas estatales de salud enfocados a independientes, éstos son de naturaleza facultativa. No existe ningún seguro de salud obligatorio para los trabajadores independientes. Ello, por cierto, ha sido la regla histórica, tal y como se observará en el ya mencionado Capítulo II de la presente tesis. Una vez más, la carga o presión estatal para el independiente es inexistente.

En tercer lugar, en cuanto al plano (iii), tenemos que la carga fiscal para los independientes por cuenta propia derivada de su trabajo (esto es, impuesto a la

renta) es nula o mínima para la mayoría de ellos. Esto se debe a que el Estado establece la inafectación del impuesto a la renta para un primer tramo de ingresos, lo que deriva en que gran parte de los trabajadores independientes por cuenta propia tenga que pagar nada o muy poco por concepto de impuesto a la renta.

En efecto, el artículo 46 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta⁵³, Decreto Supremo N° 179-2004-EF, establece que de la renta anual de quinta o cuarta (trabajo independiente) categoría puede deducirse un monto equivalente a 7 UIT (equivalente a S/. 27,650.00 para el año 2016⁵⁴). A ello, cabe anotar, hay que sumarle que el cálculo de la renta sobre la cual se tributa equivale al 80%⁵⁵ de la renta obtenida.

En esa línea, los trabajadores independientes que generen una cifra igual o menor a S/ 2,880.00 mensual no deben realizar pago alguno al fisco. Y no sólo ello, aquellas personas que generen más de dicho monto sólo tributan por el excedente sobre las 7 UIT iniciales señaladas. Por ejemplo, una persona que genere en promedio S/. 4,000.00 mensuales (S/. 48,000.00 en el año) tributará por el ejercicio fiscal anual la suma de S/. 860.00,⁵⁶ equivalente a S/. 71.66 mensuales.

Entonces, es evidente que la carga fiscal para la gran mayoría de los trabajadores independientes es mínima o nula. Cabe anotar que aproximadamente sólo el 8% de

⁵³ Decreto Legislativo N° 776, Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde el 1 de enero de 1994.

⁵⁴ Según el Decreto Supremo N° 397-2015-EF, el valor de la UIT para el 2016 es igual a S/. 3,950.00.

⁵⁵ Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-EF. Artículo 45.- “Para establecer la renta neta de cuarta categoría, el contribuyente podrá deducir de la renta bruta del ejercicio gravable, por concepto de todo gasto, el veinte por ciento (20%) de la misma, hasta el límite de 24 Unidades Impositivas Tributarias”.

⁵⁶ Cálculo en detalle:

Base de cálculo para el impuesto = S/. 48,000 - 20% de dicho monto (artículo 45 de la Ley del Impuesto a la Renta) = S/. 38,400.

S/. 38,400 - 7 UIT (S/27,650.00) = S/. 10,750.00.

Tasa aplicable para montos menores a 5 UIT. (S/. 19,250.00) = 8%.

Impuesto a la renta = 8% de S/. 10,750.00 = S/. 860.00.

los trabajadores independientes (por cuenta propia) en el Perú generan más de S/ 1,500.00 mensuales en promedio.⁵⁷

Sobre todo lo señalado, podemos concluir aquí que la mayoría de los trabajadores independientes por cuenta propia ha desempeñado sus actividades en un escenario en el que la presión estatal (incluyendo la fiscal) es nula o mínima.

Más aún, teniendo en cuenta que tampoco han existido beneficios palpables para los independientes (seguros de salud, normas laborales, etc.), podemos afirmar que la asignación inicial para la gran mayoría de trabajadores independientes es de cero (0), entendiendo “cero” como un punto base distinto a valores de suma positiva (beneficios, protecciones) o de suma negativa (gastos, imposiciones). Esta asignación inicial será vital para entender las razones del rechazo de los trabajadores independientes.

4.3.2. La irregularidad y no predictibilidad de ingresos

Un segundo aspecto muy importante para la caracterización de los trabajadores independientes se encuentra en la dinámica de sus rentas y beneficios. Al contrario de los trabajadores dependientes, en la mayoría de casos, no es posible predecir o proyectar los ingresos regulares de un trabajador independiente.

En efecto, el trabajador dependiente cuenta con un esquema que permite proyectar de forma fácil cuál será el monto de ingresos que obtendrá. Ello se debe a que la relación laboral subordinada involucra, sea a plazo indeterminado o a plazo fijo, una expectativa de remuneración constante. Esto aplica incluso para los casos en que parte del ingreso se sujeta a comisiones u objetivos, puesto que los trabajadores dependientes siempre contarán con una remuneración base, de una periodicidad determinada.

⁵⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Oficina Internacional de Trabajo, 2012, p. 77.

Por el contrario, el trabajador independiente carece de empleador. Según mencionamos, el universo de los independientes se compone por actividades disímiles y muy variadas; sin embargo, el punto común se encuentra en la irregularidad de sus ingresos. Esta irregularidad se debe a las propias fluctuaciones del mercado. Así:

Los independientes viven en contextos que no son seguros. Incluso cuando están en situaciones relativamente estables –por ejemplo contratados por honorarios– la continuación de esa estabilidad es insegura. En general, los independientes no pueden contar con un flujo constante de ingresos. Pueden asumir que su ingreso será irregular y muy afectado por los vaivenes de la economía.⁵⁸

Dada la ausencia de empleador, el trabajador independiente realizará labores según las necesidades y fluctuaciones del mercado, por tanto, es posible que tenga etapas de alto requerimiento de sus servicios combinadas con etapas de baja o nula demanda por sus actividades. Ello, necesariamente, deriva en que sus ingresos sean (i) variados en cuanto a su cuantía; y (ii) irregulares en cuanto a su periodicidad.

4.3.3. La alta incidencia de la actividad informal en los independientes

Un aspecto adicional a destacar, para el caso de los trabajadores independientes, está en la incidencia de la informalidad. La gran mayoría de los independientes realizan sus actividades *fuera* del marco jurídico y de sus normas. Esto no significa que sean actividades ilícitas necesariamente, sino que más bien se pueden considerar paralegales.

La informalidad y su incidencia en los independientes serán desarrolladas a fondo en un capítulo posterior. No obstante, resulta necesario que la misma sea mencionada aquí toda vez que constituye una principal característica de los independientes (en su mayoría).

⁵⁸ JIMÉNEZ, Juan; y Carolina CATALÁN. “Trabajadores independientes y la previsión social”. En *Revista Observatorio Previsional*. Santiago, Marzo de 2010, N° 1, p. 123.

En conclusión, el trabajador independiente por cuenta propia es aquel que ejerce actividades de forma autónoma (no se encuentra subordinado), individual (trabajo personal), y, en la gran mayoría de los casos, cuenta con ingresos irregulares, nula o mínima presión fiscal (o de cualquier otra índole) y desarrolla sus actividades de manera informal.

5. La obligatoriedad del aporte

La obligatoriedad del aporte es un elemento base de la presente investigación. Es sobre el mismo que se evalúa la congruencia, equidad y justicia del sistema de pensiones peruano.

A efectos de hacer un análisis integral y completo de este tema, segmentaremos su desarrollo a partir de dos puntos de vista distintos. Primero, expondremos el alcance del aporte obligatorio, es decir, quiénes están obligados a aportar. En segundo lugar, haremos un análisis de las razones por las que el sistema decide establecer que el aporte sea obligatorio. Finalmente, haremos una evaluación de la obligatoriedad del aporte en el caso de los trabajadores independientes.

5.1. Alcance de la obligación de aportar – Trabajadores dependientes

En el Perú, la obligatoriedad de aportar a un fondo de pensiones abarca sólo a una clase de trabajadores, los dependientes. Por el contrario, los trabajadores independientes no tienen dicha obligación, siendo en su caso la afiliación y aporte a un fondo de pensiones de naturaleza facultativa o voluntaria.

El esquema señalado se estructura sobre la base de un conjunto de normas legales distintas. Así, el punto de partida se encuentra en la regulación que se hace sobre el aporte al SNP. El vigente Decreto Ley N° 19990, que crea el SNP, establece lo siguiente:

Artículo 3.- “Son asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, con la excepción a que se refiere el artículo 5, los siguientes:

- a) Los trabajadores que prestan servicios bajo el régimen de la actividad privada a empleadores particulares, cualesquiera que sean la duración del contrato de trabajo y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;
- b) Los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377 o de la actividad privada; incluyendo al personal que a partir de la vigencia del presente Decreto Ley ingrese a prestar servicios en el Poder Judicial, en el Servicio Diplomático y en el Magisterio;
- c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares;
- d) Los trabajadores al servicio del hogar;
- e) Los trabajadores artistas; y
- f) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema, por Decreto Supremo, previo informe del Consejo Directivo Unico (sic) de los Seguros Sociales”.

El señalado artículo 3 establece, de forma clara, que la afiliación al SNP es obligatoria (“son asegurados obligatorios”) para un conjunto de trabajadores de diferente tipo. No obstante, el rasgo común de todos ellos está en que prestan servicios de naturaleza dependiente.

Así, en cuanto a los trabajadores independientes, el Decreto Ley N° 19990 establece, en su artículo 4, que:

Artículo 4.- “Podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley:

- a) Las personas que realicen actividad económica independiente.
- b) Los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuación facultativa”.

Como se aprecia, existe una referencia expresa a la frase “podrán asegurarse facultativamente”, lo que remarca la voluntariedad de dicho acto (afiliación).

Para tener un marco legal completo e integral, debe también tenerse en cuenta lo que establece el TUO de la Ley de SPP, Decreto Supremo N° 054-97-EF:

:

Artículo 4.- “La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP, bajo los procedimientos de afiliación previstos en la ley. Tal incorporación es voluntaria para todos los trabajadores dependientes o independientes. Las personas que no tengan la condición de trabajadores dependientes o independientes pueden afiliarse voluntariamente a la AFP que elijan, en calidad de afiliados potestativos”.

Artículo 5.- “Los afiliados a los sistemas de pensiones administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) pueden optar por permanecer en ellos con todos los derechos y beneficios inherentes a dichos regímenes o por incorporarse al SPP”.

Artículo 33.- “El trabajador independiente puede afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) voluntariamente”.

De una lectura integral de las disposiciones señaladas, podemos concluir lo siguiente:

- Los trabajadores dependientes se encuentran obligados a elegir entre aportar al SNP o al SPP. Si bien el artículo 3 del Decreto Ley N° 19990 señala que todos los trabajadores dependientes son asegurados obligatorios del SNP, el artículo 5 del TUO de la Ley del SPP señala que aquellos que se encuentran en el SNP pueden migrar al SPP, dejando así de ser asegurados en el primero para encontrarse asegurados en el segundo.

Por primacía de la norma más reciente (principio de temporalidad), la disposición del artículo 5 del TUO de la Ley del SPP prima sobre la del artículo 3 del Decreto Ley N° 19990. Observemos la lógica presentada:

- ❖ Disposición legal “antigua” (artículo 3 del Decreto Ley N° 19990):
Todos los trabajadores dependientes son asegurados obligatorios del SNP, sin excepción.
- ❖ Disposición legal “nueva” (artículo 5 del TUO de la Ley del SPP):
Aquellos trabajadores que decidan pertenecer al SPP, dejan de encontrarse obligados a estar asegurados en el SNP.

- Los trabajadores independientes no se encuentran obligados a aportar a ningún sistema de pensiones. Así, el artículo 4 del Decreto Ley N° 19990 establece que los trabajadores independientes pueden afiliarse de forma facultativa al SNP; mientras que el artículo 33 del TUO de la Ley del SPP declara lo mismo respecto del SPP.

Entonces, tenemos que, de acuerdo al Decreto Ley N° 19990, que regula el SNP, y el Decreto Ley N° 25897, que crea el SPP, el esquema pensionario es el siguiente:

Figura N° 2 – Trabajador dependiente e independiente – Comparación

	Trabajadores Dependientes	Trabajadores Independientes
Base legal tributaria	Artículo 34 del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.	Artículo 33 y 34, inciso e), del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.
Definición	Son aquellos trabajadores que se encuentran dentro de una relación de subordinación respecto de un empleador.	Son aquellos trabajadores que prestan sus servicios de forma independiente, contando con autonomía para la realización de los mismos.
Obligatoriedad	Se encuentran obligados a aportar parte de su remuneración al SNP o al SPP.	No existe obligación de aportar a sistema pensionario alguno.
Concepto Remunerativo	La obligación de aportar se constituye sobre la Remuneración Asegurable (sueldo del trabajador).	No están obligados a aportar. Por lo que este parámetro no aplica.

Elaboración propia

Así, el Derecho Pensionario peruano establece un esquema *bifurcado* en cuanto a la obligatoriedad del aporte. Por un lado, se encuentran los trabajadores dependientes, a los que, para efectos de cotizar a un sistema de pensiones, se les separa un porcentaje de su remuneración mensual. Por el otro, están los trabajadores independientes, quienes pueden decidir si afiliarse o no a un sistema de pensiones.

5.2. Definiciones relevantes

A efectos de realizar una exposición clara y adecuada sobre la obligatoriedad, procederemos a hacer una clasificación, organización y definición de los conceptos presentes dentro de lo que denominamos el “aporte directo obligatorio”.

Así, presentamos a continuación los conceptos pertinentes.

- (i) Aporte *directo*. Definimos aporte directo al mecanismo de financiamiento en el que existe una relación inmediata entre los ciudadanos y el aporte. En términos teóricos, es el establecimiento de una consigna estatal dirigida a que los ciudadanos puedan/deban (dependiendo de la obligatoriedad o voluntariedad) desprenderse de parte de su patrimonio, para generar la vía de financiamiento de determinado programa o proyecto pensionario.

El aporte *directo*, entonces, tiene una relación inmediata con un patrimonio determinado (el patrimonio objeto de los aportes). Esto se debe a que, en un supuesto de aporte *indirecto*, la relación entre los sujetos y el patrimonio aportado carece de la señalada inmediatez. Así por ejemplo, no podría denominarse aporte directo a aquellos casos en los que el Estado ejerce de intermediario entre los aportantes (ciudadanos) y el fondo objeto de los aportes (por ejemplo, los impuestos).

Para finalizar, cabe anotar que el aporte directo genera pensiones *contributivas*, es decir, aquellas que se otorgan en mérito a los aportes realizados. Estos conceptos son, en realidad, dos caras de la misma moneda.

- (ii) Aporte directo *voluntario*. Dentro del concepto de aporte directo, se puede dar una subdivisión del mismo. En efecto, el aporte directo puede ser

voluntario u *obligatorio*. El aporte voluntario es aquél que no nace en función a un mandato de ley, sino más bien en una decisión.⁵⁹

- (iii) Aporte directo *obligatorio*. Es uno en el que, por disposición estatal, los ciudadanos tienen la obligación de transferir parte de su patrimonio, dirigiéndose éste a formar parte del patrimonio del proyecto objeto del aporte directo. Para este trabajo, entonces, la acepción de aporte obligatorio se entiende como aquel supuesto en que la obligatoriedad proviene de la ley.

A efectos de hacer una diferenciación correcta, denominaremos a este concepto aporte directo obligatorio en sentido lato.

- (iv) Aporte directo obligatorio *en sentido estricto*. Es el aporte que se realiza a un fondo de pensiones, lo cual implica que estamos tomando en cuenta los caracteres propios de este tipo de contribución. En concreto: el hecho de que se aporte obligatoriamente un porcentaje determinado (rango del 12-13%, según se trate de un aporte al SPP o al SNP) de la remuneración asegurable.

⁵⁹ En ese orden de ideas, pueden existir dos tipos de aportes directos voluntarios.

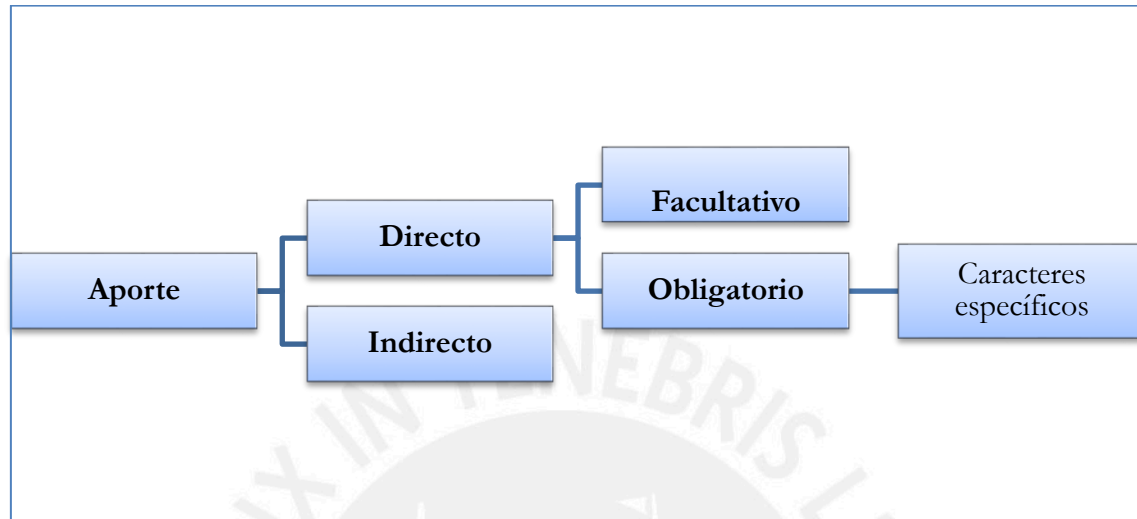
(i) Aporte directo voluntario *libre*. Nos referimos al supuesto en el que el ciudadano no ha decidido (voluntariedad) obligarse por vía contractual a aportar. El ejemplo típico para ilustrar esto sería el del trabajador afiliado a una AFP que, luego de haber cumplido con el aporte al que se encuentra obligado, decide también entregar a la señalada AFP un adicional del 5% de su sueldo. Este adicional es recibido por la AFP no en función a una obligación legal, ni en mérito a una obligación fruto de un vínculo contractual, sino a una decisión personal. El trabajador, pues, tiene total libertad para decidir, al siguiente mes, aportar el 5% de su sueldo de forma adicional otra vez.

(ii) Aporte directo voluntario *acordado*. Éste es el caso en que el ciudadano decide (voluntariedad) celebrar un contrato en el que se establece que debe cumplir con aportar a un fondo determinado, de forma periódica y constante. Enfatizamos que el aporte constante y periódico se hace en base a la decisión del ciudadano, quien así lo dispuso al momento de, conscientemente, celebrar el contrato.

Por ejemplo, una persona cualquiera que decide afiliarse a una AFP y cumplir cada mes con aportar una cifra determinada fija. Esta persona carece de la libertad para decidir qué mes aporta y qué mes no, porque en un momento inicial decidió que iba a cumplir con aportar todos los meses.

El orden y clasificación de estos conceptos puede ejemplificarse de la siguiente manera:

Figura N° 3 – Definiciones relevantes y categorización de aportes



Elaboración propia

Ya aclarados y separados los conceptos, podemos hacer una evaluación de ellos en cuanto a su justificación dentro de (i) un esquema estándar de Seguridad Social; y (ii) el esquema del Derecho Pensionario peruano.

Según observaremos en las líneas siguientes, se ha dispuesto como primer paso el análisis de la justificación de la afiliación y el aporte (y sus caracteres) en la Seguridad Social, debido a que ello permitirá entender y vislumbrar de forma eficiente los caracteres propios y singulares que posee el Derecho Pensionario peruano respecto de la Seguridad Social.

5.3. Justificación de la obligatoriedad de la afiliación y aporte

Hemos presentado el marco jurídico del sistema pensionario. En el mismo, la obligatoriedad de la afiliación y el aporte juega un rol notorio, al segmentar el sistema de pensiones según la calidad del trabajador (dependiente o independiente).

Es necesario, pues, entender ahora las razones por las cuales se pretendió implementar la afiliación y aporte forzoso al sistema pensionario. Presentaremos la justificación de la afiliación y aporte obligatorio para el caso del Derecho Pensionario peruano.

Un aspecto adicional está también en el hecho de que el aporte sea directo, y no indirecto. Por lo tanto, son dos los aspectos que merecen ser justificados: (i) la naturaleza directa del aporte; y (ii) la naturaleza forzosa del aporte. Ambos serán tratados a continuación.

5.3.1. Justificación del aporte directo para el Derecho Pensionario peruano

El Derecho Pensionario peruano tiene caracteres que lo hacen único y distinto a un esquema estándar de Seguridad Social. Si bien dentro del mismo existe un sistema (SNP), que puede considerarse un Seguro Social, enmarcado y enlazado a los principios y objetivos de la Seguridad Social, también existe otro que es totalmente ajeno a él (SPP). Esta coexistencia genera, según señalamos de forma previa, una disciplina y campo de estudios singular y diferenciado.

En tal sentido, la justificación de la afiliación y el aporte se hará teniendo especial cuidado del hecho de la coexistencia de dos regímenes distintos. Como se observará a continuación, para el caso del SNP las justificaciones serán casi siempre las mismas que las que se expusieron para el caso abstracto de la Seguridad Social. Esto, debido a que dicho sistema busca ser una manifestación de dicho concepto.

No obstante ello, el análisis, si bien separado para efectos de orden, será también integral. Las justificaciones presentadas tendrán en cuenta la naturaleza dual del Derecho Pensionario peruano y las consecuencias generadas a partir de la señalada coexistencia. Sobre ello, pasamos a evaluar la justificación del aporte directo en el Derecho Pensionario peruano.

En el Derecho Pensionario peruano, a diferencia de lo que sucede en un esquema teórico puro de Seguridad Social, no hay espacio para una “decisión legislativa” respecto de si el aporte debe ser directo o indirecto, o mixto. En el Derecho Pensionario peruano el aporte debe ser *necesariamente* directo.

Sucede que, a diferencia del caso de la Seguridad Social, en el Derecho Pensionario, es inviable construir un esquema que carezca totalmente de aporte directo. Ello, debido a que lo contrario derivaría en atentar contra la naturaleza del SPP.

El Derecho Pensionario peruano se manifiesta, según señalamos de forma previa, en dos sistemas diferentes: El SNP y el SPP. Ambos sistemas forman parte del Derecho Pensionario. Pues bien, mientras que el financiamiento del SNP, de estar solo, podría darse mediante aportes directo o indirectos (tal y como lo hace un esquema de Seguridad Social), el SPP sólo puede ser financiado de forma directa.

Esto se debe a que la propia naturaleza del SPP impide que éste pueda financiarse de forma indirecta. Recordemos que el SPP es un sistema que se estructura en función a un conjunto de cuentas definidas y diferentes según el aportante específico.

Así, la naturaleza de las cuentas individuales del SPP deriva en que las mismas, por justicia, sólo puedan ser financiadas por los sujetos relacionados a las cuentas. Sin el aporte de los sujetos involucrados, las cuentas de los fondos pensionarios no pueden existir.

Esto genera una consecuencia también en el SNP. La coexistencia de estos dos sistemas hace imposible que los caracteres y efectos de uno no repercutan en el otro. Así, en la totalidad del Derecho Pensionario Peruano, el aporte directo tiene justificación por cuanto es un medio *necesario* de financiamiento.

Nótese que no es sólo necesario para el SPP. En el SPP, por supuesto, el aporte directo es necesario e indispensable. Para el SNP, la coexistencia con el SPP deriva

en que también tenga que contemplar, de forma necesaria, el aporte directo como medio de financiamiento. Esto se debe a que lo contrario significaría la coexistencia de sistemas disímiles y en desigualdad de condiciones. Así, cabe anotar que “el Estado, con relación al SPP, no solo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe”.⁶⁰

5.3.2. Justificación del aporte directo obligatorio para el Derecho Pensionario peruano.

En un esquema monolítico de Seguro Social estatal, el aporte directo obligatorio se fundamenta en el cumplimiento del principio de Solidaridad. Pues bien, es pertinente tener en cuenta cómo dicha justificación varía en un esquema como el Derecho Pensionario peruano, variación que se da aún cuando este tiene como uno de sus dos elementos a un Seguro Social estándar (SNP).

Sucede que, en el Derecho Pensionario peruano, el principio de Solidaridad se presenta de forma limitada. Esto se debe no sólo a la existencia de un sistema, el SPP, que es antagónico al concepto de Solidaridad, sino también a la modificación del esquema del SNP debido a la existencia del SPP.

En efecto, antes de la existencia del SPP el SNP era un sistema en el que la afiliación era obligatoria para todos los trabajadores (dependientes) y, por lo tanto, la observación del principio de Solidaridad era indiscutible. No obstante, el ingreso del SPP y la consiguiente aparición del Derecho Pensionario peruano han derivado en la modificación de ese esquema.

En la actualidad, el SNP *no es un esquema obligatorio*. Las personas no están obligadas a incorporarse al SNP, sino más bien la obligación se refiere a la opción de elegir entre el SNP o el SPP. Esto origina que el principio de Solidaridad se vea afectado.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Expediente N° 01776-2004-AA/TC, fundamento 21.

El principio de Solidaridad en el SNP —previo a la llegada del SPP— significaba que todos los trabajadores aportaban necesariamente al mismo, colaborando con su financiamiento. Ahora, en cambio, los trabajadores pueden elegir si aportan o no al SNP, pues pueden optar por el SPP. Esto genera que el SNP deje de conformarse por los aportes de la *totalidad* del grupo objeto del Seguro Social.

Sintetizando, no es el principio de Solidaridad la razón que justifica el aporte obligatorio en el Derecho Pensionario Peruano. La presencia de un sistema privado, en el que no existe solidaridad, descarta dicho postulado.

Entonces, ¿cuál es la razón que justifica la obligatoriedad del aporte? Simple: la inexistencia de un derecho a la “imprevisión”. Esta se refiere a la no existencia de un derecho a la indefensión frente a determinadas contingencias. Así:

No habiendo dado el seguro social libre resultados satisfactorios, se ha impuesto la necesidad de establecer el seguro obligatorio. Las primeras leyes de seguro obligatorio han provocado, en casi todos los países, importantes controversias. Pero hoy está universalmente admitido que el Estado moderno tiene el derecho y el deber, en interés general, de imponer la obligación del seguro. El individuo no puede reivindicar legítimamente un derecho a la imprevisión, que puede concluir, en caso de invalidez, de muerte prematura, o de vejez, dejándole o poniendo a sus familiares como una carga de la colectividad.⁶¹

Una persona no puede comportarse de forma irresponsable y no contribuir para el desarrollo de un fondo que pueda financiar sus necesidades básicas en situaciones especiales (vejez, invalidez, enfermedad, etc.). Ello implicaría trasladar la carga a su familia y a la sociedad.

Tengamos presente que el establecimiento de un esquema de aporte directo *facultativo* no funcionaría en nuestro medio. Esto se debe a que, como ha señalado Martínez Vivot, para la realidad latinoamericana, no existe una cultura de apoyo a

⁶¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *L'Organisation Internationale du Travail et les Assurances Sociales*. Ginebra: Organización Internacional de Trabajo, 1936.

los sistemas sociales.⁶² Un intento de financiar la Seguridad Social principalmente sobre aportes facultativos sería, con mucha probabilidad, un fracaso.

Por lo tanto, la razón final de la obligatoriedad se encontraría en la conjugación del necesario carácter del aporte directo con el derecho a la imprevisión. Siendo que no existe un derecho a dejar una carga a la familia y a la sociedad debido a un manejo irresponsable de la propia vida, y dado que el aporte es directo, los trabajadores deben realizar obligatoriamente aportes con fines pensionarios.

5.4. Posturas contrarias a la obligación de afiliarse y aportar

Sin perjuicio de todo lo señalado, es claro que existen posturas que rechazan la obligatoriedad de la afiliación y el aporte para fines pensionarios (e incluso previsionales en general). En el presente apartado haremos una breve síntesis de estas posturas.

En primer lugar, estas posturas contrarias al aporte obligatorio pueden esquematizarse en dos grupos distintos:

- Posturas que cuestionan las propias bases del concepto de Seguridad Social.
- Posturas que cuestionan la naturaleza directa del aporte pensionario.

5.4.1. Posturas que cuestionan las propias bases del concepto de Seguridad Social

Según señalamos, la Seguridad Social se sustenta en el principio de Solidaridad. Es decir, se basa en el deber que existe de la sociedad de contribuir, unos con otros, por el bienestar de todos.

⁶² MARTÍNEZ VIVOT, Julio. *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 586.

Pues bien, el espectro de pensamiento filósofo-jurídico que consagra la libertad del hombre como valor supremo al que todos los demás se subordinan, conformado por anarcocapitalistas,⁶³ libertarios,⁶⁴ capitalistas que creen en el libre mercado *puro*⁶⁵ y las diferentes subramas y matices que se constituyen entre estos grupos, considera que no debe obligarse a las personas a realizar pagos obligatorios en general (por ejemplo, impuestos), descartando así también el establecimiento de un mandato obligatorio a aportar con fines pensionarios.

En otras palabras, ninguna consideración de connotación solidaria o de contribución social puede justificar la limitación a la libertad de los ciudadanos. En ese orden de ideas, para tal línea de pensamiento el concepto de Seguridad Social, en general, y el principio de Solidaridad, en específico, se subordinan a la libertad del ser humano. El hombre podría contribuir a un sistema de solidaridad, sí, pero solo *libremente*, siendo inaceptable que sea obligado a ello.

De igual forma, dicho grupo también critica la medida debido a su paternalismo, es decir, el hecho de que el Estado decida (como si fuera nuestro padre) lo que considera mejor para los intereses de sus ciudadanos. Éstos se formulan la siguiente interrogante: ¿quién es el Estado para saber qué es lo que quiere cada persona? La crítica se basa en la autonomía de los individuos para hacer lo que ellos consideren mejor para sus intereses: Si un ciudadano desea gastar todos sus ingresos tan pronto los perciba y otro desea ahorrar el 90% de su sueldo para la vejez, entonces nos encontramos frente a decisiones ajenas, no hay nada qué criticar si se trata de la *preferencia* de otro sujeto. Así:

Los que creemos en la libertad debemos creer también que los individuos son libres para cometer sus propios errores. Si un hombre conscientemente prefiere vivir para hoy, usar todos sus recursos para el disfrute actual, deliberadamente escogiendo una vejez penosa, *¿sobre qué derecho podemos prevenirle que lo haga? ¿No hay alguna posibilidad de que él esté en lo correcto y nosotros equivocados?*

⁶³ Cfr. ROTHBARD, Murray. *Hombre, Economía y Estado*. Madrid: Unión Editorial, 2011.

⁶⁴ Cfr. NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

⁶⁵ Es decir, aquellos que rechazan intervenciones al mercado, y en esa línea discrepan de posturas como la del Capitalismo inclusivo.

La humildad es el valor distintivo de los que creen en la libertad; la arrogancia le corresponde a los paternalistas.⁶⁶ (El énfasis es nuestro)

En síntesis, la crítica radica en que no puede irse en contra de la libertad del hombre. Toda medida que fuerce a las personas a hacer algo que no necesariamente quieran hacer debe ser rechazada (por ejemplo, el pago de impuestos). Para el caso específico del tema pensionario, también puede alegarse que cada persona es consciente de lo mejor para sus intereses, siendo posible así que alguien decida no ahorrar, por lo que una medida estatal en la dirección contraria representa un atentado contra nuestra autonomía de la voluntad.

5.4.2. Posturas que cuestionan la naturaleza directa del aporte pensionario

En el punto anterior, hicimos un breve desarrollo de aquellas posturas que están en contra de que se imponga a los ciudadanos la obligación de afiliarse y realizar aportes previsionales. Pues bien, existen posturas que, si bien están a favor de los seguros sociales y de la contribución forzosa a los mismos, discrepan del modo de su financiamiento. En términos concretos, se está en contra de que el aporte sea *directo*.

El seguro social siempre será financiado por los ciudadanos. Empero, tal financiamiento puede hacerse de manera directa (aportes) o indirecta (transferencia de parte del Tesoro Público al seguro social). Así, puede plantearse que los regímenes pensionarios sean financiados de manera indirecta. En el Perú, dicho planteamiento se ha dado recientemente.

En efecto, en un estudio de la Universidad del Pacífico del año 2014, titulado “El sistema previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, Proyecciones 2014-2050 y Reforma”, se propuso la creación de una pensión universal no contributiva (es decir, que no se constituye por aportes directos), que se financiaría por el Tesoro Público.

⁶⁶ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1982. p.188.

Esta propuesta se sustenta en los defectos y falencias que ha tenido el modelo actual del sistema pensionario peruano (aporte directo). El estudio señalado es contundente al afirmar que el sistema previsional es un “fracaso”. Observemos:

El análisis de las secciones precedentes nos lleva a concluir que el sistema previsional en el Perú es un fracaso. Solo una de cada cuatro personas se jubila a través del sistema formal. La tasa de reemplazo, definida como la razón promedio entre la pensión y el ingreso, es cercana al 40% en el sistema privado y menos del 30% en el público. Las comisiones son tan elevadas que la rentabilidad de las AFP es más de cuatro veces la de los fondos que administran desde el 2000. Y, decenas de miles de aportantes a la ONP jamás recibirán pensión alguna.⁶⁷

En esa línea, los autores de tal estudio proponen el establecimiento de una pensión universal, que ascendería a unos S/. 200.00 soles.⁶⁸ Esta pensión universal sería “financiada con los impuestos del gobierno central”.⁶⁹

En síntesis, en el Perú se ha planteado el establecimiento de un sistema pensionario de aporte indirecto. Esta propuesta nace como respuesta a la ineficiencia del sistema pensionario actual para garantizar una cobertura adecuada a la población.

5.5. La justificación del aporte obligatorio del trabajador independiente

Hemos realizado un análisis esquematizado y adecuado, cuyo objetivo se encontraba en aprehender las razones por las que existe un marco pensionario obligatorio en el Perú. A nuestro juicio, consideramos que dichas razones son correctas y justas.

Lo que no es correcto, por otro lado, está en el alcance del marco pensionario obligatorio. No existe ninguna razón por la que dicho marco deba centrarse y

⁶⁷ CRUZ-SACO, María Amparo; MENDOZA, Juan y Bruno SEMINARIO. “El Sistema Previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, Proyecciones 2014-2050 y Reforma”. Documento de discusión. Lima: Universidad del Pacífico, 2014, p. 32.

⁶⁸ CRUZ-SACO, María Amparo; MENDOZA, Juan y Bruno SEMINARIO. *Ob. cit.*, p. 33.

⁶⁹ CRUZ-SACO, María Amparo; MENDOZA, Juan y Bruno SEMINARIO. *Ob. cit.*, p. 32.

limitarse en los trabajadores dependientes, dejando de lado a los trabajadores independientes.

Esto se debe a que las contingencias no discriminan en función a si un trabajador es dependiente o independiente. Observemos: “Las contingencias sociales, en efecto, pueden producir en los trabajadores independientes una variada gama de necesidades que, en síntesis, son las mismas que pueden sufrir los trabajadores dependientes”.⁷⁰

Y es que, sin ánimo de caer en obviedades, tanto el trabajador independiente como el dependiente son seres humanos. En tal sentido, tanto el dependiente como el independiente enfrentarán la vejez en algún momento de su vida, requiriendo para ello un ingreso que pueda satisfacer sus necesidades básicas. De igual forma, el riesgo de requerir asistencia médica (enfermedades, accidentes, etc.) no discrimina porque un trabajador sea dependiente o independiente.

Así, el postulado del Estado que justifica la imposición de aportar a un sistema pensionario se cumple de manera parcial e incongruente en el sistema jurídico peruano. A grandes rasgos, nuestro sistema pensionario es un sistema *dividido*. En el mismo, los trabajadores sujetos a una relación de dependencia aportan de forma obligatoria; mientras que los trabajadores independientes pueden aportar si así lo desean, no siendo obligados a hacerlo.

El sistema peruano cae, pues, en un modelo *bifurcado* irracional. El trato que asigna no es uniforme, sino que más bien es extremadamente distinto según el sujeto al que regula. El Estado obliga a la afiliación y aporte, sin consideraciones o excepciones, a un grupo determinado de trabajadores (dependientes), cumpliendo así con los fines y objetivos del Derecho Pensionario. No obstante, a la vez libera a otro grupo de trabajadores (independientes) de cualquier obligación de afiliarse y aportar.

⁷⁰ CEBALLOS TAPIA, Herman y Juan GUMUCIO RIVAS. *Los trabajadores independientes frente a la Seguridad Social*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 24.

Este sistema, entonces, es errado. Es necesario que el marco legislativo extienda la obligatoriedad a los trabajadores independientes. Como veremos en el subsiguiente capítulo, el Estado intentó ejecutar dicha medida, la que no obstante no logró ser implementada de manera exitosa. En tal sentido, hoy en día no existe obligatoriedad alguna para los independientes en cuanto a la afiliación y aportes pensionarios.

Sobre la base teórica desarrollada en el presente capítulo, procederemos a hacer el análisis a nivel (i) histórico; (ii) empírico; y (iii) teórico del sistema pensionario en el Perú. Esto se realizará a lo largo de los siguientes capítulos, correspondiendo el inmediatamente siguiente a la evaluación histórica de las normas pensionarias que derivaron en la situación actual bifurcada.



Capítulo II:

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO LEGAL DEL TRABAJADOR INDEPENDIENTE EN EL DERECHO PENSIONARIO PERUANO

1. Introducción y esquematización

En el presente capítulo, nos enfocaremos en apreciar la influencia del trayecto de las normas históricas (evolución legal) en la situación actual del Derecho Pensionario peruano. En concreto, se trata de evaluar qué etapas recorrió la normativa peruana para derivar en una estructura actual de obligatoriedad parcial.

Debemos recordar que de manera previa al ingreso del SPP en el Perú, el sistema pensionario en nuestro país funcionaba como un modelo de Seguro Social. Así, se regía bajo los principios, lineamientos y caracteres de los regímenes contributivos.

Procederemos entonces a realizar un breve resumen de las características de los principales regímenes de pensiones que estuvieron vigentes en el Perú. Luego de hecho ese recuento, se hará un análisis de los fenómenos involucrados en las variaciones normativas históricas respecto a la integración (o exclusión) de los trabajadores independientes. El recuento de los señalados regímenes se hará teniendo especialmente en cuenta los siguientes aspectos: (i) marco de sujetos obligados a aportar al sistema; (ii) esquema de financiamiento del sistema; y (iii) configuración del principio de Solidaridad en el sistema. Sobre dichos puntos girarán el análisis y las propuestas de los capítulos posteriores.

2. Trayecto histórico de las normas de seguro social

En el presente apartado, haremos una exposición y recuento, por separado, de las siguientes normas:

- Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío del 22 de enero de 1850 (carente de numeración).
- Ley N° 8433, Ley de Seguro Social Obligatorio, promulgada el 2 de setiembre de 1936 y publicada el 4 de setiembre del mismo año..
- Ley N° 13724, Ley del Seguro Social del Empleado, promulgada el 18 de noviembre de 1971, y publicada el 20 de noviembre del mismo año.
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones, publicado el 30 de abril de 1973.

Este proceso nos permitirá aprehender de forma clara las variaciones en el trayecto que ha recorrido la obligatoriedad del aporte en el Perú.

2.1. La Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío de 1850⁷¹

Empezamos con la primera norma sobre pensiones en el Perú: La Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío de 1850, también conocida como “Ley de Goces”. Esta norma estableció la dación de pensiones para empleados públicos en caso de vejez o enfermedad. Observemos:

Art. 1.º Todos los empleados públicos con títulos de Gobierno lejítimo (sic), tienen derecho á (sic) la jubilacion (sic), en el caso de que una edad avanzada, o enfermedad crónica legalmente comprobadas, les impidan continuar en el desempeño de sus destinos. La edad avanzada de la que se habla en este artículo se entenderá de setenta años para arriba.

La Ley de Goces tenía las siguientes características:

- Se requería un mínimo de 7 años de servicio para acogerse a los beneficios de la norma.

⁷¹ Debemos precisar que esta norma no hace referencia alguna a los trabajadores independientes. Más aún, su campo de acción, como veremos, se limitaba a los servidores públicos. En tal sentido, su mención y desarrollo se hace debido a que constituye la primera norma histórica pensionaria peruana. Se trata, pues, de una referencia general pertinente.

- La pensión se determinaba en función al tiempo de servicio. Así, el que laboró 7 años percibía una pensión equivalente a 7/30 de su salario. De igual forma, el que hubiese laborado 30 años percibiría como pensión su sueldo íntegro.
- No abarcaba a miembros militares, salvo que éstos hubieran realizado labores civiles. En tal caso, se computaba el período de servicio militar para la cuantificación de la pensión.

En cuanto al esquema de financiamiento, la Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío no establecía aporte directo alguno. Sucede que la norma no hace referencia alguna al método de financiamiento. Por el contrario, la norma establece qué pliegos presupuestales se encuentran a cargo de asumir las erogaciones necesarias para el pago de las pensiones en el marco de la norma. Observemos:

Art. 9.º [...]

El haber a que sean acreedores se considerará en el presupuesto de la oficina en que últimamente sirvieron. Esto mismo se practicará con los jubilados. Del sueldo de los cesantes se deducirá el cuatro por ciento para el montepío (sic) á (sic) los que no lo hayan renunciado.

La lectura de este artículo, y también del resto de la norma, nos lleva a afirmar que el régimen pensionario de la Ley de Goces se financiaba por medio de aportes *indirectos*. Esto es, el Estado asumía su costo mediante recursos del tesoro público.

Entonces, el primer régimen pensionario peruano no concebía un esquema de aportes directos. Por el contrario, el mismo se financiaba por medio del erario nacional.

A ello hay que sumarle que este régimen pensionario tenía un campo de acción limitado. No sólo se limitaba a trabajadores sujetos a una relación de dependencia, sino que también exigía que dicha relación tenga como parte empleadora al Estado.

Para finalizar, este Régimen estuvo abierto hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que mediante Decreto Supremo s/n se introducen modificaciones a la Ley N° 13724,

Ley del Seguro Social del Empleado. Dicho decreto establecía que los empleados públicos nombrados con posterioridad a la señalada fecha se incorporaban al señalado Seguro Social del Empleado.

Un aspecto relevante a señalar sobre este régimen es su consideración como parte del tracto histórico de la Seguridad Social en el Perú. En realidad, consideramos que el mismo es un prolegómeno de dicho concepto.

Sucede que el régimen pensionario de la Ley de Goces en realidad aparece como la semilla de un esquema de aprovechamiento exclusivo para un determinado sector de trabajadores. Carente de cualquier vocación de universalidad, era muy difícil sostener que, por lo menos durante la época en que no existieron otros regímenes de Seguridad Social, el régimen de la Ley de Goces no era una manifestación de Seguridad Social. Así, Pasco Cosmópolis sostiene que el señalado régimen carece de los elementos constitutivos y no se ciñe a los principios de la Seguridad Social.⁷² De igual forma, Gonzáles Hunt señala:

En puridad los beneficios concedidos por la Ley de Goces se otorgan en el marco de una relación de carácter estatutario instituido entre el Estado y aquellas personas que le prestaban servicios en una etapa previa a la configuración del Derecho del Trabajo y en un ámbito más cercano a lo que hoy conocemos como Derecho Administrativo.⁷³

El régimen de la Ley de Goces fue cerrado por Decreto Supremo s/n de fecha 11 de julio de 1962. Dicho Decreto Supremo es el que, a la vez, introduce modificaciones a la Ley N° 13724.

2.2. La Ley N° 8433, Ley de Seguro Social Obligatorio (1936)

La Ley N° 8433, Ley del Seguro Social Obligatorio, denominada también Ley de Seguro Social Obrero, estableció un esquema de protección parcial, pues sólo

⁷² PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los principios de la seguridad social y los diversos sistemas pensionarios. En: *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 261.

⁷³ GONZALES HUNT, César. *Ob. cit.*, p. 431.

alcanzaba a los obreros. Nótese que este régimen convivió con la Ley de Goces hasta 1961, año en que fue derogado.

La Ley N° 8433 tenía las siguientes características:

- Abarcaba solamente a los trabajadores obreros como asegurados obligatorios, dependientes e independientes.
- Se encontraban excluidos de este régimen los trabajadores del Estado, los obreros que estuviesen afiliados a una caja especial de pensiones, y otros abarcados por supuestos específicos.
- Consignaba la posibilidad de asegurarse voluntariamente.
- Planteaba un esquema de inversión de los fondos recaudados.
- Abarcaba pensiones por enfermedad, maternidad, invalidez y vejez.

A diferencia de la Ley de Goces, la Ley del Seguro Social Obrero establece de forma expresa la estructura de financiamiento de dicho régimen. Observemos:

Art. 7°—El seguro social se financia:

- a)—Con las cuotas de los asegurados, los patronos y el Estado;
- b)—Con el producto de las multas que se impongan por infracciones a la presente ley y de todas las demás de carácter social;
- c)—Con los intereses de sus capitales y reservas;
- d)—Con los legados y donaciones que se hicieren y las herencias que se le dejaren;
- e)—Con un impuesto del 1 por ciento sobre el valor de las cancelaciones o pagos que hagan el Estado, los Consejos Municipales y las Compañías Fiscalizadas, con excepción de los servicios de las deudas externa e interna, subvenciones a instituciones de beneficencia o de instrucción gratuita, emolumentos, sueldos, pensiones y jornales;
- f)—Con un impuesto adicional al tabaco, del 2 por ciento; y
- g)—Con un impuesto adicional al consumo de alcoholes y bebidas alcohólicas del 2 por ciento.

El artículo citado nos permite afirmar que el Seguro Social Obrero tenía un sistema de financiamiento *mixto*. En efecto, el mismo se financiaba con (i) aportes directos (obsérvese el inciso a del artículo); y (ii) aportes indirectos (ingresos recaudados por impuestos que iban directamente al patrimonio del régimen, entre otros).

En cuanto a los aportes directos, podemos anotar que los mismos no eran sólo de cargo del afiliado, sino también del empleador para el que trabajaba. Así:

Art. 8°—Las cuotas a que se refiere el inciso a) del artículo anterior serán las siguientes:

Asegurados dependientes: 2.5% el asegurado; 4.5% el patrono y 1% el Estado;

Asegurados independientes: 3.5% el asegurado; y 2.5% el Estado

Asegurados facultativos: 7% el asegurado; y 1% el Estado.

La razón por la cual los empleadores (y el Estado) también aportaban radicaba en garantizar que la cotización total del trabajador logre una suma suficiente y decente. Debemos observar que, en dicha época, el principio de Solidaridad contemplaba un deber del empleador de apoyar a sus trabajadores al cumplimiento de sus cuotas de aporte, contribuyendo en última instancia al financiamiento del fondo de pensiones.

El Sistema de Seguro Social Obrero representa el inicio de la Seguridad Social en el Perú. Este sistema contiene todos los principios informadores de la Seguridad Social.

En específico, observamos que el principio de Solidaridad aparece y se manifiesta de forma fuerte e integral. Llama la atención el hecho de que los empleadores también aportaban al sistema de Seguridad Social. Esto develaba que a dicho concepto se le asignaba un mayor alcance anteriormente, en contraste con lo que sucede en la actualidad, pues desde 1995 (Ley N° 26504) el aporte para pensiones al Sistema Nacional de Pensiones, que absorbió en 1973 el régimen de los obreros, es asumido en su integridad por los trabajadores.

En efecto, el principio de Solidaridad aparece en la contribución de *todos*. Indirectamente, toda la población contribuía, pues parte de los ingresos del fisco iban a parar al citado régimen pensionario. Directamente, los futuros beneficiarios y sus empleadores apoyaban al desarrollo de un sistema que pudiese garantizar las necesidades de aquellos que sufriesen alguno de los riesgos que son objeto de regulación por parte de la Seguridad Social.

De otro lado, la Ley N° 8433 es una norma que no limitaba el manto de la obligatoriedad a los trabajadores enmarcados en una relación de dependencia. Todo lo contrario, la misma también se extendía a los independientes. Esta obligación, no obstante, tenía caracteres especiales. Observemos:

Art. 2°—El seguro social es obligatorio:

a)—Para todas las personas de uno u otro sexo, menores de 60 años de edad, que trabajan habitualmente bajo dependencia de un patrono, sea este persona natural o jurídica, de derecho público o privado, siempre que su salario anual no exceda de 3,000.00 soles oro.

Quedan también comprendidos en el seguro obligatorio los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico;

b)—Para los aprendices, aunque no reciban salario;

c)—Para los que trabajan independientemente, si sus ingresos anuales no exceden de 3,000.00 soles oro.

En realidad, el enfoque de la Ley N° 8433 estaba en una categoría no exclusiva de los trabajadores dependientes o independientes: los obreros. Así, cabe anotar que para esa época, “la legislación relativa a los obreros comprende a todos aquellos servidores que realizan labores de carácter manual en empresas comerciales, agrícolas, mineras [...]”.⁷⁴

La Ley de Seguro Social Obrero, según señalamos, representa el inicio de la Seguridad Social en el Perú. En ese orden de ideas, dicho sistema buscaba integrar a una totalidad de trabajadores del país, sean independientes o dependientes. Ello, claro está, con la excepción de aquellos que ya estuviesen en algún otro sistema pensionario.

Ahora bien, este régimen establecía una limitación en función a los ingresos anuales. Así, según el ya citado artículo 2 de la Ley N° 8433, todo aquel que generase más de S/. 3,000.00 soles oro al año, sin importar si fuese trabajador dependiente o independiente, era eximido de la obligación de aportar.

⁷⁴ VALDEZ TUDELA, Napoleón. *Comentarios a la Legislación Social Peruana*. Lima: Librerías e Imprentas D. Miranda, 1958, p. 243.

Este sistema aún no manejaba un concepto del principio de Solidaridad tan integral como el actual. En efecto, al establecer que no estaban obligados al aporte aquellos que generaban más de S/. 3,000.00 soles oro al año, se estaría inobservando el sentido del principio de Solidaridad referente a que los de mayores ingresos apoyan incluso en mayor medida que los que tienen ingresos menores. Esto se verá con mayor profundidad en un siguiente apartado.

Por otro lado, como se verá más adelante, es importante hacer una mención a los supuestos que derivaban en la no consideración como asegurados obligatorios. Así:

Art. 3°—No se consideran asegurados obligatorios:

- a)—Las personas comprendidas en la Ley N° 4916 y sus ampliatorias, para quienes se dictará un régimen especial de previsión;
- b)—Los empleados del Estado. Consejos Municipales, Sociedades Públicas de Beneficencia y Compañías Fiscalizadas;
- c)—Los obreros que se encuentren afiliados a una caja especial de jubilaciones y pensiones, siempre que su organización fuere anterior a la presente ley y que su funcionamiento hubiese sido autorizado por el Estado.
[...]
- d)—Los menores de 11 años y los que sin recibir salario en dinero trabajan en casa de sus padres y por cuenta de éstos;
- e)—Los miembros de la familia del trabajador que vivan con el (sic), trabajen a su servicio y no reciban salario en dinero;
- f)—Los accidentados del trabajo o enfermos profesionales que perciben, han percibido o puedan percibir una renta vitalicia.
[...]
- g)—Los obreros cuyo número de jornadas anuales de trabajo es inferior a 90.

Especial énfasis merece el inciso g), que señala que no son asegurados obligatorios aquellos obreros que realicen menos de 90 jornadas de trabajo al año. Este aspecto será evaluado a fondo en el apartado dedicado al análisis del tracto histórico pensionario.

La Ley de Seguro Social Obrero fue objeto de una derogación secuencial y progresiva. Así, su marco de pensiones de invalidez, vejez y viudez/orfandad (entendida ésta como una prestación periódica a favor de la mujer e hijos del obrero

fallecido) fue derogado por la Disposición Final del Decreto Ley N° 19990, vigente desde el 1 de mayo de 1973.

Luego, sus prestaciones restantes (maternidad y enfermedad), fueron eliminadas por el Decreto Ley N° 22482, Régimen de Salud de Seguro Social, publicado el 28 de marzo de 1979. Este Decreto Ley, en su Segunda Disposición Final, derogó la Ley N° 8433.

En ese orden de ideas, se puede señalar que el “seguro pensionario” del régimen obrero fue derogado por el Decreto Ley N° 19990. Mientras que el “seguro de salud” del mencionado régimen fue derogado por el Decreto Ley N° 22482.

2.3. La Ley N° 13724, Ley del Seguro Social del Empleado (1961)

La Ley N° 13724 representa el punto culminante de una etapa previa de organización dirigida a lograr constituir un seguro social integral y eficiente.

A continuación, un breve resumen de sus antecedentes.

Mediante Ley N° 10807, publicada el 15 de abril de 1947, se dispuso la creación del “Seguro Social del Empleado Público y Particular”. Un año después, y en el marco de la dictadura de Manuel Odría (1948-1956), se expide el Decreto Ley N° 10922 (publicado el 22 de noviembre de 1948), norma que precisaba que el empleado debía protegerse frente a las contingencias de enfermedad, maternidad, vejez, invalidez y muerte.

En esa línea, se publicó el 4 de febrero de 1949 el Decreto Ley N° 10941, que creó el Régimen de Salud del Empleado. Cabe anotar que este (i) no regulaba nada sobre la contingencia de la vejez; y (ii) se enfocaba en los trabajadores dependientes, no habiendo mención alguna a los independientes.

Retomando la línea principal, tenemos que la Ley N° 13724 se implementó luego de una etapa de organización. Observemos:

Transcurrida la etapa de organización, se dicta la Ley 13724, del Seguro Social del Empleado, promulgada el 18 de noviembre de 1961. En esta se señala que el Seguro Social del Empleado es una institución autónoma con personería jurídica de derecho público interno, destinada a cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte de los empleados, que tiene carácter obligatorio y que comprende dos ramas: a) Caja de Enfermedad maternidad, y, b) Caja de Pensiones.⁷⁵

Así, el 20 de noviembre de 1961 se publica la Ley del Seguro Social del Empleado. No obstante, el texto original constaba de tres títulos y sólo hacía referencia a un sistema de pensiones de enfermedad y maternidad (Caja de Enfermedad-Maternidad).

En realidad, este régimen entró en vigencia el día 11 de julio de 1962, fecha en que aparece el Decreto Supremo que introduce modificaciones a la Ley N° 13724. En concreto, el referido decreto adiciona todo un Título (Título IV – Caja de Pensiones) dedicado a la regulación del fondo de pensiones del Seguro Social del Empleado.

Este régimen de pensiones se caracterizaba por lo siguiente:

- Tenía por objetivo unificar bajo un solo régimen a los trabajadores particulares y públicos.
- Era de afiliación obligatoria, sin importar la cuantía del sueldo, para los señalados trabajadores particulares y públicos.
- Contemplaba afiliaciones facultativas para sujetos no obligados a afiliarse.
- Las pensiones se determinaban en función a fracciones del sueldo promedio obtenido por el asegurado en los últimos 36 o 60 meses, dependiendo de cuál sea el mayor. La fracción se establecía de acuerdo al tiempo aportado.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente N° 00717-2010-PA/TC, fundamento décimo tercero.

En cuanto a su financiamiento, la Ley N° 13724 establecía lo siguiente:

Artículo 84°—El patrimonio de la Caja de Pensiones está constituido por:

- a) Las contribuciones de los asegurados y de los empleadores;
- b) Las inversiones que efectúe conforme a Ley;
- c) El rendimiento de sus bienes; y
- d) Las aportaciones que reciba por cualquier concepto.

Observamos que, comparado con el régimen de la Ley N° 8433, el régimen de la Ley de Seguro Social del Empleado deja de lado el esquema de financiamiento mixto planteado por aquella y se pasa a uno de naturaleza plenamente directa.

De acuerdo al artículo 84 de la Ley del Seguro Social del Empleado, el Estado deja de aportar con recursos del tesoro público al patrimonio del régimen pensionario. En el régimen del Seguro Social del Empleado el aporte lo hacen los afiliados de forma directa (inciso a), o cualquier otra persona natural o jurídica interesada en contribuir al desarrollo de la Seguridad Social en el Perú (inciso d).

Cabe anotar que los incrementos del patrimonio de la Seguridad Social motivados por los rendimientos e inversiones de los fondos (incisos b) y c) no pueden considerarse *aportes al* Patrimonio de la Seguridad Social. Son, más bien, ingresos *derivados del* Patrimonio de la Seguridad Social. Esto es, ingresos generados por el propio patrimonio autónomo, mediante la gestión y aprovechamiento de sus recursos.

En cuanto a la manifestación del principio de Solidaridad, en este régimen dicho principio aparece, naturalmente, en los aportes que hacen los trabajadores y los empleadores a un fondo común. El principio de Solidaridad se mantiene, pues, también presente hasta este momento de la historia de la Seguridad Social peruana.

Finalmente, cabe señalar que la Ley N° 13724 fue derogada por el Decreto Ley N° 22482, Ley del Régimen de Prestaciones de Salud de Seguro Social del Perú,

publicado el 28 de marzo de 1979. No obstante, en la práctica el régimen de la Ley N° 13724 se cerró con el ingreso del Decreto Ley N° 19990, que integró a sus asegurados al nuevo régimen unificado denominado Sistema Nacional de Pensiones.

2.4. El Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (1973) – Régimen previo a la instauración del SPP

El Decreto Ley N° 19990, publicado el 30 de abril de 1973 y vigente desde el 1 de mayo del mismo año, puso fin al esquema disperso de normas pensionarias. Su objetivo era unificar, bajo un solo régimen, las normas pensionarios para los trabajadores particulares. Observemos su encabezado:

CONSIDERANDO:

[...]

Que el Plan Nacional de Desarrollo establece como uno de los objetivos de política de Seguridad Social a mediano plazo la unificación de los diversos regímenes de seguridad social existentes.

En concreto, el Decreto Ley N° 19990 agrupa y unifica los regímenes de la Ley N° 8433 y la Ley N° 13724. Y de igual forma, se erige como el régimen acogedor de los nuevos trabajadores estatales (a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 20530, publicado el 27 de febrero de 1974). En cuanto a lo primero, observemos la Segunda Disposición Transitoria:

Segunda Disposición Transitoria - Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensionistas de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado o así como los pensionistas de invalidez del régimen de la Ley N° 8433 quedarán integrados, a partir del 1 de mayo de 1973, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto - Ley.⁷⁶

⁷⁶ Dicha redacción fue producto de la modificación establecida por el artículo 1 del Decreto Ley N° 20604. La redacción original era la siguiente:

“SEGUNDA.- Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado quedarán integrados, a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto Ley”.

En cuanto a su financiamiento, observemos lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Ley N° 19990:

Artículo 6.- Constituyen fuentes de financiamiento del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social:

- a) Las aportaciones de los empleadores y de los asegurados;
- b) El producto de las multas y recargos por las infracciones a este Decreto Ley y su Reglamento;
- c) El rendimiento de sus inversiones;
- d) Los intereses de sus capitales y reservas; y
- e) Las donaciones que por cualquier concepto reciba.

El esquema de financiamiento era idéntico al del régimen del Seguro Social del Empleado. Así:

- Existen aportes *directos*. Estos pueden ser obligatorios (por ejemplo, el de los trabajadores obligados) o voluntarios (el de los trabajadores independientes), que se dan con el objeto de formar parte del SNP. Por otro lado, también pueden haber ingresos directos desvinculados (inciso e), como las donaciones que el SNP reciba sin que haya afiliación del donante al sistema.
- Existen ingresos *derivados*. Estos son aquellos que nacen producto de las actividades del SNP. Así, en esta categoría se encuentran el rendimiento de las inversiones (inciso c), los intereses (inciso d), y lo recolectado por las multas impuestas a infractores del sistema (inciso b).
- No existe, en teoría, aporte *indirecto*. Según observamos, el SNP no ha planteado el aporte del Tesoro Público a su patrimonio. En otras palabras, el patrimonio del SNP no es sólo autónomo, sino que también es *autosostenible*.

En cuanto al principio de Solidaridad mientras el SNP no coexistía con el SPP, observamos que dicho principio se observaba en sus dos vertientes. La intergeneracional se verificaba en el hecho de que el SNP proyectaba que los aportantes presentes financien las necesidades de los jubilados, y los aportantes futuros la de los hoy aportantes presentes. De otra parte, la intrageneracional se

cumplía en el hecho de que el aporte era mayor o menor según los ingresos con los que se contaba.

En conclusión, han sido varios los regímenes pensionarios que se han sucedido en la historia jurídica del Perú. Todos ellos, en conjunción con un régimen de seguro de salud, muy útiles para entender y analizar, a continuación, los motivos por los que el sistema actual se encuentra bifurcado.

3. La estructura bifurcada histórica del sistema pensionario a la luz de la naturaleza de los trabajadores

En el presente apartado, haremos una evaluación y análisis de los datos presentados por el recuento histórico de los sistemas pensionarios en el Perú. Desarrollaremos y aprehenderemos los cambios en la estructura y el alcance de los seguros pensionarios para con los trabajadores.

En primer lugar, debemos señalar que la obligatoriedad del aporte para los independientes no es una medida nueva. En realidad, dicha medida aparece con el primer régimen de Seguridad Social (Ley N° 8433).

Del tracto histórico resumido presentado, observamos pues que el origen de la Seguridad Social en el Perú aparece con un sistema que, al menos en teoría, no tenía ninguna objeción respecto a la naturaleza del trabajador (dependiente o independiente) para obligarlo a aportar, limitándose eso sí a un sector específico de trabajadores..

Así, el Régimen de la Ley N° 8433 nace con el objeto de dar cobertura pensionaria a los obreros peruanos. La definición de “obrero”, para este caso, es una de naturaleza funcional-locacional. El obrero era, en términos generales, aquel que trabajaba en una fábrica, manufactura, o similares prestando servicios manuales (y no intelectuales). En términos específicos, era aquel sujeto que trabajaba dentro de una línea de producción o para el desarrollo de una obra.

El Régimen del Seguro Social Obrero nace y toma como punto de partida, en esencia, a dos sistemas diferentes: El Seguro Social Obligatorio alemán de finales del siglo XIX y el Seguro de Retiro Obrero español de 1919. En su ánimo de hacer viable la propuesta, el legislador peruano no tomó en cuenta que estas experiencias se sustentaban en un esquema sociocultural distinto. Más aún, no proyectó que en el Perú el desarrollo de la cultura y costumbres laborales podría derivar en que el sistema propuesto se convirtiese en obsoleto para los (obreros) independientes.

Sobre la base del Seguro Social Obrero, se construyen los posteriores seguros sociales ya relatados en el apartado anterior. Como desarrollaremos en los siguientes apartados, estos regímenes configuraron un marco pensionario exclusivo para trabajadores dependientes. Luego, el Decreto Ley N° 19990 estableció el esquema pensionario que hasta la fecha se mantiene vigente. En adición a dicho modelo, se dictaron propuestas no normativas respecto a la obligatoriedad del independiente, las que merecen también aquí ser evaluadas.

En base a todo lo señalado, esquematizaremos el presente análisis en los siguientes puntos: (i) influencia del Seguro Social Obligatorio de Alemania de fin del siglo XIX y del Seguro de Retiro Obrero español de 1919; (ii) migración del concepto de “Obrero” a “Empleado”; y (iii) el Decreto Ley N° 19990 y la regulación pensionaria para los independientes; y (iv) las propuestas posteriores no normativas, como la de la SAFP (1999) y la de la Comisión Técnica de la Ley N° 28991 (2007).

3.1. Marco histórico – Orígenes y estructura de los seguros sociales alemán y español

3.1.1. Marco histórico del origen del Seguro Social Obligatorio alemán

Hemos señalado que el Régimen del Seguro Social Obrero peruano se constituyó bajo la influencia del Seguro Social Obligatorio alemán de fines del Siglo XIX. Esta

afirmación es fácilmente sustentable. Sucede que los primeros regímenes históricos de seguros sociales en el mundo occidental (finales del Siglo XIX – inicios del siglo XX) han tomado en cuenta al Seguro Social Obligatorio alemán de fines del Siglo XIX.⁷⁷

El Seguro Social Obligatorio alemán de fines del Siglo XIX representa el inicio del concepto de Seguro Social. Pues bien, es natural que otros países (como el Perú) hayan tomado en consideración dicha estructura para elaborar sus propios seguros sociales.

Antes de ingresar al análisis de fondo, cabe explicar a qué nos referimos con “Seguro Social Obligatorio alemán”, de fines del Siglo XIX. Dicho concepto hace referencia a la estructura normativa construida por tres normas:

- Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedades (*Krankenversicherungsgesetz*), del 15 de junio de 1883.
- Ley del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo de los Obreros y Empleados de Empresas Industriales (*Unfallversicherungsgesetz*), del 06 de julio de 1884.
- Ley del Seguro Obligatorio de Invalidez y Vejez (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung*), del 22 de junio de 1889.

Dando inicio al análisis, podemos señalar que este conjunto de normas se origina sobre una realidad histórica específica: la explosión industrial de Alemania. En efecto, el crecimiento de la actividad industrializada en Alemania generó la aparición de nuevos riesgos y contingencias sociales. Así:

Además, los empleadores no se consideraban obligados a solventar los gastos de enfermedad, accidentes de trabajo, etcétera, por considerar que tales egresos aumentaban los costos de producción. Por consiguiente, los obreros ubicados en tan lamentable situación, teóricamente debían atender con sus magros salarios los riesgos y

⁷⁷ NUGENT, Ricardo. “La seguridad social: su historia y sus fuentes”. En AA.VV. *Instituciones del derecho de trabajo y de la seguridad social*. México D. F.: UNAM, 1997, p. 612.

contingencias sociales [...]. Fue así como, progresivamente, surgieron los sistemas iniciales de protección como el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, la responsabilidad civil y la asistencia pública.⁷⁸

Esta situación era percibida, naturalmente, como injusta por la clase obrera. Luego, este colectivo constituía el cimiento perfecto para la construcción de propuestas, políticas y partidos sociales. Frente a ello, Otto von Bismarck (1815-1898), canciller de Alemania y persona de posición conservadora, decidió combatir el posible surgimiento y masificación de la corriente social. Para ello, en paralelo a las represalias contra el Partido Socialdemócrata, dispuso combatir el problema de raíz: las condiciones de injusticia padecidas por los obreros. Luego:

Bismarck era indudablemente un hombre de Estado y un hábil político. Comprendió que no podía solamente basar su acción en una serie de medidas represivas. Había que ir hacia las causas más profundas de la inquietud social que personificaron los perseguidos. Vio claramente la necesidad de mejorar la suerte de la clase obrera y así nació en su mente el ir a la creación de los seguros sociales, cuya paternidad histórica se le adjudica por tal motivo.⁷⁹

Así pues, el Seguro Social se origina en una realidad política y económica peculiar: la existencia de una gran masa de personas necesitadas de protección frente a riesgos principalmente propios de sus actividades (accidentes de trabajo y enfermedades relacionados con la actividad obrera) y el intento del gobierno de evitar que dichas necesidades fuesen aprovechadas por movimientos políticos sociales.

La creación del Seguro Social alemán se vio, pues, enfocado en un grupo específico de personas: los obreros. Esto tenía sentido, por cuanto los mismos eran los agentes que sufrían a menudo las contingencias que cubren los Seguros Sociales (enfermedades y accidentes de trabajo). El enfoque exclusivo de los obreros, sujetos *asalariados y a cargo de un patrono*, se hace en mérito a que, en la coyuntura alemana de esa época, era ese el grupo de personas que merecía un enfoque y trato especial.

⁷⁸ NUGENT, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 612.

⁷⁹ BOWEN HERRERA, Alfred. *Introducción a la seguridad social*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 35.

Ahora bien, luego aparece el *Reichsversicherungsordnung*, de fecha 31 de mayo de 1911, que unifica y codifica las disposiciones establecidas en las normas anteriores. Presentamos a continuación una síntesis de las principales características del Seguro Social Obligatorio alemán de acuerdo a Rodríguez Mesa:⁸⁰

- Aporte tripartito. En el financiamiento de las futuras pensiones, participaban el Estado, el empleador y el obrero.
- Su campo de aplicación se limitaba a trabajadores industriales.
- Seguro de carácter obligatorio (*Versicherungspflicht*).

Sumado a ello, cabe anotar algunas características del Régimen del Seguro Obligatorio de Invalidez y Vejez. Ello, por cuanto más adelante observaremos la influencia de estos caracteres en la normativa española y peruana. Así:

- Era de alcance obligatorio para todos aquellos obreros, hombres y mujeres, que generasen menos de 2,000 marcos al año.
- La pensión se concedía a los setenta años de edad.
- Luego de una reforma (realizada el mismo año en que se promulgó la norma base), el Régimen de Seguro Obligatorio de Invalidez y Vejez abarcaba también a trabajadores independientes.⁸¹ No obstante ello, dicho grupo en la práctica representó una minoría.

Debemos resaltar que el Seguro Social Obligatorio alemán fue un modelo dirigido a una determinada categoría: el obrero. Su enfoque pasaba por amparar a todo aquel agente que realizara labores manuales en las industrias. Este seguro nace como una respuesta frente al proceso histórico de la migración alemana de un estado agrario a

⁸⁰ RODRÍGUEZ MESA, Rafael. *Estudios sobre seguridad social*. Tercera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 14.

⁸¹ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. *La Seguridad y la Protección Social en México. Su necesaria reorganización*. México D. F.: Universidad Autónoma de México, 2012, p. 7.

uno industrializado. Es frente a dicho proceso que el Estado alemán decide establecer su esquema de seguro social.⁸²

3.1.2. El Seguro de Retiro Obrero español (1919)

Si bien el inicio del Seguro Social en España se da con la Ley de creación del Instituto Nacional de Previsión, de fecha 27 de febrero de 1908, consideramos que la norma que influye directamente en el Régimen de la Ley N° 8433 es la del Seguro del Retiro Obrero español, aprobado por Real Decreto de fecha 10 de marzo de 1919. Esto en función a dos razones distintas:

- El Régimen del Retiro Obrero español se encuentra, en términos cronológicos, más cercano a la Ley N° 8433. Entre ambos instrumentos sólo media un plazo de 17 años (1919 a 1936). Por contraste, el régimen base establecido por la Ley de creación del INP se origina en 1908 (24 años de diferencia).
- El régimen iniciado con la creación del INP era uno de aporte voluntario. Por contraste, el Régimen del Retiro Obrero establecía un esquema de aportes obligatorios.

En España, el Seguro de Retiro Obrero nace como instrumento de “pacificación social”.⁸³ En efecto, al igual que la situación en Alemania, en España se vivía un clima de insatisfacción respecto a la relación entre el empresariado y el proletariado. Esto se materializó en huelgas y marchas que generaron en el Estado la presión de buscar la forma de apaciguar el descontento social.⁸⁴

Según señalamos, el Seguro del Retiro Obrero español fue aprobado por Real Decreto de fecha 10 de marzo de 1919. No obstante, el mismo recién comienza a

⁸² RUMO-JUNGO, Alexandra. *Haftpflicht und Sozialversicherung*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1998, pp. 20-21.

⁸³ ELU TERÁN, ALEXANDER. “Las pensiones públicas de vejez en España, 1908-1936”. En AA.VV., *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, p. 162.

⁸⁴ *Ibíd.*

aplicarse dos años después, con la emisión de su reglamento aprobado por Real Decreto de fecha 21 de enero de 1921 (en adelante, Reglamento del Retiro Obrero). Este régimen tenía las siguientes características:

- Afiliación obligatoria. La afiliación obligatoria se establecía para aquellos que cumplieren tres requisitos. Observemos el artículo 1 del Reglamento del Retiro Obrero:

Artículo 1.º Para tener derecho a ser incluido (sic) en el régimen de Seguro obligatorio de vejez se requieren tres condiciones:

- 1.ª Ser asalariado.
- 2.ª Estar comprendido entre los diez y seis y los setenta y cinco años de edad.
- 3.ª Tener un haber anual que, por todos los conceptos, no exceda de 3.000 pesetas.

- Se admitía la afiliación voluntaria para aquellos que no cumplieren con lo requerido para ser afiliado obligatorio
- Contemplaba dos períodos distintos de ejecución. En el primero, los obligados al aporte serían los empleadores y el Estado. En el segundo período, se sumaría a dichos agentes obligados el trabajador.
- Separaba a los afiliados en dos grupos: en función a si eran mayores a 45 años o no. Se constituyó un fondo de bonificación extraordinaria para nutrir las cuentas de los mayores de 45 años.
- Era un sistema de *contabilidad* individual. Existían cuentas separadas para cada asegurado. El objetivo de este sistema era asegurar que los asegurados tuviesen una pensión de cuando menos 365 o 180 pesetas anuales, dependiendo de si al momento de empezar a aportar eran mayores de 45 años o no. Así:

[S]e estableció un sistema de capitalización individual en el que se acumulaban cada año a nombre de cada asegurado la parte de las cuotas patronales y del Estado necesarias para constituir, dada la edad del asegurado cuando comenzó el seguro, las tablas de mortalidad y considerando un tipo de interés del tres y medio por ciento, una renta vitalicia a partir de cumplir los 65 años que diesen derecho a una

pensión de 365 pesetas anuales (fija para todos los asegurados de este primer grupo [los no mayores de 45 años]).⁸⁵

De los caracteres presentados (especialmente, la contabilidad individual y la segmentación de dos grupos distintos según edad), observamos que el Régimen del Retiro Obrero español tenía una estructura que se consideraría hoy *sui generis*. No obstante, este régimen era un Seguro Social propiamente dicho.

Es importante notar que el principio de Solidaridad se manifestaba de forma distinta a la actual en este régimen. Así, es cierto que en este caso no puede hablarse de solidaridad intra o intergeneracional, y sin embargo el esquema de financiamiento tripartito (empleado, empleador y Estado) hacen inviable alegar la no presencia de este principio.

El principio de Solidaridad se manifiesta en el hecho de que existan aportes *indirectos*. Esto es, los aportes estatales. Así, un aporte estatal no es más que el desembolso del dinero de la ciudadanía a la realización de determinado proyecto. En el presente caso, el aporte estatal significa que la ciudadanía en su conjunto contribuye a la constitución de una pensión para los obreros asegurados. De igual forma, los aportes a cargo de los empleadores constituyen también una manifestación del principio de Solidaridad Social.

Ahora bien, en cuanto al tema principal, debemos señalar que el Régimen del Retiro Obrero era uno cuyo objetivo no se limitaba a los obreros, en realidad. Este régimen contemplaba, según observamos en el artículo 1 de su Reglamento, como sujetos obligados a todos los “asalariados”.

Desde ya, la frase empleada nos da una potente primera impresión. En efecto, el concepto de “asalariado” es uno cuyo contenido es bastante claro y simple. El asalariado es aquella persona que percibe una remuneración de forma continua (un

⁸⁵ MARCOS ALSINA, Sila. “La dinámica de las pensiones de incapacidad permanente para el trabajo en España: Análisis empírico”. En *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales. Papeles de Trabajo*, N° 29. Málaga, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Málaga, 2004, p. 13.

salario), fruto de un trabajo por cuenta ajena. Observemos la definición de “salario” que hace el Black’s Law Dictionary (Segunda Edición, del año 1910):

Salario. Una recompensa o consideración hecha a una persona por su esfuerzo y diligencia en los negocios de otra persona. También, sueldo, estipendio, o asignación anual.

Una compensación periódica acordada a ser pagada por servicios prestados; una compensación establecida para plazos anuales, mensuales o de cualquier otra periodicidad, a ser pagada a empleados públicos o privados, por el desempeño de labores oficiales o la rendición de servicios de un tipo específico, descritos de forma general, que involucran conocimientos profesionales o habilidades, o al menos el empleo de actividades distintas a labores mecánicas o manuales.⁸⁶

Ahora bien, el Reglamento del Retiro Obrero hace un desarrollo del concepto de “asalariado”, estableciendo qué se entiende por el mismo para dicha norma. Observemos:

Artículo 4.º Serán considerados como asalariados, para los efectos de este Reglamento:

1. Los obreros, cualquiera que sea su sexo, su patrono, la clase de su trabajo, agrícola, industrial o mercantil, y la forma de su remuneración.

Están, por tanto, incluidos (sic) los trabajadores a domicilio y los destajistas

2. Los empleados de Corporaciones municipales, provinciales o regionales, instituciones oficiales autónomas y de personas, Empresas, Sociedades y Asociaciones, aunque el objeto de su actividad, total o parcial, no sea la obtención de un lucro, sino la prestación de un servicio público o social.

Para los efectos de este Reglamento serán también considerados como empleados los que presten a Corporaciones, Empresas, Asociaciones o particulares un servicio habitual de carácter intelectual,

⁸⁶ BLACK, HENRY. *Black’s Law Dictionary*. Segunda Edición. Saint Paul: West Publishing, 1910, p. 1052.

Traducción libre del siguiente texto:

“**SALARY.** A recompense or consideration made to a person for his pains and industry in another person’s business; also wages, stipend or annual allowance. Cowell.

A fixed periodical compensation to be paid for services rendered; a stated compensation, amounting to so much by the year, month or other fixed period, to be paid to public officers and personas in some private employments, for the performance of official duties or the rendering of services of a particular kind, more or less definitely described, involving professional knowledge or skill, or at least employment above the grade of menial or mechanical labor

por obligación contraída por nombramiento o por contrato escrito o verbal.

En la práctica, el concepto de “asalariado” es bastante similar al de “obrero”. No obstante, aquél nos permite hacer algunas precisiones sobre su contenido.

- Observemos que por asalariado se incluía no sólo al concepto clásico de “obrero” (esto es, aquel sujeto que realiza un trabajo manual en actividades industriales, empresariales o similares). Así, en el mismo quedaban incorporados los trabajadores a domicilio y los destajistas.

Nótese que por “destajista” se entiende al sujeto que realiza una obra o servicio determinado, a cambio de una suma alzada y no de un jornal (diario, semanal, mensual, etc.). En otras palabras, dicho régimen abarcaba a un supuesto que hoy sería un típico caso de trabajo independiente/ausencia de relación de dependencia. No obstante, debemos anotar que “en la actualidad, la figura del trabajador autónomo no coincide con la de hace algún tiempo”.⁸⁷

- El Régimen de Retiro Obrero en la práctica incluía también a agentes que no realizaban necesariamente un trabajo manual, sino más bien incluso trabajos intelectuales. Así, este régimen contemplaba que sus asegurados fuesen también empleados de determinadas entidades públicas, empresas privadas, asociaciones sin fines de lucro, etc.

En última instancia, y sin perjuicio del supuesto del “destajador”, el Régimen de Retiro Obrero español se construyó presuponiendo que sus afiliados mantenían un vínculo jurídico con un “patrono”. Dicho régimen trabajó bajo un ámbito subjetivo determinado: sujetos que percibían un salario, lo cual es casi equivalente a sujetos que trabajan por cuenta ajena (trabajadores dependientes).

⁸⁷ LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, Gustavo; MARTÍN LÓPEZ, Sonia; y Alfredo MUÑOZ GARCÍA. *40 años de historia de las Empresas de Participación*. Madrid: Verbum, 2013, p. 345.

Todo esto se confirma en la forma en que estaba programada su implementación. El Régimen de Retiro Obrero proyectó una primera fase de aportes sólo del Estado y los patronos. Así:

La experiencia aconsejó que se trazase un primer período durante el cual pudieran obreros y patronos adquirir los nuevos hábitos que esta reforma social demanda [...].

Atendiendo a estas razones, se decidió que, durante ese período inicial, las imposiciones fueran sólo obligatorias para el patrono y para el Estado.⁸⁸

El Régimen del Retiro Obrero, entonces, estaba estructurado y construido para un determinado conjunto de trabajadores, los asalariados. Reiteramos aquí, no obstante, que conceptos como asalariado, trabajador dependiente y trabajador independiente (denominado en España “trabajador autónomo”) no eran entendidos de la misma forma que en la actualidad. Así pues, dichos conceptos no necesariamente coinciden con la percepción actual que manejamos de ellos.

Lo señalado se puede probar con el ya citado caso del destajador, sujeto que si bien hoy en día sería considerado como un trabajador independiente, era tratado como un asalariado. Así, incluso el Reglamento de Retiro Obrero preveía cómo se iba a realizar el cálculo de sus aportes,⁸⁹ dado que los mismos percibían la renta no segmentada en jornadas, sino en función a una suma alzada.

Para finalizar, el siguiente régimen de vejez en España aparece con la Ley del 1 de setiembre de 1939.⁹⁰ Dado que fue emitido en 1936, el Régimen del Seguro Obrero peruano no pudo verse influido por el régimen español de 1939.

⁸⁸ Exposición de Motivos del Reglamento del Régimen del Retiro Obrero español, página 4.

⁸⁹ “Art. 20. Para los obreros que trabajen a destajo o a domicilio, la prima del seguro será recaudada conforme a un número de cuotas medias proporcional a la cuantía de la obra. Al efecto de determinar el número de cuotas medias, el Comité paritario de la profesión en la localidad o, en su defecto, una Comisión formada por igual número de patronos y asalariados de la profesión, determinará la obra que en una jornada legal normal puede hacer un asalariado de producción media en dicha profesión. Una vez determinada, el patrono contribuirá a la pensión de cada uno de estos asalariados con tantas cuotas medias como la obra así determinada esté contenida en la que dicho asalariado le entregue o realice”.

⁹⁰ Ley carente de numeración. Disponible en:

3.2. La influencia de las disposiciones extranjeras en el Régimen del Seguro Social Obrero Peruano

3.2.1. Las influencias presentes en la elaboración de la Ley N° 8433

Descritos ya los regímenes alemán y español de seguro social que influenciaron en la elaboración y puesta en marcha del Régimen del Seguro Social Obrero peruano de 1936, podemos ahora pasar a evaluar cómo y en qué grado influenciaron en la normativa peruana referida.

Tengamos presente, como consideración previa, que la normativa alemana ejerció una influencia directa e indirecta sobre el régimen del Seguro Social Obrero. Esto se debe a que dicha norma influyó también en la constitución de los regímenes de seguro social en España.⁹¹

En primer lugar, el Régimen del Seguro Social alemán fue un régimen constituido y trabajado no sobre una categoría específica de trabajador según su vínculo de dependencia, sino sobre su condición de *obrero*. El obrero era un concepto que no se limitaba a la categoría del trabajador dependiente, sino que también podía ser un trabajador independiente.

No obstante ello, el Régimen del Seguro Social alemán trabajó sobre un marco claro y evidente: la relación de dependencia – existencia de un empleador. Esto se debe a que, en dicha realidad histórico-social, hablar de obreros era, con casi total certeza, lo mismo que hablar de trabajadores dependientes. El Régimen del Seguro Social alemán trabajó bajo el presupuesto de una relación de dependencia, de ahí que pudo establecerse un esquema de aporte tripartito Estado-empleado-empleador.

http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/113235

⁹¹ MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús et. al. *Derecho de la Seguridad Social*. Segunda edición. La Coruña: Netbiblo, 2008, p. 7.

En segundo lugar, el Régimen del Retiro Obrero español maneja una estructura similar a su correlativo alemán. Este Régimen tenía por objetivo proteger, de forma principal pero no exclusiva, a los obreros. Sobre ello el mismo tenía por objetivo proteger a trabajadores asalariados que requiriesen de dicha protección social (de ahí el levantamiento de la obligatoriedad para todos aquellos que generasen más de 4000 pesetas anuales).

El Régimen del Retiro Obrero español establecía protección social a un conjunto de trabajadores que tenían un rasgo en común: eran asalariados. Esto significaba que, aún para aquellos casos abarcados que hoy se considerarían típicos de trabajadores independientes (destajadores), todos los sujetos miembros de dicho seguro social contaban con un “patrono”, agente que contrataba sus servicios.

Así pues, debemos señalar que los seguros sociales obreros de España y Alemania no se enfocaban, de forma directa, en la calidad dependiente o independiente del trabajador. En realidad, tenían el mismo objetivo: garantizar prestaciones a un determinado conjunto de trabajadores, los obreros. Luego, tal es el caso de España, se podían sumar otros grupos de trabajadores, como los empleados de determinadas entidades públicas.

En síntesis, estos modelos fueron construidos presuponiendo, como marco general universal y salvo supuestos menores excepcionales, la existencia de un empleador.

Luego:

La inclusión de los denominados trabajadores por cuenta propia o autónomos en el ámbito de la protección social, entendida ya como protección específica, no fue del todo pacífica y sí tardía en comparación con otros colectivos. Los Seguros Sociales que arrancan de la mano del canciller Von Bismarck en 1883 se configuran en torno a una figura, la del trabajador por cuenta ajena. Su propia estructura tripartita en la financiación, presupone la existencia de un empresario para su viabilidad.⁹²

⁹² PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José. *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos. La cobertura del RETA*. Madrid: Civitas, 1995, p. 25.

Observamos que los regímenes alemán y español, influyentes en el Régimen del Seguro Social Obrero peruano, no se construyeron sobre una base de trabajadores dependientes e independientes. Luego, el Régimen del Seguro Social Obrero peruano, en cuanto a su obligatoriedad a los trabajadores independientes, debe haberse nutrido de una fuente distinta.

En efecto, entra a colación aquí la Recomendación N° 43 – Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte de la OIT, de 1933 (en adelante, Recomendación N° 43). Esta anotaba la importancia, en cuanto fuese posible, de establecer seguros sociales que abarcasen también a los trabajadores independientes. Observemos

1. (a) El seguro obligatorio invalidez, vejez y muerte de los trabajadores asalariados debería comprender, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad, a toda persona que realice habitualmente trabajos asalariados
- (b) Cuando las condiciones económicas, sociales y administrativas lo permitan, las legislaciones nacionales deberían también **comprender en el seguro de invalidez, vejez y muerte a los trabajadores independientes** de la industria, del comercio y de la agricultura que cuenten solamente con escasos recursos económicos. (La negrita es nuestra).

La Recomendación N° 43 representa el primer hito, en cuanto a disposiciones de carácter internacional de la integración de los trabajadores independientes a sistemas de seguro social. Es natural, así, que la misma se haya dedicado a establecer las bases de un conjunto de disposiciones dirigidas a los trabajadores independientes.

Así, esta recomendación se limitó a señalar que los países deberían, en la medida de sus posibilidades económicas, establecer seguros sociales para los trabajadores independientes. Claramente, la Recomendación N° 43 presenta un marco de aplicación *progresiva*. La importancia en cuanto a seguros sociales, en esos años, era casi exclusiva para el trabajador dependiente.

Otro aspecto importante a señalar está en que la Recomendación se dirige a (i) un grupo de trabajadores independientes: los de actividades industriales, comerciales y de agricultura; que (ii) cuenten con pocos recursos económicos. En otras palabras, abarcaba no sólo a trabajadores “obreros”, sino también al grupo de trabajadores de la actividad agrícola, así como a trabajadores del sector comercial que no realizaran labores manuales.

En síntesis, las disposiciones extranjeras que influenciaron en la elaboración de la Ley N° 8433 fueron las correlativas española y alemana, así como la Recomendación N° 43 de la OIT.

3.2.2. La construcción del Régimen del Seguro Social Obrero peruano y su funcionamiento sesgado

El Régimen del Seguro Social Obrero se elabora dentro de un marco político específico. En efecto, en 1933 se expidió una nueva Constitución Política del Perú. Ésta tenía un objeto relacionado a la previsión social. En efecto, el artículo 48 señalaba lo siguiente:

Artículo 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas.

El artículo 48 establecía una disposición expresa y un enunciado general. Así, la disposición expresa estaba en la creación, por ley, de un régimen previsional que enfrente las contingencias de desocupación, vejez, enfermedad, invalidez y muerte. De otra parte, el enunciado general consistía en fomentar la creación de estructuras de solidaridad social, como las cooperativas.

Sobre esto, tenemos que los legisladores peruanos que elaboraron la Ley N° 8433 tuvieron en cuenta lo siguiente:

- La necesidad de instaurar en el Perú un seguro social, con el objetivo de establecer en el país, de forma progresiva, sistemas de solidaridad social. Ello, en función al –ya citado– artículo 48 de la Constitución Política de 1933.
- Las experiencias cercanas de los regímenes de seguros sociales alemán y español.
- La Recomendación N° 43 de la OIT, que sugería establecer seguros sociales que abarcasen también a los trabajadores independientes.

Pues bien, el problema raíz de nuestra situación actual se origina por la integración de elementos tan disímiles. Los legisladores peruanos construyeron un régimen de seguro social que declaraba la afiliación obligatoria de trabajadores dependientes e independientes tomando para ello como base regímenes extranjeros construidos para trabajadores *dependientes*.

En efecto, el Régimen del Seguro Social Obrero peruano asimila, sin hacer mayores precisiones o adecuaciones, disposiciones provenientes de los regímenes europeos que influenciaron en ella. Para ilustrar esto, observemos la siguiente comparación relativa al ingreso techo máximo para ser parte del seguro social:

Régimen del Seguro Social Obrero peruano	Régimen del Retiro Obrero español
Artículo 2: El régimen es obligatorio para todos aquellos cuyos ingresos anuales no excedan los 3,000 soles oro.	Ley de creación del Instituto Nacional de Previsión (1908). Artículo 13: los afiliados debe tener ingresos anuales que no excedan las 3,000 pesetas anuales.

A continuación, presentamos las disposiciones asimiladas, las mismas que fueron construidas para realidades europeas distintas a la nuestra y pensando en un esquema de seguro social proyectado para trabajadores dependientes.

- Artículo 8, que establece que la cuota de aporte para el trabajador dependiente es de 8%, siendo a cargo del propio trabajador 2,5%, a cargo del empleador 4,5% y a cargo del Estado 1%.

- Artículo 15, que establece que las cuotas de los patronos deben ser asumidas exclusivamente por ellos.
- Artículo 17, que consigna que el patrono, al momento de cancelar los salarios, también deberá hacer efectivo el pago de las cuotas correspondientes de los trabajadores. En otras palabras, una retención de parte del salario a efectos de destinarlo al pago de las cuotas pertinentes. De igual forma, señala también que los asegurados tendrán libretas especiales, libretas en las que el empleador deberá pegar las estampillas que emita la Caja Nacional de Seguridad Social, en función al monto del aporte que le corresponde directa (su cuota) e indirectamente (la retención de parte del sueldo del empleado para el pago de su cuota).
- Artículo 26, que señala que la inscripción de los trabajadores dependientes deberá ser hecha por el empleador dentro de un plazo no mayor de 6 días hábiles contados a partir de su ingreso a labores.
- Artículo 60, que sanciona el incumplimiento del artículo 26 con una multa de 10 a 500 soles oro. De igual forma, sanciona con una multa 500 a 1000 soles oro al empleador que no cumpla con retener del salario de sus trabajadores el monto correspondiente a las cuotas de éstos. Finalmente, sanciona también al empleador con una multa de 1000 a 5000 soles oro en caso realice la retención pero no cumpla con la adquisición de las estampillas correspondientes.

Por contraste, las normas dedicadas a hacer viable la afiliación de trabajadores independientes eran ambiguas. A continuación, un resumen del conjunto de disposiciones de la Ley N° 8433 pensadas específicamente para dicho grupo laboral:

- Artículo 8, que establece que la cuota de aporte para el trabajador independiente es de 6%, siendo a cargo del propio trabajador 3,5%, y a cargo del Estado 2,5%.
- Artículo 18, que establece que los asegurados independientes deberán pagar de forma directa sus cuotas correspondientes.

- Artículo 26, que establece que los asegurados independientes deben solicitar de forma directa su inscripción a la Caja Nacional del Seguro Social.
- Artículo 60, que establece que los asegurados independientes que no cumplieren con su obligación de inscribirse en el régimen se les impondría una multa de 5 a 50 soles, sin perjuicio de realizar una inscripción de oficio para los mismos.

Luego de dicho recuento, corresponde presentar las razones por las que el Seguro Social Obrero perjudicaba de forma injusta a los trabajadores independientes. A continuación, las principales falencias de la Ley N° 8433 que demostraban su construcción y orientación exclusiva a trabajadores dependientes, así como la afectación negativa a los trabajadores independientes:

- (i) Las cuotas se calculaban sobre el promedio de salarios semanales. Este esquema puede funcionar sin mayor problema para los trabajadores dependientes, quienes tienen un salario periódico determinado. No obstante, los trabajadores independientes no tienen un ingreso determinado fijo e invariable, sino mutable e indeterminado.
- (ii) El acceso a los diferentes tipos de pensiones se hacía en función al cumplimiento de números determinados de aportaciones semanales. Así por ejemplo, según el artículo 46, acceder a una pensión de vejez requería haber realizado 1,040 aportes semanales.

Para un trabajador dependiente, la periodicidad de los ingresos se encuentra garantizada. El contar con un trabajo fijo permite que pueda aportarse todas las semanas. La situación varía para el caso de los trabajadores independientes. No se puede garantizar que un trabajador independiente cuente con trabajo cada semana o cada mes.

Esta situación era perjudicial para un trabajador independiente. Era posible que estuviese una semana sin trabajar y luego a la siguiente

trabajase lo suficiente como para hacer el pago de dos aportaciones mínimas aceptadas, sin embargo en dicho caso el monto del aporte no importaba, según vimos en (i), y la Caja sólo sumaría una “imposición semanal” más (correspondiente a la semana trabajada).

- (iii) La pensión de jubilación, una vez cumplidos los requisitos para acceder a ella, era equivalente al 40% del salario o renta del trabajador en sus últimos cinco años (artículo 46 de la Ley N° 8433). Este sistema trabaja sobre una realidad exclusiva a los trabajadores dependientes, por cuanto los mismos, usualmente, percibían el pico máximo de ingresos en sus últimos años de labores.

La situación es contraria para los trabajadores independientes. Éstos no cuentan con un ingreso fijo a lo largo de su vida laboral que va incrementándose en función a criterios como el de “antigüedad en el puesto”. Lo normal era que los independientes facturaran sus cifras más altas mientras se encontrasen en pleno uso de todas sus capacidades. Por el contrario, en sus últimos años laborales, los trabajadores independientes realizan actividades con menor frecuencia y con menores remuneraciones.

- (iv) La norma excluía de los asegurados obligatorios a un supuesto típico de trabajadores independientes. La Ley N° 8433 establece en el inciso g) de su artículo 3 que no se considerarán asegurados obligatorios a “los obreros cuyo número de jornadas anuales de trabajo es inferior a 90”.

En otras palabras, se requería contar por lo menos con 90 jornadas al año para poder ser parte del grupo de los asegurados obligatorios. Tengamos presente que los asegurados facultativos aportaban, sin importar sus ingresos, el tope máximo establecido en la Ley N° 8433, por lo que en realidad la afiliación voluntaria no era recomendable ni estimulante.

Como ya comentamos, a diferencia de los trabajadores dependientes, quienes cuentan con un trabajo fijo, constante y periódico, los trabajadores independientes no pueden garantizar la realización de un número fijo de jornadas. Esto generaba dos consecuencias negativas distintas.

La primera se refiere a que muchos trabajadores independientes no podrían afiliarse, dado que no cumplirían con el requisito de las jornadas anuales mínimas.

En segundo lugar, muchos trabajadores independientes que en un primer momento ingresaron al sistema como asegurados obligatorios podrían ver su condición fluctuar entre obligatorio y facultativo, según los años en que sobrepasasen o no las 90 jornadas. Esto terminaría afectándoles, por cuanto los aportes como asegurados facultativos eran mayores en cantidad que los de asegurados obligatorios. Asimismo, la Ley N° 8433 establece, en su artículo 27, que en caso no se llegasen a las 90 jornadas se devolverían los aportes realizados, perdiéndose así la contabilización de las imposiciones semanales cumplidas en ese año.

A todo ello, hay que sumar que las disposiciones relativas a la afiliación de los trabajadores independientes generaron un marco fácilmente evadible por dicho grupo. En efecto, la ausencia de un agente que pudiese encargarse de retener el aporte, como era el caso del empleador para los trabajadores dependientes, derivó en que el trabajador estuviese obligado a realizar directamente el pago de sus aportes. Más aún, era el mismo trabajador el encargado de afiliarse al sistema.

Tengamos presente que, en dicha época, se carecía de los medios tecnológicos e informáticos necesarios que permitiesen a la Caja del Seguro Social Obrero acceder

a información de la Dirección General de Contribuciones⁹³ (entidad encargada de la recaudación de tributos durante la época de la expedición de la Ley N° 8433) y así poder supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la afiliación de aquellos sujetos que se encontraban obligados a hacerlo.

Todo esto derivó a que, en el terreno fáctico, no existiese un cumplimiento real de la obligación de afiliación de los trabajadores independientes. Era inviable siquiera contabilizar el porcentaje de los trabajadores independientes que efectivamente cumplieron con su obligación de afiliarse.

3.2.3. Balance de la Ley N° 8433 y la situación de los trabajadores independientes no obreros

La Ley N° 8433 presentó un marco defectuoso frente a una tarea, desde ya señalamos, que se antoja titánica: La afiliación de los trabajadores independientes. Y es que en verdad es *difícil* construir un sistema pensionario dirigido a independientes que pueda funcionar de manera real y eficaz. Así:

La dificultad para lograr una cobertura verdaderamente universal de la seguridad social proviene en gran medida de la presencia de categorías de trabajadores difíciles de organizar, y para los que resulta complejo administrar o extender el amparo de manera eficaz y efectiva.⁹⁴

El Régimen del Seguro Social Obrero no viabilizaba la afiliación de los obreros independientes. Por lo tanto, era necesario hacer modificaciones a la regulación pensionaria si es que se buscaba lograr proteger bajo un seguro social a todos los obreros, sean dependientes o independientes. No obstante, desde ya afirmamos que no hubo, en ningún momento futuro, modificación alguna al Régimen del Seguro Social Obrero dirigida a solucionar el tema de los obreros independientes. Como

⁹³ Cfr. Ley N° 7904, promulgada el 26 de julio de 1934. Esta norma confería a la Dirección General de Contribuciones de las atribuciones necesarias y suficientes para ejercer una labor integral de administración y recaudación de los impuestos.

⁹⁴ JENKINS, Michael. “Extensión de la protección social a toda la población: problemas y planteos”. En *Revista Internacional de Seguridad Social*. Ginebra, 1993, volumen 46, número 2, p. 6.

veremos en el siguiente apartado, la regulación pensionaria decidió priorizar el tema de la cobertura de los “empleados”.

¿Por qué el desinterés real en los obreros independientes? La respuesta pasa por la propia naturaleza del, en ese momento existente, “derecho obrero”, dirigido al colectivo de trabajadores subordinados.⁹⁵ A inicios del Siglo XX, el legislador peruano, aún cuando teóricamente lo regulase, no estaba sinceramente enfocado en los independientes. Sobre ello, el análisis para el caso español es perfectamente aplicable a nuestra realidad:

Es bien sabido que el legislador de finales del siglo XIX y principios del XX no pretendió regular todo tipo de trabajo y proteger todo tipo de trabajadores; al contrario, su esfuerzo normativo se concentró sobre aquel sector del trabajo productivo que había dado lugar a la «cuestión social», esto es, el trabajo industrial asalariado cuyas ínfimas condiciones dieron lugar a una aguda conflictividad entre capital y trabajo.⁹⁶

De otro lado, cabe anotar que los trabajadores no obreros (salvo aquellos que se encontraban bajo el régimen de la Ley de Goces) estaban, en la práctica, ante una total ausencia de regulación pensionaria. Si bien el Régimen del Seguro Social Obrero permitía la afiliación voluntaria de trabajadores no obreros, sucede que los afiliados voluntarios debían aportar sus cuotas sobre la escala más alta (artículo 11 de la Ley N° 8433).

Esto podía derivar, por ejemplo, en que un trabajador no obrero con un salario semanal de 7 soles oro deba aportar 1,81 soles oro (aproximadamente el 25% de su ingreso) para mantenerse en el régimen como asegurado facultativo. El Régimen de Seguro Social Obrero sólo funcionaba para sus afiliados obligatorios (obreros), puesto que la cuota de aporte establecida para los afiliados voluntarios era demasiado alta para el grueso de la población trabajadora.

⁹⁵ GUERRERO VIZUETE, Esther. *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*. Tesis de doctorado. Tarragona: Universidad Rovira I Virgili, Departamento de Derecho Público, 2011, p. 36.

⁹⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”. En *Temas Laborales*. Sevilla, 2005, N° 81, p. 27.

En conclusión, la Ley N° 8433 en teoría estableció un régimen pensionario para todos los obreros, sean dependientes o independientes. En la práctica, el sistema sólo funcionó para los obreros dependientes. Por otro lado, la cuantía del aporte para afiliados voluntarios desalentaba totalmente a realizar dicho tipo de afiliación.

3.3. La migración del concepto de “Obrero” a “Empleado” y la exclusión de los trabajadores independientes de la regulación pensionaria

El fracaso, en la realidad fáctica, del funcionamiento de la Ley N° 8433 para los obreros independientes derivó en que el sistema evolucionara en torno a una base (la Ley N° 8433) limitada a los trabajadores dependientes, configurando así la bifurcación del sistema pensionario. Como mencionamos de manera previa, este fracaso en la regulación de los independientes se origina en el enfoque que tenía en esa época el “Derecho Obrero” y la influencia que ejercía sobre la Seguridad Social.

La Seguridad Social fue un concepto que, a nivel histórico, se desarrolló de forma progresiva y secuencial, con el objeto de incrementar su alcance a la mayor parte de la población posible. En otras palabras, se trata de un concepto en constante evolución. Así:

En nuestro país las prestaciones pensionarias de seguridad social a favor de los grandes sectores de la población, se inician en favor de los empleados del servicio civil de Estado con la Ley de Goces de 1850 –antes del reconocimiento internacional de la seguridad social como derecho humano-; posteriormente, mediante la Ley 8433 del año 1936, se amplía a los trabajadores obreros; y, luego, a los empleados particulares que comienzan a cotizar a la Caja de Pensiones por disposición de la Ley 13724, hasta llegar a las disposiciones vigentes que amplían las prestaciones pensionarias a otros sectores, previendo, adicionalmente, normas especiales en atención a la actividad laboral desarrollada.⁹⁷

⁹⁷ Voto singular del Magistrado Álvarez Miranda en el marco de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 00227-2010-PA/TC, fundamento octavo.

No obstante la evolución de la Seguridad Social dejó de lado al conjunto de trabajadores independientes, enfocándose por el contrario en los trabajadores dependientes. Por lo tanto, en la práctica era un esquema de “Seguro Social”. El marco jurídico (i) no intentó hacer eficaz el marco pensionario base para independientes establecido por Ley N° 8433; y lógicamente (ii) no extendió ni amplió la cobertura a nuevos grupos de trabajadores independientes.

Esto se debe a que, reiteramos, el desarrollo de la Seguridad Social iba de la mano con la evolución del Derecho Laboral. Lamentablemente este último se enfocó de manera exclusiva en los trabajadores dependientes (es decir, en los empleados). Así:

Si bien es incuestionable la relevancia histórica del trabajo autónomo, igualmente es irrefutable el desinterés mostrado por parte del Derecho del Trabajo, desde sus albores, hacia el mismo. Esta nueva disciplina, nacida como respuesta social a la Revolución Industrial, vino centrando su atención en la figura del trabajador subordinado, destinatario principal. Dicho de otro modo, para tal rama del ordenamiento jurídico el objetivo fue, desde el principio, la protección y tutela del trabajador asalariado, mostrando mínimo interés por el trabajador por cuenta propia.⁹⁸

Nuestro ordenamiento jurídico hubiese continuado con un marco pensionario enfocado exclusivamente en los trabajadores dependientes. No obstante, el ingreso del gobierno militar del general Velasco Alvarado derivó en que se regulase a los independientes, regulación que, sin embargo, no estableció la afiliación y/o la aportación obligatoria para dicho grupo.

Entonces, tenemos el siguiente esquema:

- 1) Ley N° 8433 – Base de un sistema pensionario que abarcaba a trabajadores dependientes e independientes.
- 2) El sistema pensionario establecido por la Ley N° 8433 no funcionaba, en la práctica, para los trabajadores independientes.

⁹⁸ PÉREZ AGULLA, Sira. “La tradicional marginación del trabajador autónomo por parte del Derecho del Trabajo”. En *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*. Madrid, Nueva Época, 2009, N° 10, pp. 104-105.

- 3) Evolución de la Seguridad Social en torno a la figura de los empleados, concepto que excluye a los trabajadores independientes.
- 4) Decreto Ley N° 19990 – Fin de la exclusión de los trabajadores independientes en la regulación pensionaria.

Como desarrollamos de forma previa, la Ley N° 8433, en la práctica, no cristalizó un verdadero esquema de aportes para los trabajadores independientes. Se trataba, entonces, de una norma cuyo alcance teórico no se plasmaba en la realidad.

Esta realidad fáctica fue adoptada por el sistema jurídico con el ingreso de las normas “del Empleado”. El marco jurídico comenzó a establecer disposiciones pensionarias dirigidas y limitadas, expresamente, a los “empleados”. Esto, naturalmente, significó la exclusión, a nivel teórico-jurídico, de los trabajadores independientes en el marco pensionario, y por consiguiente, la afirmación de un sistema legal pensionario pensado sólo para los trabajadores dependientes.

Así, en puridad se podría decir que existió una regulación pensionaria obligatoria sectorial para los independientes (limitada a obreros) hasta el ingreso del Decreto ley N° 19990. Empero, su inexistente aplicación real para los trabajadores independientes y las progresivas normas pensadas para “empleados”, denotan que no hubo una regulación efectiva o real para los independientes.

Esta ausencia de regulación para los trabajadores independientes no debe entenderse sólo como la falta de obligación de aportar. Los trabajadores independientes no podían participar (salvo en el Régimen de Seguro Social Obrero) en los regímenes pensionarios vigentes porque dichos regímenes no concebían ni siquiera la posibilidad de un aporte facultativo por parte de trabajadores independientes. La bifurcación, pues, se configura con la aparición de regímenes pensados especialmente para trabajadores dependientes, dejando de lado a los trabajadores independientes.

Sobre todo lo señalado, procedemos a evaluar a los dos regímenes que confirmaron la exclusión del trabajador independiente en el marco pensionario: El Régimen de Salud del Empleado; y el Régimen de Seguro Social del Empleado.

3.3.1. El Régimen de Salud del Empleado

En 1949, 13 años después de la aparición del régimen de la Ley N° 8433, aparece el sistema establecido por los Decretos Leyes N° 10902 y 10941, denominado por nosotros Régimen de Salud del Empleado. Éste representa el inicio de un marco legal de previsión pensado y construido exclusiva y excluyentemente para trabajadores dependientes. En efecto, el “empleado” fue el único sujeto materia de dicho régimen, excluyéndose así a los trabajadores independientes.

El Régimen de Salud del Empleado, entonces, representa la primera manifestación de la desaparición del inicial concepto de “seguro universal obligatorio” y su reemplazo por el concepto de “seguro del empleado”. Esto se acredita en el considerando inicial del Decreto ley N° 10902:

LA JUNTA MILITAR DEL GOBIERNO

Considerando:

Que el más sentido anhelo de los **empleados** durante los últimos años ha sido la implantación de un sistema de seguro social que les acuerde la debida protección en los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte [...]. (El énfasis es nuestro).

Notemos que, en realidad, en toda la norma no se hace referencia alguna al concepto de trabajadores independientes. Una lectura integral de dicho decreto ley nos lleva a concluir que la misma se refiere y aboca de forma exclusiva al trabajador en relación de dependencia.

Esto, por lo demás, queda también claro debido al empleo de la ya señalada acepción de “Empleado”. Se entiende al “Empleado” como un agente supeditado a la existencia de un empleador. En otras palabras, no es posible que haya un empleado independiente.

En concreto, y a efectos de que no quede duda de la indiscutible exclusión de los trabajadores independientes, vale remitirse al esquema de aporte y sujetos obligados establecido en el Decreto ley N° 10941. Observemos lo señalado en el artículo 3 del mencionado decreto ley:

Art. 3°—Las contribuciones transitorias se pagarán a partir del mes de enero de 1949 y se computarán sobre los sueldos mensuales de los empleados públicos y particulares en las siguientes proporciones:

Contribuyentes	% para las cons- trucciones hospita- larias.	% para las pres- taciones pro- visionales.	% total
Empleadores	2.0 %	1.0 %	3.0 %
Empleados	0.5 %	1.0 %	1.5 %
Estado	0.5 %	—	0.5 %
	3.0 %	2.0 %	5.0 %

La diferencia con el Régimen del Seguro Social Obrero Peruano es evidente: No sólo se omite la mención de los independientes, sino que se establece de forma expresa que el Régimen de Salud del Empleado se limita a trabajadores en relación de dependencia. Es inviable, haciendo una lectura del artículo 3 citado, sostener que este régimen considerase a los trabajadores independientes, puesto que un trabajador independiente no puede existir en el binomio empleador-empleado.

Es menester hacer énfasis en la relevancia que tiene el Régimen de Salud del Empleado. Más que representar el cambio en sí de la regulación (que pasa de un sistema no discriminador entre dependientes e independientes a uno exclusivo para trabajadores dependientes), el Régimen de Salud del Empleado se constituye como un precursor de la exclusión de los trabajadores independientes.

En efecto, el Régimen de Salud del Empleado no generó un cambio directo, ni mucho menos, en la regulación pensionaria propiamente dicha. Ello se debe a dos razones:

- La ausencia de regulación frente a la contingencia de la vejez. El Régimen de Salud del Empleado no establecía un esquema legal dirigido a la recaudación de fondos y provisión de pensiones para la vejez. En la práctica, y como su nombre lo señala, este régimen era más un seguro de salud que un seguro pensionario. Ello se refuerza con su abierta y primera intención de lograr crear infraestructura hospitalaria.
- La ausencia de prestaciones periódicas y permanentes. El Régimen de Salud del Empleado se limitaba a otorgar una asignación única por cada contingencia (menos la de vejez). La ausencia de prestaciones periódicas y permanentes impiden considerar a este régimen como un régimen de seguro social integral.

3.3.2. El Régimen de Seguro Social del Empleado

Según comentamos previamente, en 1961 aparece la Ley del Seguro Social del Empleado. La norma cobra vigencia de forma integral a año siguiente, con la adición de un título específico para el tema de pensiones.

El Régimen de Seguro Social del Empleado continúa con el esquema establecido por el Régimen de Salud del Empleado: su alcance, aplicación y funcionamiento se limita a los trabajadores sometidos a una relación de dependencia.

Lo resaltante está en que, a diferencia del Régimen de Salud del Empleado, el Régimen de Seguro Social del Empleado se encarga de delimitar de forma precisa qué sujetos se encuentran abarcados por el mismo. Observemos los artículos 14 y 15:

Artículo 14°—Están comprendidos en el Seguro sin distinción de sexo, nacionalidad, edad o naturaleza de sueldos:

- a) Los empleados particulares;
- b) Los empleados públicos y
- c) Los asegurados que deseen continuar en el Seguro cuando la obligatoriedad ha caducado.

Artículo 15°—Se consideran empleados particulares para los efectos de esta ley:

- a) Los empleados comprendidos en la Ley N° 4916, ampliatorias y complementarias; y
- b) Las personas profesionales o no, que sin estar comprendidas en el inciso anterior, trabajan para uno o más empleadores, siempre que mantengan con sus principales una relación de dependencia y reciban remuneración estable y permanente.

La Ley N° 13724 continúa con la estructura y esquema establecido por Observamos que, a diferencia del régimen de la Ley N° 8433, este régimen no abarca a los empleados independientes. Esta modificación establecería la base del sistema pensionario actual diferenciado, por cuanto la siguiente norma relevante —el Decreto Ley N° 19990— seguiría la línea de esta norma y tampoco establecería la obligatoriedad del aporte para los independientes.

Entonces, tenemos que a partir del año 1962 el aporte para los trabajadores independientes dejó de ser obligatorio. El análisis integral de este cambio se hará en el apartado dedicado a tal fin.

Para finalizar, en cuanto al aporte de los sujetos obligados, observemos el artículo 87 de la Ley de Seguro Social del Empleado.

Artículo 87°—La contribución del Seguro de Pensiones se distribuirá en la siguiente forma:

- a) A cargo del empleador: 2/3 de la contribución;
- b) A cargo del asegurado: 1/3.

Continuando con un esquema ya establecido por la Ley N° 8433, el Seguro Social del Empleado establecía aportes del trabajador y del empleador. No obstante, a diferencia de aquella ley, en el Régimen del Seguro Social del Empleado no hubo disposición que regulara el aporte de los trabajadores independientes. Resulta evidente que los mismos se encontraban excluidos de este sistema.

Y es conveniente enfatizar que es el Régimen de Seguro Social del Empleado es el principal responsable de la bifurcación en el trato de los trabajadores dependientes e independientes. Este régimen refleja un marco legal que adopta y piensa en los dependientes, mientras que excluye (mediante la ausencia de regulación) a los independientes. La bifurcación, en esta etapa histórica, debe entenderse no como la obligación de aportar para unos (dependientes) y la decisión voluntaria de hacerlo para otros. En realidad, la bifurcación debe entenderse como la regulación y protección para unos; y la desprotección y ausencia de regulación para otros.

La Ley del Seguro Social del Empleado representó, entonces, la convalidación de un sistema de seguros sociales pensados exclusivamente para los trabajadores dependientes. Este marco, como bien observaremos en el siguiente punto, se hubiera mantenido de no ser por la aparición de un gobierno político de corte socialista y dictatorial en el Perú.

3.4. El Decreto Ley N° 19990 y la regulación pensionaria para independientes

Según señalamos de forma previa, la Ley del Seguro Social del Empleado significó la validación de un marco pensionario (y de salud) que abarcaba sólo a trabajadores independientes. Así, si bien en teoría existía un régimen (limitado al sector de los obreros) pensionario para trabajadores independientes (Ley N° 8433), en la práctica la cobertura pensionaria de los independientes era inexistente.

Esta inexistencia de cobertura pensionaria debe entenderse, reiteramos, como la ausencia total de mecanismos públicos que permitan al trabajador independiente, mediante su aporte, garantizarse una pensión en caso de diferentes contingencias. Los seguros sociales estaban pensados para el trabajador dependiente, lo que impedía que el independiente pueda formar parte de los mismos. En suma, no se trataba sólo de que el independiente no estaba obligado a aportar, sino de que el independiente no podía aportar, porque no tenía a donde hacerlo.

No existía ningún indicio de que esta situación cambie. En efecto, desde la aparición de la Ley del Seguro Social del Empleado (1961) hasta el inicio del gobierno militar de Velasco (1968) no hubo mayor intento, propuesta o proyecto legislativo alguno dirigido a generar un sistema pensionario que abarque a los trabajadores independientes.

El Gobierno militar del General Velasco Alvarado (1968-1975) representó, para el país, el establecimiento de un proyecto político nacionalista y socialista. Dentro de este proyecto se hallaban medidas dirigidas a la renovación del marco de Seguridad Social.

En efecto, esto se acredita en el “Plan Inca”, documento que puede considerarse una guía matriz de los planes políticos del Gobierno militar.⁹⁹ El “Plan Inca” desarrolla estrategias respecto a 31 puntos distintos, denominándose el punto 22 “Trabajo y Seguridad Social”. En dicho punto, se señalaba como problema el hecho de una “Seguridad social limitada a una minoría de la población”, se establecía como acción a seguir la de “extender progresivamente la Seguridad Social a toda la población”; y se fijaba como objetivo lograr una “Seguridad Social eficiente y generalizada para toda la población”.¹⁰⁰

Naturalmente, el objetivo de lograr, progresivamente, un sistema de Seguridad Social generalizado pasaba por incorporar a los trabajadores independientes dentro de su regulación. Y es sobre ello que se expide el Decreto Ley N° 19990, norma que si bien no obligaba a los trabajadores independientes a aportar, al menos reconocía su existencia como grupo, y el interés del marco jurídico por protegerlos.

Según hemos señalado de forma previa, el Decreto Ley N° 19990 estableció que los trabajadores independientes podían integrarse al SNP de forma voluntaria. Es decir,

⁹⁹ MARTÍN SÁNCHEZ, Juan. *La revolución peruana: Ideología y práctica política de un gobierno militar. 1968-1975*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de la Universidad de Sevilla, 2002, pp. 139-145.

¹⁰⁰ ZIMMERMAN ZAVALA, Augusto. *El Plan Inca. Objetivo: Revolución Peruana*. Lima: Diario Oficial El Peruano, 1974, p. 25.

diferenciaba en el tratamiento de dependientes e independientes, obligando a los primeros y facultando a los segundos a aportar.

Así, el resurgimiento de una regulación expresa para los independientes forma parte de un conjunto de nuevas medidas que instauró el gobierno militar de Velasco. En tal sentido, el Decreto Ley N° 19990 reconoce la necesidad de permitir el acceso de los independientes a un régimen de pensiones. Observemos el encabezado de dicha norma:

“CONSIDERANDO:

[...]

Que es igualmente necesario posibilitar la incorporación a los beneficios del sistema de pensiones de aquellos trabajadores independientes que no tenían acceso al mismo”.

En síntesis, la regulación de los trabajadores independientes (en general) recién se configura con el Decreto Ley N°19990.

Esto no derivó, por cierto, en la desaparición de la bifurcación. La bifurcación adquiere, sí, un tinte menos intenso; pero su presencia no desaparece. En efecto, el Decreto Ley N° 19990 establece y regula disposiciones pensionarias tanto para los trabajadores dependientes como los independientes, pero el trato que les asigna es distinto. Estamos frente al trato que hoy en día se mantiene: Los dependientes obligados al aporte, los independientes eximidos de dicha obligación.

En relación a ello, hubo propuestas posteriores relativas a la obligatoriedad del aporte para el trabajador independiente. Estas propuestas fueron dos: La primera, proveniente de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP) en 1999, y la segunda de la Comisión Técnica creada por Ley N° 28991 en 2007. Ambas serán presentadas a continuación.

3.5. La propuesta de la SAFP (1999)

En el año 1999, la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones¹⁰¹ (SAFP) publicó el primer número de la serie titulada “Estudios Previsionales”. Este primer número realizaba un amplio estudio sobre la cobertura de los trabajadores independientes por parte del SPP.

La propuesta consistía en integrar a los trabajadores independientes al SPP. Esta propuesta se materializaba en (i) el establecimiento del Programa de Aportación para Trabajadores Independientes (PATI); y (ii) el establecimiento de convenios para la afiliación y recaudación de aportes, con asociaciones y organizaciones no gubernamentales.

En cuanto a (i), el PATI concebía un esquema de aportes escalonados, en el que la carga era menor en la primera etapa laboral (juventud), y se incrementaba según los ingresos aumentasen en la adultez. Con el mismo:

[S]e estaría integrando en un solo esquema la natural visión miope de las poblaciones jóvenes ante los beneficios que provee un sistema como el SPP (que son de largo plazo o contingentes) y los mayores incentivos que tendrían los trabajadores con edades mayores en función de la cercanía a la obtención de tales beneficios.¹⁰²

Reiteramos, el PATI contemplaba escalas de aportación que no fuesen muy pesadas en la etapa inicial laboral (juventud), con el objeto de que el independiente no se vea muy afectado en un período en el que cuenta con ingresos bajos. A la vez, los aportes mayores según se incrementa la edad serían aceptados por los trabajadores dada la también creciente cercanía a los beneficios de la jubilación.

La propuesta de la SAFD contemplaba también un esquema de beneficios “colaterales” para incentivar el cumplimiento de los aportes. Ello, porque el SAFD percibía que “un probable desincentivo para la mayor afiliación de la población

¹⁰¹ Mediante Ley N° 27328, publicada el 24 de julio del 2000, se dispuso la disolución de la SAFD. Sus activos, pasivos y recursos fueron transferidos a la SBS.

¹⁰² SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES. *Estudios Previsionales N° 1 – Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: el caso de los trabajadores independientes*. Lima: SAFD, 1999, p. 88.

independiente es la constatación de la imposibilidad de retirar los aportes obligatorios al fondo de pensiones antes del cumplimiento de la edad de jubilación”.¹⁰³

Así, la SAFP materializaba dicho esquema de beneficios colaterales en un sistema de retiro programado de fondos. Este retiro, que se lograba solo si se daban determinadas condiciones (densidad de cotización y acreditación de determinada edad), buscaba paliar los desincentivos que tenían los independientes a aportar debido a sus menores ingresos y mayores períodos de desempleo a comparación con los dependientes.¹⁰⁴

Respecto a (ii), la SAFP señaló que, primeramente, “la afiliación al SPP para trabajadores independientes puede generar altos costos de transacción y desincentivar su participación”.¹⁰⁵ De otro lado, la periodicidad del pago también constituía un problema que generaba costos de transacción difíciles de asimilar.¹⁰⁶

Frente a ello, la SAFP consideró que la manera de afrontar dichos costos de transacción pasaba por conformar sistemas de aporte grupal, los que derivarían en que el costo para cada afiliado sea, en última instancia, menor.

En esa línea, la SAFP propuso que la afiliación y la recaudación se den a través de ONGs o de asociaciones. Esto, porque dichas entidades podían ejercer el rol de “promotores institucionales”, sobre sus afiliados, de los beneficios de realizar aportes pensionarios.

La propuesta consiste, en específico, en lograr insertar, dentro del abanico de productos o servicios que ofrece la ONG o la institución, un componente previsional. Esto es, que la entidad sirva como agente de afiliación y recaudación de

¹⁰³ SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES. *Ob. cit.*, p. 90.

¹⁰⁴ SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES. *Ob. cit.*, p. 92.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

aportes pensionarios. Naturalmente, la entidad obtendría una comisión por el número de trabajadores independientes que logre afiliar.

Esta medida no solo deriva en la reducción de costos de transacción, sino que, de acuerdo a la SAFP, genera también un incentivo a realizar aportes para los afiliados a las entidades (ONGs o asociaciones). Dicho incentivo radica en que los afiliados realizarían aportes previsionales con el objetivo de mantener la consideración que tiene la entidad con ellos (y que se manifiesta en programas, créditos, etc.).

El planteamiento de la SAFP constituyó la primera propuesta institucional, en el Perú, de integrar a los trabajadores independientes a un marco de obligatoriedad de aportes pensionarios. Si bien la misma estaba enfocada en lograr que los independientes se afilien al SPP, ello en nada cambia el hecho de que la misma concibiera la incorporación de éstos a un régimen de protección pensionaria.

3.6. La opinión de la Comisión Técnica de la Ley N° 28991 (2007)

El 27 de marzo de 2007, se publicó la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Esta ley representó el paquete de disposiciones emitidas por el legislativo “dentro del contexto de la reforma de los sistemas de pensiones”.¹⁰⁷

La Ley N° 28991 dispuso, en su Tercera Disposición Transitoria y Final, la creación de una Comisión Técnica, cuyo objetivo era plantear las mejores al marco pensionario existente de coexistencia entre SNP y SPP.

Pues bien, esta Comisión Técnica expidió un Informe Final. En el mismo, se contemplan una serie de recomendaciones para la mejora del SNP y el SPP. Entre dichas recomendaciones, se propuso la incorporación obligatoria de los trabajadores independientes en el marco pensionario.

¹⁰⁷ Considerando inicial del Decreto Supremo N° 051-2007-EF.

El punto de partida, naturalmente, estaba en que no había motivo alguno para que el trato entre trabajador dependientes e independientes sea diferente. Así:

De aplicarse los mismos principios por los cuales se decidió disponer la contribución obligatoria de los trabajadores dependientes a los trabajadores independientes, deberíamos concluir que los segundos también deberían estar obligados a participar de algunos de los regímenes de pensiones, sea el SNP o el SPP.¹⁰⁸

En esa línea, la Comisión Técnica también refirió que los trabajadores independientes eran considerados asegurados facultativos solo debido a que era complejo realizar la tarea de supervisar y seguir sus aportes.

La incorporación de los independientes, según el Informe Final, se antojaba difícil, puesto que involucraba “varios ajustes a la legislación nacional”.¹⁰⁹ En esa línea, refirió que habría que considerar lo siguiente¹¹⁰:

Primero, se requiere establecer la responsabilidad de los trabajadores independientes por su afiliación. En esa línea, la comisión refirió que los trámites podrían simplificarse si éstos se enmarcaban en el proceso de inscripción en el RUC.

En segundo lugar, se debe determinar el momento en que se genera la obligación de realizar el aporte.

Luego, debe determinarse quién sería el ente recaudador encargado de recolectar los aportes. En este punto, la Comisión refiere que debe evaluarse si la SUNAT se encargaría de ello, así como también determinar la capacidad que tendrían las propias AFPs.

¹⁰⁸ Informe Final de la Comisión Técnica de la Ley N° 28991, p. 77.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

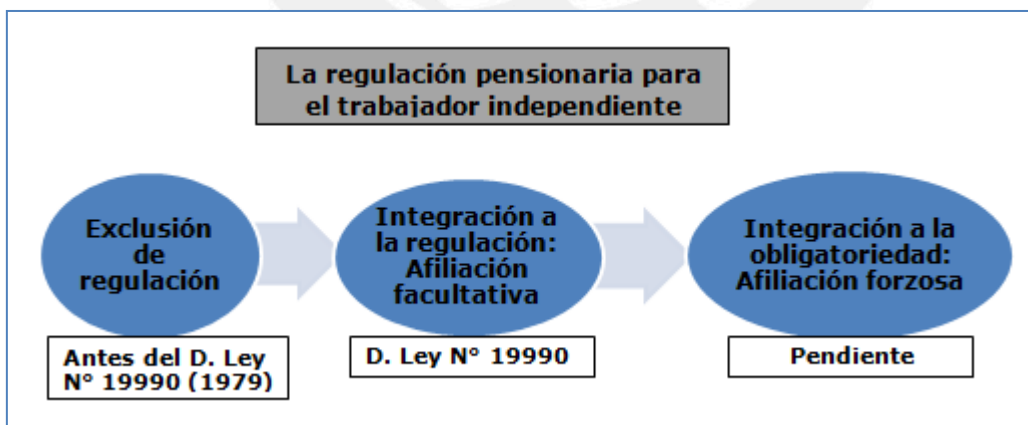
En cuarto lugar, está el tema de determinar el porcentaje y la responsabilidad de retención para casos de servicios no personales (consultorías y otras modalidades que expiden recibos por honorarios).

Sobre todo lo señalado, el Informe Final señala que la razón por la que los trabajadores independientes tienen la condición de asegurados facultativos radica en un aspecto práctico: La dificultad de hacer seguimientos a los aportes de los independientes.

Para finalizar, la Comisión Técnica consideró que, dada la naturaleza y magnitud de la tarea, debía crearse una comisión dedicada específicamente a esta tarea. En la práctica, nunca se llegó a crear tal comisión.

Estas propuestas (SAFP y Comisión Técnica de la Ley N° 28991) se configuraron como los primeros indicios de la búsqueda de dar el siguiente paso. Como hemos visto, la regulación del trabajador independiente pasó de una etapa de (i) exclusión de la regulación; a una de (ii) regulación “facultativa”; siendo en esa línea el paso siguiente y final (iii) la afiliación obligatoria.

Figura N° 4 – Trayecto histórico de la regulación pensionaria para el independiente



Elaboración propia

En el siguiente capítulo se hará un análisis a la Ley N° 29903, ley que representó el intento (trunco) de obligar a los trabajadores independientes a realizar aportes

pensionarios. Posteriormente, se tendrá en cuenta lo señalado por la SAFP y la Comisión Técnica de la Ley N° 28991, puesto que presentan información valiosa respecto a lo que debe ser un sistema funcional de obligatoriedad para los independientes.

4. Conclusiones

La Seguridad Social empezó a vislumbrarse en el Perú hacia 1936, con un seguro social dirigido a los obreros tanto dependientes como independientes, sobre la base de la legislación extranjera y la Recomendación N° 43 de la OIT. Este seguro social, no obstante, estaba construido enfocado sólo en los trabajadores dependientes, debido a la influencia de los sistemas alemán y español. Ello derivó en que, en la práctica, el seguro no funcionase para los trabajadores independientes.

El Estado no reparó la falla del Seguro Social Obrero. La influencia directa que ejerció sobre la Seguridad Social el Derecho Laboral y su progresivo crecimiento derivó en enfocarse exclusivamente en la protección de los trabajadores dependientes. Esto llevó a la aparición del Seguro de Salud del Empleado (1949) y del Seguro Social del Empleado (1961), lo que consolidó, a nivel teórico y práctico, la exclusión de los trabajadores independientes de los seguros sociales.

Mientras el trabajador dependiente presenciaba la aparición y desarrollo de seguros sociales que lo obligaban a aportar, el independiente era mantenido fuera de cualquier clase de regulación pensionaria. No se trataba sólo de que el independiente no estaba obligado a aportar, en realidad el independiente no tenía acceso (aún incluso si lo hubiese deseado) a ningún régimen pensionario. La bifurcación del sistema se configura en esta etapa histórico-jurídica: El dependiente abarcado por seguros sociales (y obligado a integrarse a los mismos); y el independiente dejado de lado.

Recién con las políticas de izquierda del gobierno del General Velasco Alvarado, es que el independiente forma parte de la regulación pensionaria (Decreto Ley N°

1990, del año 1973). No obstante, en función a una razonable implementación progresiva, la incorporación de los independientes a la regulación del Sistema Nacional de Pensiones se hace bajo la modalidad del aporte facultativo. La bifurcación, entonces, adquiere sus actuales caracteres: No se trata de presencia de regulación para unos y ausencia de la misma para otros; se trata de que, estando ambos grupos regulados, unos (los dependientes) están obligados a aportar, mientras que los otros (los independientes) son libres de hacerlo o no.

En años más recientes, hubo propuestas no normativas (SAFP, 1999; y la Comisión Técnica de la Ley N° 28991, 2007), las que evaluaron el tema de regular el aporte *obligatorio* de los trabajadores independientes.

En síntesis, la situación de los trabajadores independientes se origina en una norma no apta para incorporar a trabajadores independientes, construida sobre influencias de sistemas creados para realidades distintas. Así, “la preeminencia de los esquemas de naturaleza *Bismarkiana* ha llevado a que los trabajadores asalariados cuenten con mayor y mejor protección que los independientes”.¹¹¹ El origen, entonces, de la desprotección de los independientes en el Perú (y en Latinoamérica) se debe a una errada asimilación de sistemas de seguridad (seguro) social enfocados exclusivamente en los trabajadores dependientes.

¹¹¹ BERTRANOU, Fabio; y Leonor SARAVIA. “Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: Desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 26.

Capítulo III:

ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA LEY N° 29903: PROPUESTA TRUNCADA DE IMPLEMENTAR LA OBLIGATORIEDAD DEL APORTE PENSIONARIO AL TRABAJADOR INDEPENDIENTE

1. Introducción.

El capítulo anterior se enfocó en un desarrollo y recuento de los antecedentes históricos en materia pensionaria peruana. Ello, según observamos, con el objeto de aprehender las razones por las que el sistema adolece de la bifurcación actual (aporte obligatorio para los trabajadores dependientes, y voluntario para los independientes)

Pues bien, por motivos de orden en la exposición, se dilató el tratamiento de un evento histórico importante, posicionándolo en el presente capítulo. Nos referimos, por supuesto, a la reforma del Sistema de Pensiones, iniciada por Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de julio de 2012. Cabe precisar, desde ya, que el extremo de la reforma que disponía la afiliación obligatoria a un sistema pensionario (público o privado) de los trabajadores independientes, fue finalmente derogada –con ocasión de reclamos sociales– por la Ley N° 30327, publicada el 17 de septiembre de 2014 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Sobre ello, el presente capítulo gira en torno a dos ejes principales y distintos. Ambos, no obstante, relacionados entre sí. El primero de ellos es la Ley N° 29903 (derogada parcialmente), así como su implementación; el segundo, se refiere a la percepción y reacción social frente a la propuesta de obligar al aporte pensionario a los trabajadores independientes.

Estos puntos se encuentran entrelazados debido a que el suceso histórico de reforma ha permitido a los ciudadanos, afectados (los trabajadores independientes) o no (trabajadores dependientes) tener un mayor conocimiento y participación en el

tema. Ergo, la percepción social de los trabajadores independientes no se constituye hoy sobre un supuesto teórico de improbable materialización, sino sobre un tema ya propuesto y aplicado, y que podría intentarse aplicar de nuevo.

En específico, ya existe una experiencia sobre la reacción de la ciudadanía frente a la medida de obligatoriedad de aporte para el trabajador independiente. Por lo tanto, es indispensable tener en cuenta la misma, evaluando así los aspectos positivos y negativos de (i) la reforma; y (ii) la recepción que tuvo.

En función a lo señalado, el presente capítulo se estructurará de la siguiente forma: Primero, se realizará una descripción de lo sucedido en cuanto a la Ley N° 29903. Luego, se hará un desarrollo del real alcance que iba a tener esta norma. En tercer lugar, un análisis integral de la derogación parcial de la citada ley, con el objeto de determinar cuál fue la causa real que motivó el rechazo de los trabajadores independientes a la misma.

2. La Ley N° 29903: El intento de integrar a los independientes al sistema pensionario peruano

En el presente subcapítulo, haremos un relato del trayecto y principales características de la Ley N° 29903 en cuanto al aporte obligatorio de los trabajadores independientes. Esta revisión se dividirá en dos partes: (i) propuesta e implementación inicial; y (ii) segundo intento de implementación y derogación parcial. Éstos son fundamentales para entender el trayecto histórico que recorrió la norma en su búsqueda de ser implementada.

2.1. Propuesta e implementación inicial en 2013

Los primeros pasos para integrar a los independientes al sistema de pensiones aparecen en junio de 2012, con la presentación del Proyecto de Ley N° 1213/2011-PE (en adelante, el Proyecto N° 1213). Este proyecto, y por consiguiente la norma legal que generaría, consistía a grandes rasgos en la modificación y adición de

diferentes artículos del Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Así, se establecieron modificaciones en diversos temas (subasta de afiliados, centralización de funciones operativas, tasas de aporte, etc.). Sin embargo, el aspecto nuclear de esta reforma se encontraba en el aporte obligatorio de los trabajadores independientes al SNP o al SPP. De acuerdo al Proyecto N° 1213, la razón se encontraba en lograr plasmar el orden jurídico constitucional a la realidad. En específico, incrementar la cobertura previsional subjetiva. En tal sentido, la exposición de motivos señaló lo siguiente¹¹²

1.2.2. Afiliación obligatoria del trabajador independiente

Se propone la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes formales al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privados (sic) de Pensiones, definidos como aquellos que no tienen vínculo de subordinación con otra persona natural o jurídica y que realizan una declaración de renta ante SUNAT. La implementación de esta medida implica la retención de un porcentaje gradual de acuerdo al nivel del ingreso (superior o no a 1.5 de la Remuneración Mínima Vital).

En términos de orden jurídico – constitucional esta medida encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar a los trabajadores el derecho fundamental a la pensión dentro de un sistema pensionario universal y solidario.

En efecto, una norma que incorpora la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes al sistema de pensiones, apunta a promover que la garantía institucional de la seguridad social, se potencie con el principio de la igualdad entre trabajadores dependientes e independientes, que se deriva del artículo 2° numeral 2 de la Constitución Política del Perú y a efectivizar el principio de universalidad que sustenta el derecho a la seguridad social del artículo 10° de la Constitución.

El 19 de julio de 2012, menos de dos meses después de la presentación del Proyecto N° 1213, se publicó la Ley N° 29903 – Ley de reforma del sistema privado de pensiones (en adelante, Ley de Reforma del SPP). Dicha norma establecía en su artículo 8 la obligatoriedad del aporte para el trabajador independiente menor de 40 años. Observemos la transcripción textual:

¹¹² Proyecto de Ley N° 1213/2011-PE. Exposición de Motivos, página 53.

Artículo 8. De la afiliación del trabajador independiente

8.1 El trabajador independiente que no supere los cuarenta (40) años de edad, debe afiliarse a un sistema pensionario, debiendo optar por el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, teniendo como plazo máximo de elección la fecha en que percibe la renta de cuarta y/o quinta categoría regulada en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta. Una vez finalizado el mencionado plazo, si el trabajador independiente no hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema pensionario, se afiliará o el agente de retención lo afiliará, según sea el caso, a la AFP en las condiciones que se señalan en el artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF. La afiliación es facultativa para los trabajadores independientes que tengan más de cuarenta (40) años de edad, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

8.2 Se entenderá por trabajador independiente al sujeto que percibe ingresos que son considerados rentas de cuarta categoría y/o de quinta categoría reguladas en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta, respecto de dichas rentas.

Cabe notar que, según el citado artículo 8, el trabajador independiente es aquél que percibe rentas consideradas de cuarta y/o quinta categoría. Se ensaya una definición en base a términos fiscales. Dicho grupo, tal como hemos presentado antes, se conforma por los independientes por cuenta propia.

De otro lado, la Ley de Reforma del SPP establecía que su vigencia iniciaría a los 120 días de publicado su respectivo reglamento. Así, el 3 de abril de 2013 se publica el Decreto Supremo N° 068-2013-EF – Reglamento de la Ley N° 29903. La interpretación conjunta de ambas normas, así como de otras complementarias, determinó que la obligación de aportar se iniciaría a partir del mes de agosto de 2013.

Ahora bien, ¿qué medidas se planificaron en cuanto a la *forma* de instauración del aporte obligatorio? La Ley estableció una aplicación diferenciada en función a los ingresos. Es decir, la implementación fue *abrupta* para los independientes que generasen ingresos mayores a 1.5 RMV, y “progresiva” para aquellos que obtuviesen

menos de dicho monto. Cabe anotar que sólo los que ganasen 1 RMV o más estaban obligados a aportar. Observemos:

a) Para los que se afiliasen al SPP

Texto del artículo 33 de la Ley de SPP luego de la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 29903:

Artículo 33.- Los aportes del trabajador independiente, que se afilie al SPP en la AFP que elija, salvo lo señalado en el segundo párrafo del artículo 6, pueden ser obligatorios y voluntarios.

Los trabajadores independientes que perciban ingresos mensuales mayores a 1.5 de la Remuneración Mínima Vital (RMV) que constituyan rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta, se les aplicará la tasa de aporte obligatorio señalado en el artículo 30. En caso perciban ingresos mensuales hasta 1.5 de la RMV, se les aplicará una tasa de aporte obligatorio gradual conforme se establecerá por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, teniendo como tasa máxima de aplicación la tasa correspondiente al aporte obligatorio señalado en el artículo 30.

Las personas, empresas y entidades obligadas a llevar contabilidad de acuerdo al primer y segundo párrafo del artículo 65 de la Ley del Impuesto a la Renta están obligadas a retener los aportes señalados en el párrafo anterior cuando paguen o acrediten rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el literal e) del artículo 34 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Texto del artículo 54-D del Reglamento de la Ley de SPP, incorporado por el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29903:

Artículo 54-D.- “Para los trabajadores independientes que no superen los cuarenta (40) años de edad a la fecha de entrada en vigencia de Ley N° 29903 y cuyos ingresos mensuales no sean mayores a 1,5 de la RMV, la tasa de aporte obligatorio gradual destinada a la Cuenta Individual de Capitalización, será la siguiente:

Período	Tasa de Aporte
Hasta el 2014	5%
2015	8%
A partir del 2016	10%

La tasa del aporte obligatorio para los mencionados trabajadores independientes que perciban ingresos mensuales mayores a 1,5 de la RMV es la señalada en el artículo 30 de la Ley”.

Tengamos presente que el artículo 30 de la Ley del SPP establece que el aporte obligatorio al SPP, se constituye por el 10% de la remuneración asegurable, monto al cual se sumarían el costo de la prima del seguro de invalidez, sobrevivencia y sepelio, así como la comisión de la AFP.

b) Para los que se afiliasen al SNP

Artículo 9 (fragmento) de la Ley de Reforma del SPP:

Artículo 9.- Del aporte obligatorio del trabajador independiente al Sistema Nacional de Pensiones

9.1 Los trabajadores independientes afiliados al Sistema Nacional de Pensiones, **que perciban ingresos mensuales mayores a 1.5 de la Remuneración Mínima Vital (RMV)** que constituyan rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta, **se les aplicará la tasa de aporte obligatorio del Decreto Ley 1990. En caso, perciban ingresos mensuales hasta 1.5 de la RMV, se les aplicará un tasa de aporte obligatorio gradual**, conforme se establecerá por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, teniendo como tasa máxima de aplicación la tasa correspondiente al aporte obligatorio del Decreto Ley 1990

Artículo 6 del Decreto Supremo N° 166-2013-EF, Norma reglamentaria para la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema Nacional de Pensiones establecida en el Artículo 9 de la Ley N° 29903:

Artículo 6.-

Para los trabajadores independientes que no superen los cuarenta (40) años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29903 y cuyos ingresos mensuales no sean mayores a 1,5 de la RMV, la tasa de aporte obligatorio gradual será la siguiente:

Período	Tasa de Aporte
Hasta diciembre de 2014	7%
De enero a diciembre de 2015	10%

A partir de enero de 2016 13%
La tasa de aporte obligatorio para los referidos trabajadores independientes que perciban ingresos mensuales mayores a 1,5 de la RMV es de 13%.

En función a las normas citadas, tenemos el siguiente esquema:

Figura N° 5 – Tasas iniciales de aporte obligatorio para los independientes (2013)

Monto de ingresos generados	Trabajadores que se afilien al SPP ¹¹³	Trabajadores que se afilien a la ONP
Más de 1.5 RMV	10% de la remuneración asegurable desde el primer mes	13% de la remuneración asegurable desde el primer mes
Entre 1 a 1.5 RMV	5% hasta el 2014. 8% durante el 2015. 10% a partir del 2016	7% hasta el 2014. 10% durante el 2015. 13% a partir del 2016.
Menos de 1 RMV	0%	0%

Elaboración propia.

Sobre la normativa citada, la planificación de la implementación de la obligatoriedad del aporte de los trabajadores independientes proyectaba (i) que aquellos que generasen más de 1.5 RMV (que, en ese momento, equivalía a S/. 1,125.00) aportasen desde agosto de 2013 el 10% o 13% de sus ingresos (según se afiliaran a una AFP o a la ONP); y (ii) que los que generaban menos de 1.5 RMV lleguen a dichos porcentajes de forma progresiva, iniciando en 5% o 7% (según se afiliaran a una AFP o a la ONP) desde agosto de 2013.

Retomando la línea principal, veremos a continuación que la implementación de la obligatoriedad del aporte falló en las dos oportunidades que quiso ser aplicada.

2.2. Impacto, segundo intento de implementación (2014), consecuencias y derogación parcial

¹¹³ En adición al respectivo porcentaje consignado, recordemos que se debe hacer pagos por concepto de (i) comisión de la AFP; y (ii) seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio (1,23%).

El marco inicialmente proyectado por la Ley de Reforma del SPP para la (primera) implementación de la obligatoriedad del aporte (2013) no resultó exitoso, viéndose obligado a ser suspendido por el plazo de un año. Esto se debió al rechazo social que se produjo tras el intento de implementación de dicha medida.¹¹⁴

En primer lugar, se señaló que era necesaria una suspensión de la implementación debido a que la población no había tenido el tiempo suficiente para informarse respecto a cómo iba a realizarse el aporte, así como la cantidad que tenían que cotizar. Sobre este tema, Jaime Delgado, en ese momento congresista de la República y miembro de la comisión de Salud y defensa del consumidor del Congreso, señaló lo siguiente:

En las últimas semanas he recogido estos comentarios, ya que la gente está confundida sobre cuánto dinero es lo que tiene que aportar para la AFP u ONP. [...] Lo que se necesita es que las siguientes generaciones construyan su propio fondo de pensiones, pero deben tener a la mano mayor acceso a la información.¹¹⁵

Sin embargo, y como desarrollaremos en el análisis del fracaso de la Ley de Reforma del SPP, la verdadera razón que motivó la suspensión se encontró en los anticuerpos que se generaron frente a una implementación tan abrupta de la obligatoriedad del aporte. En tal sentido, el en ese entonces Ministro de Economía, Luis Castilla, señaló lo siguiente:

Entonces el tema no es desviar el fondo del asunto, que es ahorrar para evitar ser pobres en la vejez, especialmente en un país que se está envejeciendo y en un país donde los ingresos están incrementándose y

¹¹⁴ Durante el mes de agosto de 2013, la protesta se plasmó en diferentes marchas contra el aporte obligatorio de los independientes.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ. “Independientes realizan plantón contra la Ley 29903 en Plaza San Martín”. En *RPP* (web). Consulta: 10 de julio de 2015.

http://www.rpp.com.pe/2013-08-27-independientes-realizan-planton-contr-la-ley-29903-en-plaza-san-martin-noticia_625889.html

LA REPÚBLICA. “Plantón contra los abusos del MEF y las AFP se realiza en Plaza San Martín”. En *La República* (web). Consulta 10 de julio de 2015

<http://archivo.larepublica.pe/27-08-2013/planton-contr-los-abusos-del-mef-y-las-afp-se-realiza-en-plaza-san-martin-0>

¹¹⁵ QUISPE, Magda. “Jaime Delgado pide postergar aportes de independientes a la AFP a la ONP”. En *La República* (Web). Edición online del 27 de agosto de 2013. Consulta: 9 de mayo de 2015.

<http://www.larepublica.pe/27-08-2013/jaime-delgado-pide-postergar-aportes-de-independientes-a-las-afp-o-la-onp>

hay mayor poder adquisitivo. Hoy en día se puede aportar a un sistema previsional, pero obviamente falta, y acá lo reconocemos, una campaña mayor de difusión y adecuar la gradualidad para no quitar el equilibrio [financiero] a los trabajadores.¹¹⁶

Sea como fuere, el 22 de septiembre de 2013, sólo un mes después de iniciada la reforma, se publica la Ley N° 30082, Ley que modifica la Ley N° 29903. Esta norma (i) suspendió la implementación de la reforma pensionaria; y (ii) reestructuró el esquema gradual de implementación. Observemos:

Artículo 1. Modificación del artículo 9 de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones

Modifícase el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, con el siguiente texto:

“Artículo 9.- Del aporte obligatorio del trabajador independiente al Sistema Nacional de Pensiones

“9.1 Los trabajadores independientes afiliados al Sistema Nacional de Pensiones, que perciban ingresos mensuales que constituyan rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el artículo 34, literal e), del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo 179-2004-EF, se les aplicará una tasa de aporte obligatorio. Dicha tasa es gradual, teniendo como tasa máxima de aplicación la correspondiente al aporte obligatorio del Decreto Ley 19990, conforme al siguiente cuadro:

Período	Tasa de aporte al SNP
Desde agosto de 2014 hasta julio de 2015	5%
Desde agosto de 2015 hasta julio de 2016	7,5%
Desde agosto de 2016 hasta julio de 2017	10%
A partir de agosto de 2017	13%

En caso de que los ingresos totales mensuales sean menores que una Remuneración Mínima Vital (RMV), no habrá obligación de aportar al SNP””.

Artículo 2. Modificación del artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de

¹¹⁶ DE ALTHAUS, Jaime (Productor). “Entrevista a Luis Castilla”. *La Hora N*. Lima. Emisión: 06 de septiembre de 2013.

Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF

Modifícase el segundo párrafo y adiciónase un último párrafo al artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, con los siguientes textos:

“Aportes del trabajador independiente

Artículo 33.- (...)

A los trabajadores independientes afiliados al SPP que perciban ingresos mensuales que constituyan rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el artículo 34, literal e), del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo 179-2004-EF, se les aplicará una tasa de aporte obligatorio. Dicha tasa es gradual, teniendo como tasa máxima de aplicación la correspondiente al aporte obligatorio señalado en el artículo 30, conforme al siguiente cuadro:

Período	Tasa de aporte al SPP
Desde agosto de 2014 hasta julio de 2015	2,5%
Desde agosto de 2015 hasta julio de 2016	5%
Desde agosto de 2016 hasta julio de 2017	7,5%
A partir de agosto de 2017	10%
(...)	

En caso de que los ingresos totales mensuales sean menores que una Remuneración Mínima Vital (RMV), no habrá obligación de aportar al SPP”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Vigencia

“La presente Ley entra en vigencia el 1 de agosto de 2014, salvo lo señalado en la segunda disposición complementaria final, la única disposición complementaria transitoria y la única disposición complementaria derogatoria.

De las disposiciones citadas, se desprende la decisión legislativa de suspender la implementación de la reforma, reprogramándola para agosto de 2014; asimismo, la implementación en secuencia de la misma iba a ser distinta.

Dos son las medidas principales que se tomaron en cuanto a la reestructuración de la gradualidad del aporte. Primero, se dejó de lado la aplicación limitada a los que

ganaban menos de 1.5 RMV, extendiendo la misma a todos los trabajadores independientes, sin importar la cuantía de sus ingresos. Segundo, se estableció un aporte progresivo con un punto de partida menor (5% en el caso de la ONP, 2,5% en caso del SPP), aunque el plazo para llegar al íntegro del aporte no variaba (tres años).

Esta segunda implementación tampoco resultó exitosa. Las manifestaciones sociales volvieron a aparecer en agosto de 2014¹¹⁷. La presión de la colectividad originó que el gobierno dispusiese la derogación de las normas relativas a la obligatoriedad del aporte pensionario para los trabajadores independientes.

Finalmente, el 17 de septiembre de 2014 se publica la Ley N° 30327, Ley que deroga el aporte obligatorio de los trabajadores independientes. Esta norma, en síntesis, derogaba los artículos 8 y 9 de la Ley de Reforma del SPP, y la Ley N° 30082. De igual forma, modificaba el artículo 33 de del TUO de la Ley del SPP, estableciendo en el mismo que la afiliación del trabajador independiente a un sistema de pensiones (AFP u ONP) es voluntaria.

No queda claro por qué el primer intento de implementación (2013) determinó sólo la suspensión de la aplicación de la norma, mientras que el segundo intento (2014) derivó en la derogatoria. Fueron efectos distintos para una misma medida. Parece que la decisión final obedeció a factores ajenos al campo jurídico previsional.

¹¹⁷ Durante el mes de agosto de 2014, la protesta se plasmó en diferentes marchas contra el aporte obligatorio de los independientes. Debemos señalar que las protestas no se limitaron a la capital, sino que también se produjeron en otras ciudades, como Huancayo, Cuzco, Puno, Trujillo, etc. DIARIO CORREO. “Independientes protestan por aportes obligatorios”. En *Correo*. Consulta: 10 de julio de 2015.

<http://diariocorreo.pe/ciudad/independientes-protestan-por-aportes-obligat-10533/>

LA REPÚBLICA. “Nuevas protestas de independientes que buscan se suspenda el aporte”. En *La República* (Web). Consulta: 10 de julio de 2015.

<http://archivo.larepublica.pe/24-07-2014/nuevas-protestas-de-independientes-que-buscan-se-suspenda-el-aporte>

RADIO EXITOSA. “Convocan para hoy a una macha en protesta a los aportes obligatorias a las AFP”. En *Radio Exitosa*. Consulta: 10 de julio de 2015.

<http://www.radioexitosa.pe/actualidad/expl50106-convocan-para-hoy-a-una-marcha-en-protesta-a-aportes-obligatorios-a-las-afp>

Sobre lo señalado, procederemos a evaluar alcance de la Ley de Reforma del SPP, así como las razones que derivaron en la frustración parcial de la misma.

3. Alcance real de la Ley N° 29903

Hemos determinado, de forma teórica, al conjunto de agentes a los que la Ley N° 29903 iba a obligar a realizar aportes obligatorios. Se hace necesario, sobre ello, determinar dicho alcance en cifras reales, a efectos de tener una idea y perspectiva respecto del impacto que iba a tener dicha norma en el escenario y población laboral del país.

3.1. La Ley N° 29903 y su extensión en cifras

En el Perú, al año 2010, la Población Económica Activa (PEA) se componía por 15,7 millones de personas. De ellos, 8'122,981 personas eran trabajadores independientes.¹¹⁸ El detalle es el siguiente:¹¹⁹

- 5'302,322 personas son trabajadores independientes por cuenta propia;
- 1'941,644 personas son TFNR; y
- 879,015 personas son empleadores.

Sobre este marco, procederemos a desarrollar el alcance de la Ley N° 29903 para los trabajadores independientes por cuenta propia

Según señalamos, el artículo 8 de la Ley de Reforma del SPP establecía tres elementos necesarios para la obligatoriedad del aporte: (i) generar renta de cuarta o

¹¹⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Encuesta Nacional de Hogares*. Lima: INEI, 2010.

¹¹⁹ Los datos de ENAHO no consignan cifra alguna para el rubro de trabajadores independientes en cooperativas. No obstante, se puede presumir válidamente que los mismos se han integrado dentro de los trabajadores independientes por cuenta propia. Ello, puesto que un trabajador independiente en cooperativa no puede ser un empleador (no tiene empleados), y tampoco puede ser un TFNR (tiene una remuneración).

quinta categoría; (ii) generar más de 1 RMV por mes; y (iii) tener una edad menor de 40 años.

En cuanto a (i), lo primero que salta a la vista es que los empleadores y los TFNR quedaban excluidos del artículo 8 de la Ley de Reforma del SPP. Los primeros, debido a que generan renta de otra categoría (tercera); y los segundos, debido a que no perciben renta alguna en absoluto. Sobre ello, es evidente que la Ley de Reforma del SPP se enfocaba en los trabajadores independientes por cuenta propia.

Reiteramos, los únicos a ser obligados por el artículo 8 de la Ley de Reforma del SPP eran los trabajadores independientes por cuenta propia, trabajadores que, por cierto, representaban el 33% del total de la PEA.

¿Esto quiere decir que la Ley de Reforma del SPP iba a incorporar a más de cinco millones de personas al sistema pensionario peruano? La respuesta es, evidentemente, negativa.

Así, en armonía con (ii), tenemos que las personas que generasen menos de 1 RMV no se encontraban obligadas a realizar aporte pensionario alguno. Sobre ello, presentamos las cifras respectivas segmentando a los independientes en dos grupos: calificados y no calificados¹²⁰ (que agrupa a los trabajadores independientes de oficio y de subsistencia), según criterio de calificación de la ENAHO. Observemos:

- Los independientes calificados. caracterizados por contar con educación superior (universitaria o técnica). Al año 2010, este grupo se conformaba por 974,826 personas. De dicha población, sólo 340,000 personas aproximadamente generan más de S/. 750.00 mensuales en promedio.¹²¹

¹²⁰ En el Perú, no existen cifras exactas respecto a cuántas personas son independientes de oficio y cuántas de subsistencia. Esto se debe a que ambas categorías se agrupan bajo el manto de trabajadores no calificados.

¹²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Oficina Internacional de Trabajo, 2012, p. 160.

- Los independientes no calificados, caracterizados por tener, como máximo, educación secundaria. Al año 2010, este grupo se conformaba por 4'327,497 personas. De dicha población, sólo 890,000 personas aproximadamente generan más de S/. 750.00 mensuales en promedio.¹²²

Ahora bien, sin perjuicio de las cantidades de personas señaladas, sucede que la eventual reforma sólo alcanzaría a aquellos sujetos que trabajan formalmente. Esto es, a las personas que expiden recibos por honorarios como comprobante del trabajo realizado. El tema de la informalidad será desarrollado, por cierto, en el siguiente apartado.

En ese orden de ideas, Julio Gamero, ex viceministro de Promoción del Empleo, ha señalado que el 90% de los trabajadores independientes no calificados son informales.¹²³ Es decir, de los aproximadamente 890,000 trabajadores independientes no calificados, sólo 90,000 emitirían recibos por honorarios. De otro lado, casi el 100% de los trabajadores independientes calificados son formales.

En función a lo señalado, debemos observar que la obligatoriedad del aporte sólo iba a alcanzar a 430,000 personas aproximadamente, sin tomar en cuenta la edad.

Finalmente, respecto a (iii), el 38,2% de los independientes tiene 45 años o más.¹²⁴ Sobre ello, y de forma referencial, podríamos señalar que sólo 265 000 personas aproximadamente se encontraban abarcadas por la obligación de aportar bajo el esquema introducido por el artículo 8 de la Ley de Reforma del SPP. Dicha cifra representa el 1,6% aproximadamente de la PEA en el Perú.

¹²² *Ibídem.*

¹²³ ALEGRÍA, Luis Fernando. “Trabajadores independientes “afectados” serían solo el 1.4% de la PEA ocupada”. *Gestión*. Consulta: 15 de agosto de 2015.
<http://gestion.pe/economia/trabajadores-independientes-afectados-solo-14-pea-ocupada-2075525>

¹²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Oficina Internacional de Trabajo, 2012, p. 67.

A mayor abundamiento, según la INEI, son más de 2 millones y medios los trabajadores independientes menores de 41 años los potenciales aportantes a un sistema de pensiones.¹²⁵ No obstante, sólo el 13,3% de ellos (350,000 personas aproximadamente) cuentan con Registro Único de Contribuyente (RUC).¹²⁶ Esto demuestra el alcance limitado, específico y sectorial que iba a tener la Ley de Reforma del SPP respecto al total de los independientes, y al total de la población empleada en el país.

Un aspecto que merecen un poco más de atención se encuentra en el rol de la informalidad. En efecto, de las cifras presentadas, se tiene que 800 000 trabajadores independientes con la capacidad de aportar según la Ley N° 29903 (generan más de S/. 750.00 mensuales en promedio) no lo harán debido a que laboran en condición de informales.

3.2. El rol de la informalidad

De la clasificación presentada en el apartado anterior, se desprende que la Ley de Reforma del SPP deja de lado a casi la totalidad de los trabajadores independientes por cuenta propia de oficio y de subsistencia. Según mencionamos, dicha exclusión no se hace necesariamente en mérito a la falta de cumplimiento del ingreso mínimo, sino que se debe a la informalidad en que realizan sus labores muchos independientes.

En efecto, incluso si el ingreso que un independiente genere fuese mayor a 1 RMV en promedio mensual, dicho independiente no se hubiese visto abarcado por la Ley de Reforma del SPP en caso desempeñase sus labores de manera informal.

Sobre ello, en el presente apartado haremos (i) una breve definición del concepto de informalidad (laboral); y (ii) sus causas.

¹²⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Nota de Prensa N° 120. Lima, 2014, p. 2

¹²⁶ *Ibíd.*

3.2.1. Definiciones necesarias

En el marco de la modernización de los países emergente/en vías de desarrollo, se apreció que dicho fenómeno no alcanzaba a todas las estructuras productivas del país. Ello derivó en la configuración de dos sectores productivos coexistentes: Primero, un sector moderno, de alta productividad y tecnología. Y segundo, un sector informal, atrasado y de baja productividad.¹²⁷

Se consideró así que la informalidad laboral derivaba de las propias fallas estructurales del proceso de modernización de la economía. Los trabajadores informales se conformaban por aquellas personas que pertenecían al sector atrasado y de baja productividad (sector que requería modernización).

No obstante, este marco inicial se antoja inexacto e incompleto. En la actualidad, la expresión “sector informal” se considera inadecuada y errónea para aprehender de forma integral el alcance de la informalidad.¹²⁸ En realidad, el trabajo informal no se limita a un sector o a una parte de la economía, sino que puede darse en cualquier rama productiva de la misma, sea “formal” o “informal”.

Sobre dicho esquema, podemos presentar una definición *general* del trabajo informal:

[Los informales se caracterizan por] no estar reconocidos ni protegidos dentro del marco jurídico y reglamentario. Sin embargo, ésta no es la única característica que define la actividad informal. Los trabajadores y empresarios informales se caracterizan por su alto nivel de vulnerabilidad. No están reconocidos por ley y, por consiguiente, reciben poca o ninguna protección jurídica o social.¹²⁹

¹²⁷ Cfr. PROGRAMA REGIONAL DEL EMPLEO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Sector informal: funcionamiento y políticas*. Chile: Oficina Internacional de Trabajo, 1978.

¹²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Organización Internacional de Trabajo, 2012, p. 25.

¹²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *El trabajo decente y la economía informal*. Ginebra: Organización Internacional de Trabajo, 2002, p. 3.

Notemos que esta definición no se engarza ni enlaza a sector o rama productiva alguna. El trabajador informal es aquel que se encuentra fuera del marco jurídico, carece de su protección y por lo tanto es vulnerable.

Debemos apreciar que el trabajo informal no es un fenómeno exclusivo de los trabajadores autónomos. El informal puede ser tanto un verdadero trabajador dependiente como un trabajador por cuenta propia. Así, según el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE):

[L]os trabajadores de la economía informal podrían agruparse en aquellos independientes o también denominados trabajadores autónomos [...], así como en la gran masa de trabajadores dependientes o asalariados que no acceden a sus derechos laborales, concentrados especialmente en la microempresa¹³⁰

En tal sentido, podemos realizar la siguiente esquematización:

- Trabajadores independientes informales. Son aquellos trabajadores que realizan sus labores de forma independiente, pero que no declaran/validan ante ninguna entidad estatal dicha condición. Para los efectos de ese trabajo, podemos definir al trabajador independiente informal como aquel que no sustenta ni presenta balance alguno, sea como independiente por cuenta propia o como independiente empleador, de sus ingresos ante la entidad fiscal (SUNAT).¹³¹
- Trabajadores dependientes informales. Son aquellos trabajadores que tienen una relación de subordinación (cuentan con un empleador), pero que no

¹³⁰ CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Caracterización y Problemática de los trabajadores de la economía informal en el Perú*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2008, p. 2.

¹³¹ Puede considerarse que no basta con que el trabajador independiente declare su renta para ser considerado formal, sino que se requiere que cumpla con cualquier otro requisito adicional (permisos municipales, habilitaciones estatales, licencias, etc.) pertinente para el ejercicio de su actividad. Debido al enfoque de nuestra tesis (los trabajadores informales y su relación con los seguros previsionales), consideramos adecuado calificar como informal al independiente que no de ingresos ante la SUNAT, y formal al que sí lo haga aún cuando no cumpla otros requisitos que pudiesen existir.

tienen el reconocimiento de ley que les corresponde. Así: “Se considera que los asalariados tienen un empleo informal si su relación laboral, de derecho o de hecho, no está sujeta a la legislación laboral nacional, el impuesto sobre la renta, la protección social o determinadas prestaciones relacionadas con el empleo”.¹³²

Los trabajadores dependientes informales pueden (i) presentarse ante el sistema como trabajadores independientes (declarando sus ingresos ante el fisco como de cuarta categoría); o (ii) no presentarse en absoluto, desarrollando sus actividades al margen de cualquier marco laboral, fiscal, societario, etc.

Es pertinente aquí señalar que nuestro enfoque se encuentra en los trabajadores independientes informales. Por ello, y en aras de mayor claridad, procederemos a designar a los trabajadores dependientes informales como trabajadores dependientes “en situación irregular”, calificativo que abarca tanto a los trabajadores dependientes que son en apariencia independientes (tributan como tales) o que son totalmente ajenos al marco legal. El objetivo está en poder enfocarnos en los trabajadores independientes informales.

3.2.2. Causas de la informalidad en los trabajadores independientes: Ruta de escape

De acuerdo al Banco Mundial, las razones por las que los trabajadores se desempeñan en el sector informal pueden agruparse bajo dos factores distintos¹³³: El escape y la exclusión.¹³⁴ Así:

¹³² GAMERO REQUENA, Julio Y Gabriela CARRASCO. *Trabajo informal y políticas de protección social*. Lima: Proyecto WIEGO-CIES PERÚ, 2011, p. 20.

¹³³ Debe tenerse en cuenta, por cierto, que por más delimitadas y diferentes entre sí que parezcan estas categorías, “*la distinción entre exclusión y escape es realmente compleja*”. (BEAZLEY, Rodolfo; y Carlos LACCHINI. “Las redes sociales como determinantes de la informalidad laboral”. En AA.VV. *Aportes a una nueva visión de la informalidad laboral en la Argentina*. Buenos Aires: Banco Mundial, 2008, p. 167). En la práctica, pueden darse muchos casos de “autoexclusión” (casos en los que el trabajador “decide” ser informal cuando en realidad le es muy difícil ser formal).

- Escape. Muchos agentes se desempeñan de manera informal por decisión propia. Éstos realizan un análisis costo-beneficio y concluyen que no les es redituable pasar al ámbito formal.
- Exclusión. La exclusión presupone que muchas personas quisieran desempeñarse en el ámbito formal, pero que no pueden acceder al mismo por diferentes razones.

En el ámbito específico de los trabajadores (se excluye a los empresarios), se puede señalar que esta dualidad se debe a los intereses distintos de dos grupos de trabajadores diferentes: los trabajadores independientes informales y los trabajadores dependientes en situación de irregularidad.

Así, los trabajadores dependientes en situación de irregularidad desearían pertenecer al sector formal.¹³⁵ Estos trabajadores se ven excluidos contra su voluntad del marco legal que les sería aplicable en caso su trabajo fuese reconocido por el sistema.

Por el contrario, a nivel latinoamericano, una cantidad considerable de los independientes por cuenta propia informales se encuentran en el sector informal por decisión suya. Así, “la mayor parte de esos trabajadores informales [en referencia a los independientes] seleccionaron sus ocupaciones de acuerdo a sus necesidades individuales (especialmente su deseo de flexibilidad y autonomía) y sus aptitudes (su ventaja comparativa dada su capacidad empresarial”.¹³⁶

Un aspecto a resaltar aquí está en el rol dinámico de la informalidad. Si bien la literatura especializada en el tema no lo menciona expresamente, es claro que el

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/biblioteca_libros/aportes_a_una_vision_de_la_informalidad_laboral.pdf

¹³⁴ Cfr. PERRY, Guillermo et. al. *Informalidad: Escape y Exclusión*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2008.

¹³⁵ PERRY, Guillermo et. al. *Informalidad: Escape y Exclusión*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2008, p. 25.

¹³⁶ PERRY, Guillermo et. al. *Informalidad: Escape y Exclusión* (Resumen Ejecutivo). Washington D.C.: Banco Mundial, 2008, p. 4.

cruce entre formalidad e informalidad puede darse de manera constante, derivando incluso en supuestos de cruce y retorno. En otras palabras, el trabajador independiente puede en un período de tiempo realizar actividades formales, luego actividades de manera informal, y así sucesivamente.

De otra parte, debe señalarse una salvedad para el “escape”: Los trabajadores independientes de subsistencia se enmarcan en el fenómeno de la exclusión. Ello porque éstos “no realizarían esas actividades productivas mediante el trabajo independiente si obtuviesen puestos asalariados registrados”.¹³⁷

Sobre ello, podemos concluir aquí que los independientes por cuenta propia informales que realizan labores distintas a las de supervivencia deciden en su mayoría permanecer en la informalidad. Son trabajadores que, luego de realizado el respectivo cálculo costo-beneficio, concluyen que no existe ningún estímulo o ventaja para ellos en el hecho de formalizarse. Este dato resultará útil al momento de tomar en cuenta la extensión de un seguro pensionaria obligatorio para independientes.

En síntesis, la Ley de Reforma del SPP tenía un alcance limitado y específico: trabajadores independientes por cuenta propia, menores de 40 años, y con un ingreso mensual en promedio mayor a 1 RMV. Más aún, dentro de ese grupo específico, una gran parte de los mismos quedó fuera del alcance de la norma debido a que desempeñan sus labores de manera informal.

Pasaremos ahora a analizar las supuestas (y correctas) causas que derivaron en el fracaso de este extremo de la Ley de Reforma del SPP.

4. Análisis del rechazo de la incorporación obligatoria de los independientes al sistema pensionario

¹³⁷ LEPORE, Eduardo; y Diego SCHLESER. *Ob. cit.* p. 201.

Luego del marco presentado, corresponde enfocarnos en las razones por las cuales la Ley N° 29903 fue derogada parcialmente. Para ello, consideramos pertinente empezar por la falta de cultura de ahorro previsional, considerada como la responsable del fracaso en la incorporación de los trabajadores independientes por cuenta propia a un sistema de aporte obligatorio. En tal sentido, haremos un desarrollo de la posición, de los conceptos involucrados, y finalmente un análisis crítico respecto de si en verdad dicho concepto fue responsable del rechazo a la obligación para el independiente de realizar aportes pensionarios.

Luego de ello, nos enfocaremos en las razones que, a nuestro juicio, sí derivaron en que la Ley de Reforma del SPP no lograra ser tolerada, y por lo tanto tuviera que ser derogada.

4.1. La falta de cultura de ahorro previsional

En el medio académico, se considera a la falta de cultura de ahorro previsional (FCAP) como un factor de especial importancia al momento de intentar instaurar una política de obligatoriedad del aporte pensionario para cualquier grupo. Así, Abanto sostiene que las personas se preocupan sobre su vejez en un momento demasiado avanzado de su vida. La FCAP deriva en que “por lo general, la seguridad social es un tema que les interesa a las personas recién hacia los 50 o 55 años de edad”.¹³⁸ Edad, lógicamente, demasiado tardía para la implementación y funcionamiento adecuado de un esquema de ahorro con fines pensionarios.

En ese orden de ideas, Gonzáles Hunt considera que la Ley N° 29903 hubiese logrado ser implementada de forma exitosa en caso hubiese cultura de ahorro previsional en los trabajadores independientes. Ésta, por cierto, se extiende de forma transversal a todos los tipos de independientes, sin importar cuántos ingresos generen.¹³⁹

¹³⁸ ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones. Ob. cit.*, p. 146.

¹³⁹ RIVAS CASO, Gino. “Entrevista a César Gonzales Hunt”, 30 de marzo de 2015.

Oscar Díaz, Decano de la Facultad de Ciencias Contables de la Pontificia Universidad Católica del Perú, va un paso más allá y afirma que la FCAP fue la causa principal del fracaso de la Ley N° 29903. Observemos:

El problema va por el hecho de que al no haber una cultura previsional en nuestro país, el gobierno trata de obligarte a que lo hagas, de forzar a que el ciudadano adquiera esa cultura y empiece a aportar obligatoriamente.

[...]

El trabajador independiente está pensando en el futuro inmediato, en el día a día. No está pensando qué le va a suceder de acá a 20 o 25 años. Ese es un grave error. El gobierno debería crear mecanismos para difundir, para ampliar la cultura del ahorro previsional. Se debe promover desde el colegio, formar a las personas, a los chicos, que es importante este tipo de ahorro.¹⁴⁰

Esta posición también es compartida por César Rivera, Coordinador Ejecutivo del Departamento de regulación de la SBS, quien considera que la resistencia de los independientes al aporte pasa por la falta de cultura de ahorro.¹⁴¹

Para dejar en claro la importancia que tiene este elemento como responsable de la frustración y consiguiente derogación parcial de la Ley N° 29903, debemos señalar que no existe hoy en doctrina postulado alguno en que se rechace a la falta de cultura de ahorro como una las causas principales de aquélla.

Por ello, la FCAP es considerada la principal responsable de que la Ley de Reforma del SPP haya tenido que derogarse. Luego, corresponde analizar el real alcance y responsabilidad de la FCAP.

¹⁴⁰ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. “Los independientes y la AFP ¿Existe una cultura del ahorro previsional? *Puntoedu* (Web). Consulta: 15 de mayo de 2015.

<http://puntoedu.pucp.edu.pe/noticias/los-independientes-y-las-afp-existe-una-cultura-del-ahorro-previsional/>

¹⁴¹ NINAHUANCA, Christian. “Entrevista a César Rivera”. En *La República* (Web). Consulta: 06 de agosto de 2015.

<http://larepublica.pe/17-08-2014/se-debe-mejorar-la-comunicacion-entre-las-afp-y-sus-afiliados>

No obstante, en primer lugar es necesario realizar una, cuando menos, sintetizada definición del concepto. En efecto, la doctrina nacional no ha ensayado ni desarrollado el significado de FCAP, sea bajo esa etiqueta, o bajo cualquier otra.

4.1.1. Definición de la FCAP

Desde la primera lectura, se hace evidente que la FCAP no es un concepto simple. Por el contrario, estamos frente a un concepto complejo, estructurado por la conjunción de subconceptos. Así, podríamos graficar al mismo de la siguiente forma:

FCAP = Falta de {[Cultura de (Ahorro)] Previsional}

En tal sentido, a efectos de lograr una adecuada comprensión del concepto de FCAP, consideramos útil desagregar dicho concepto, procediendo primero con un análisis encadenado y secuencial.

- **Ahorro.** En primer lugar, es pertinente determinar qué se entiende por ahorro, concepto propio de la economía en general, y de la teoría del consumo en específico. El ahorro se entiende como la traslación de parte de los ingresos presentes a un eventual consumo futuro. Así:

Vemos que el consumidor tiene dos tipos posibles de opciones. Puede consumir en (m_1, m_2) lo que significa que consume su renta en cada período, o puede consumir una cantidad inferior a su renta durante el primer período. En este segundo caso, ahorra parte del consumo del primer período para una fecha posterior.¹⁴²

El ahorro, en términos abstractos, representa entonces el almacenamiento de recursos disponibles, los que serán utilizados en un tiempo futuro.

¹⁴² HAL, Varian. *Microeconomía intermedia: Un enfoque actual*. Barcelona: Antoni Bosch, 2006, p. 183.

- **Cultura de Ahorro.** Más allá de su uso coloquial, periodístico y social, el término “Cultura de Ahorro” puede ser ubicado dentro del esquema de decisiones personales de finanzas, contabilidad y economía. Así, para el caso de Latinoamérica, se ha considerado a la Cultura de Ahorro como un elemento de la educación financiera.¹⁴³

La educación financiera busca enseñar a las personas los fundamentos generales sobre (i) el manejo de un presupuesto, (ii) los riesgos del endeudamiento, y (iii) el ahorro y sus beneficios.¹⁴⁴ En ese orden de ideas, la Cultura de Ahorro se considera un objetivo, consistente en que las personas sean conscientes de la importancia del ahorro para el óptimo uso de sus recursos.

Empero, la Cultura de Ahorro no se limita a la consciencia de la importancia de ahorrar, involucra también el *hábito materializado* de hacerlo. En el marco de la educación financiera, una premisa importante consiste en que dicha educación debe derivar en que las personas hagan uso de las herramientas enseñadas.¹⁴⁵ Por lo tanto, la Cultura de Ahorro pasa porque, luego de educadas, las personas empiecen a emplear mecanismos de ahorro en su vida cotidiana.

Entonces, la Cultura de Ahorro requiere necesariamente (i) consciencia de la importancia del ahorro (educación); y (ii) hábito de ahorro adquirido y mantenido de forma voluntaria (decisión). Del esquema de educación financiera, se observa también que el primer elemento es un requisito del

¹⁴³ Cfr. GARCÍA, Nidia et. al. *La educación financiera en América Latina y el Caribe – Situación actual y perspectivas*. s/l: Corporación Andina de Fomento, 2013.

¹⁴⁴ MARTÍN, Xavier. “Ampliando el ahorro programado”. En AA.VV. *Ahorro Programado Inclusivo en América Latina y el Caribe*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, p. 4.

¹⁴⁵ ATKINSON, A y F. MESSY. “Promoting Financial Inclusion through Financial Education: OECD/INFE Evidence, Policies and Practice”. *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions N° 34*. Columbia, OECD, 2013, p. 41. Consulta: 24 de Agosto de 2015.
<http://dx.doi.org/10.1787/5k3xz6m88smp-en>.

segundo (más sólo la conjunción de ambos permite hablar de cultura de ahorro).

Así, no basta con (i), puesto que una persona puede haber sido informada y educada respecto de la importancia del ahorro y sin embargo decide no realizarlo, siendo así inviable señalar que esa persona tiene Cultura de Ahorro.

De otro lado, el ahorro, según se desprende de su definición, proyecta un consumo futuro. Este consumo futuro, en el marco de la educación financiera, puede entenderse como el empleo de los recursos guardados a finalidades trascendentales, de especial importancia.

- *Cultura de Ahorro Previsional*. Si la Cultura de Ahorro se orienta a que las personas, en el marco de un plan personal financiero, sean conscientes de la importancia de acumular recursos para diversos y diferentes proyectos de mediana o alta relevancia en el futuro y lo hagan, entonces la cultura de ahorro previsional se centra, principalmente, en un proyecto: la supervivencia/solvencia en la vejez.¹⁴⁶

Así, la Cultura de Ahorro Previsional se conforma por (a) la consciencia de lo importante que es ahorrar recursos con fines previsionales; y (b) el hábito adquirido y aceptado (decisión) de realizar un ahorro con específico fin previsional.

Tal como aquí ha sido definida, la Cultura de Ahorro Previsional se asemeja mucho a la “*Retirement Saving Decision*”¹⁴⁷ en la literatura especializada angloparlante. Dicho concepto se enfoca en (b), y presupone que los agentes

¹⁴⁶ Debe apreciarse aquí que, si bien el término “previsional” no se limita a la contingencia de la vejez, el uso que el mismo tiene dentro del concepto “falta de cultura de ahorro previsional” es uno principalmente enfocado en dicha contingencia.

¹⁴⁷ SO-HYUN, Joo y John GRABLE. “A Retirement Investment and Saving Decisions Model: Influencing Factors and Outcomes”. *Consumer Interest Annual*. Columbia, 2000, N° 46, pp. 43-48.

sí cuentan con la educación financiera mínima para tener conocimiento de la importancia del ahorro.

Sobre el esquema desarrollado, podemos hacer una definición y breve desarrollo del concepto de FCAP.

En primer lugar, la definición. La FCAP se constituye como la omisión (sea por desconocimiento o decisión) de procurar ahorrar recursos con fines pensionarios. Las personas, por su propia cuenta, no procurarán los medios necesarios para enfrentar la última etapa de su vida.

Según vimos, la Cultura de Ahorro Previsional se conforma por dos elementos: (a) conocimiento/educación; y (b) decisión. Adicionalmente, el primero es requisito necesario para el segundo. Sobre ello, podemos proyectar dos escenarios que derivan en la FCAP:

- Ausencia de consciencia respecto de la importancia del ahorro con fines pensionarios. En otras palabras, se trata de la falta de educación financiera relativa a la importancia del ahorro como mecanismo para enfrentarse a la contingencia de la vejez. Así, “hay poco conocimiento sobre las herramientas disponibles para ahorrar, la nula formación educativa en previsión y la falta de visión personal acerca del futuro”.¹⁴⁸
- Ausencia de decisión de ahorrar (decisión de no ahorrar). En este escenario, la persona tiene una educación financiera, cuando menos, básica y es consciente de la importancia de ahorrar para la vejez. No obstante, decide secuencialmente por no ahorrar.

¹⁴⁸ RIVERA VIEZCAS, Felipe de J.; y Abril A. NAVA RAMÍREZ. “El sistema de ahorro para el retiro y la cultura de la previsión en México”. *Ciencia UANL*. México D.F., año 15 (2012), N° 57, 2012, p. 33. Consulta: 13 de agosto de 2015.
<http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3834983.pdf>

Esta decisión de no ahorrar con fines pensionarios, naturalmente, no necesariamente se manifiesta en el hecho de que el agente no ahorre, puesto que la persona puede ahorrar para otros fines.

Así, la FCAP aparece por ignorancia de la importancia del ahorro, o por la decisión de no ahorrar para fines pensionarios aún teniendo conocimiento de su importancia. Cabe anotar que, dentro de dicha dualidad, pueden darse diferentes matices.¹⁴⁹

Pues bien, se sostiene que la falta de educación financiera del independiente respecto a la vejez, o su irresponsable decisión de no ahorrar aún siendo consciente de su importancia, derivó en el fracaso de la reforma previsional (contenida en el artículo 8 de la Ley N° 29903). Así, ya realizada la definición del concepto de FCAP, podemos proceder a explicar su razonamiento lógico, así como también evaluar el alcance y magnitud de impacto que tiene la misma en el marco de una medida de aporte previsional obligatorio.

4.1.2. El verdadero alcance de la FCAP

Hemos señalado que se considera a la FCAP como la responsable del fracaso de la reforma previsional. Así, procedemos sintetizar el razonamiento que ha planteado el medio académico.

Primera Premisa: Cultura de ahorro previsional = éxito de la reforma previsional

Esta premisa puede esquematizarse de la siguiente forma:

$P \rightarrow Q$, (Proposición condicional)¹⁵⁰ donde

¹⁴⁹ Piénsese en las personas que reciben educación financiera y enseñanzas sobre lo importante del ahorro con fines previsionales pero que no comprenden de forma integral la importancia de ahorrar para la vejez. Estas personas podrían “decidir” no ahorrar, más sin embargo el defecto se encontraría en que su decisión nace bajo un esquema de información que no ha sido aprehendida de forma integral.

¹⁵⁰ CHAVEZ NORIEGA, Alejandro. *Introducción a la Lógica*. Lima: Amaru, 1984, p. 60.

P = Cultura de Ahorro Previsional en los trabajadores independientes.

Q, = Implementación exitosa de la reforma pensionaria.

Lectura: Si hay Cultura de Ahorro Previsional en los trabajadores independientes, entonces la implementación de la reforma pensionaria será exitosa.

En efecto, de existir verdaderamente una Cultura de Ahorro Previsional en los trabajadores independientes, la mayoría de éstos sería consciente de la importancia del ahorro. Dicha consciencia generaría una *aceptación* e incluso no podría descartarse un reclamo por un sistema obligatorio. Observemos:

El ciudadano, precisamente porque suele razonar como Ulises¹⁵¹ o de acuerdo con la explicación psicológica de Hume¹⁵², puede recurrir al Estado y solicitarle su intervención paternalista para que retire de su sueldo todos los meses los aportes necesarios para su jubilación, justamente para evitar el daño futuro que podría resultar de su debilidad de voluntad. Es realmente extraño sostener que cuando el Estado actúa en estos casos viola el principio de igualdad democrática¹⁵³

En ese orden de ideas, podría incluso señalarse que si la Cultura de Ahorro Previsional tuviese un fuerte arraigo en la mayoría de la población, no serían necesarios sistemas pensionarios de aporte directo obligatorio. Las personas aceptarían someterse de forma voluntaria al aporte.

¹⁵¹ Durante una travesía marítima, el héroe griego Ulises solicitó que lo amarren al palo del mástil del barco para evitar ir tras las sirenas al escuchar sus cantos. Ulises, sabedor de que en un momento futuro cedería en la tentación, se vale de su fuerza de voluntad suficiente e integral del presente para asegurar sus intereses a largo plazo.

¹⁵² Se refiere al siguiente extremo:

“Cuando reflexiono sobre una acción que habré de realizar dentro de un año, prefiero siempre el bien mayor, sin importarme si en ese momento estará más o menos próximo; ninguna diferencia al respecto influye en mis actuales intenciones y decisiones. La distancia que me separa de la decisión final hace que se desvanezcan estas pequeñas diferencias de modo que no me veo afectado sino por las casualidades generales y discernibles del bien y del mal. Pero cuando me voy acercando a la fecha, las circunstancias que al principio no había tenido en cuenta comienzan a cobrar importancia e influyen en mi conducta y en mis afectos. Surge ahora una inclinación especial hacia el presente y me resulta ya difícil adherirme inflexiblemente a mi intención y resolución primeras. Esta debilidad natural puedo lamentarla en alto grado y procurar por todos los medios librarme de ella. Puedo recurrir al estudio y a la reflexión o al consejo de amigos, a la frecuente meditación y a la reiterada resolución. Y habiendo experimentado cuán ineficaz es todo ello, puedo recurrir con alegría a cualquier otro medio mediante el cual me puedo imponer una restricción a mí mismo y me protejo frente a la flaqueza”. HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Nacional, 1981, p. 237.

¹⁵³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 162.

La conclusión aquí, a nivel teórico, es bastante sólida: Los trabajadores independientes aceptarían la idea de un sistema de aporte pensionario obligatorio en caso hubiese Cultura de Ahorro Previsional en dicho grupo. Así, la Cultura de Ahorro Previsional es condición suficiente para la aceptación del mandato de aporte obligatorio para independientes.

Resaltamos que el razonamiento hasta aquí hecho se limita a una idea general. La Cultura de Ahorro Previsional genera la aceptación frente a la propuesta, teórica y abstracta, de un sistema pensionario obligatorio. En este análisis no se hace ninguna incidencia respecto de la estructura, alcances y características concretas del aporte obligatorio.

Esta primera premisa lógica, planteada por voces autorizadas (González Hunt, Abanto Revilla), es correcta, cuando menos a nivel teórico.

Segunda Premisa: Falta de cultura de ahorro previsional = fracaso de la reforma pensionaria

Derivada de la primera premisa, Óscar Díaz y César Rivera extrajeron una segunda premisa. Mediante ésta, se determina cuál fue la razón que frustró la reforma pensionaria. Observemos:

(Primera premisa: $P \rightarrow Q$.)
Segunda premisa: $\sim P \rightarrow \sim Q$, donde: $\sim P$ = No existencia de Cultura de Ahorro Previsional en los trabajadores independientes (es decir, FCAP). $\sim Q$, = No implementación exitosa de la reforma pensionaria.
Lectura: Si no hay Cultura de Ahorro Previsional en los trabajadores independientes, entonces no habrá implementación exitosa de la reforma pensionaria.

Y es aquí donde se configura un error lógico. Desde la lógica, es un error señalar que si $P \rightarrow Q$, entonces $\sim P \rightarrow \sim Q$.¹⁵⁴ Esta segunda premisa es errada, puesto que equivale a afirmar que la Cultura de Ahorro Previsional es condición necesaria para el éxito de la reforma pensionaria.

En realidad, no se requiere Cultura de Ahorro Previsional para el funcionamiento de un sistema pensionario obligatorio. Si bien dicho concepto puede contribuir a lograr la implementación exitosa de un sistema pensionario obligatorio, su ausencia no implica el automático fracaso del mismo.

Reiteramos, hay un falso enlace lógico entre las dos premisas. En efecto, se puede sostener a nivel teórico de forma sólida y completa que si los trabajadores independientes tuviesen cultura de ahorro previsional, éstos aportarían a un sistema. No obstante, de ello no puede sostenerse que la FCAP significa, indefectiblemente, el fracaso de un sistema obligatorio de pensiones.

Esta afirmación se sustenta en dos razones distintas: una teórica y otra empírica. Ambas serán desarrolladas a continuación.

4.1.3. Paternalismo estatal: la FCAP como justificación de un sistema pensionario obligatorio

En primer lugar, los sistemas de aporte obligatorio para fines pensionarios no fracasan por culpa de la FCAP. En realidad, la decisión estatal de obligar a las

¹⁵⁴ TRELLES MONTERO, Oscar; y Diógenes ROSALES PAPA. *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 68.

Esto se puede entender fácilmente de la siguiente manera.

A = Peruano

B = Latinoamericano

$A \rightarrow B$ (Si es peruano, es latinoamericano) = correcto

$\sim A \rightarrow \sim B$ (Si no es peruano, no es latinoamericano) = falso, porque podría ser chileno, argentino o uruguayo. Ser peruano no es condición necesaria para ser latinoamericano.

personas a aportar *se fundamenta en la FCAP*. Es decir, la FCAP es una de las causas de la afiliación obligatoria a un sistema pensionario.

Para ello, debemos anotar que, desde la filosofía del derecho, la obligación de aportar a un régimen de pensiones es un clásico ejemplo de paternalismo jurídico.¹⁵⁵ En efecto, bajo una óptica paternalista, el Estado considera que, en la mayoría de los casos, los ciudadanos son los suficientemente racionales como para elegir lo mejor para sí mismos. Sin embargo, existen situaciones en las que el ciudadano es incapaz de tomar la decisión adecuada para sus propios intereses, es aquí en donde interviene, de manera paternalista, la maquinaria estatal, escogiendo lo mejor para sus ciudadanos

En ese esquema, el paternalismo jurídico legítimo requiere, por cierto, la presencia de tres (3) requisitos:

Una conducta o norma paternalista está éticamente justificada si y sólo si:

- a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad;
- b) los individuos o la colectividad a quienes se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica —transitoria o no—, y
- c) se puede presumir racionalmente que éstos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien¹⁵⁶

Observamos que uno de los requisitos de una medida paternalista se encuentra en una incapacidad básica de los individuos. Pues bien, para el caso de la obligación de aportes con fines pensionarios, dicha incapacidad básica es la FCAP.

¹⁵⁵ Cfr. WEISS, Deborah. “Paternalistic Pension Policy: Psychological Evidence and Economic Theory”. *University of Chicago Law Review*. Chicago, 1991, N°58 pp. 1275-1319. ABELLÁN SALORT, José Carlos. “Fines y límites del Estado: “Paternalismo” y libertades individuales”. En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Madrid, 2006, N° 39, pp. 363-384. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. En: *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1988, N° 5, pp. 154-173. CLARK, Gordon L.; STRAUSS, Kendra y Janelle KNOX-HAYES. *Saving for retirement*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 136-152.

¹⁵⁶ ATIENZA, Manuel. “Discutamos sobre paternalismo”. En: *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1988, N° 5, p. 209.

Así, en el marco del paternalismo jurídico, la FCAP es un *presupuesto* para el establecimiento de aportes obligatorios pensionarios. Observemos:

El paternalismo presume que las personas no pueden entender sus propios mejores intereses y requieren de la protección de un estado benevolente. En el contexto pensionario, el paternalismo supone que es posible que la gente joven no ahorre lo suficiente a menos que sea forzada o incentivada a hacerlo. Supone la dura realidad con la que empezaré: que muchas personas, dejadas a su libre albedrío, no ahorrarán lo suficiente para su vejez.¹⁵⁷

Proyectemos: en un escenario de aporte *voluntario*, la FCAP derivaría en que muy pocas personas, de forma libre, decidan realizar aportes de forma periódica y constante. Este es el escenario en que se han encontrado los trabajadores independientes antes del intento de reforma de 2012, y naturalmente también después de la revocación del mismo. Sobre ello, “Ninguna medida que en temas de seguridad social se haya sometido a la voluntad de las personas ha tenido éxito, pues –por la ausencia de cultura previsional– se prioriza el gasto presente”.¹⁵⁸

Así, no puede utilizarse a la FCAP como razón para explicar una implementación fallida de un sistema pensionario obligatorio a los trabajadores independientes. En realidad, los sistemas pensionarios obligatorios tienen a la FCAP como uno de sus presupuestos.

Cabe anotar, para finalizar, que la literatura de seguridad social también es consciente de esta situación. Observemos:

Tanto en la literatura especializada como en el ámbito de las políticas públicas existe consenso en cuanto a que se requiere un mandato u obligatoriedad para contribuir a un programa que prevea las

¹⁵⁷ WEISS, Deborah. *Ob. cit.*, p. 1276.

El texto citado es una traducción del siguiente: “Paternalism presumes that people are unable to understand their own best interests and require protection of a benevolent state. In the pension context, paternalism supposes that young people may not save enough unless forced or encouraged to do so—supposes, that is, the hard truth with which I began: that many people, left to their own devices, will not save enough for their old age”.

¹⁵⁸ ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones. Ob. cit.*, p. 137.

necesidades de ingresos para el consumo durante la vejez. Ante la posibilidad de pérdida de ingresos, producto de la disminución de las capacidades laborales en el término del ciclo de vida, la principal forma de estar preparado para esta eventualidad es mediante el aseguramiento y el ahorro, lo que permite garantizar ingresos para la vejez y mantener un estándar de vida. Sin embargo, dado que muchas veces las personas presentan una alta preferencia por el consumo presente, éstos eluden el aseguramiento, ahorran menos de lo que deberían y, de esta forma, tienen dificultades para poder suavizar su consumo a lo largo del ciclo de vida.¹⁵⁹

Más aún, en nuestro medio, se ha señalado que “la reforma [de la Ley N° 29903] suple la falta de cultura previsional que existe en el país y que, al obligar a los independientes a aportar, permitirá que eventualmente ellos también accedan a una pensión, mejorando el nivel de protección social del que goza la población general”.¹⁶⁰

Así, la FCAP no puede ser la responsable del fracaso de un sistema pensionario obligatorio, puesto que en realidad dicho concepto es la razón por la cual los sistemas obligatorios existen.

4.1.4. Sustento empírico: El caso de los trabajadores dependientes

Hemos señalado que la FCAP es en realidad un presupuesto para una medida de aporte obligatorio con fines pensionarios, desde la óptica de la filosofía del derecho. En adición a ello, existe un argumento empírico que denota que la FCAP no es la causa del fracaso de la reforma pensionaria: la situación del trabajador dependiente.

¹⁵⁹ BERTRANOU, Fabio M.; y Javiera VÁSQUEZ. “Trabajadores independientes y el sistema de pensiones en Chile”. *OIT Notas*. Santiago de Chile, N° 1, Marzo de 2006, p. 1. Consulta: 09 de septiembre de 2015.

http://www.fiap.cl/prontus_fiap/site/artic/20061211/asocfile/20061211105324/asocfile120060425095454.pdf

¹⁶⁰ PIZARRO DÍAZ, Mónica. “¿Qué pasará cuando se implemente la afiliación obligatoria de los independientes a un sistema de pensiones?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, agosto de 2012, N° 225, p. 283.

Sucede que la falta de cultura de ahorro previsional no es una carencia exclusiva de los independientes, dicha falta también aqueja a los trabajadores dependientes. Los trabajadores dependientes también sufren de FCAP, *y sin embargo se someten a un esquema pensionario de aporte obligatorio.*

Así, en un estudio empírico, realizado por la Universidad de Essex, sobre trabajadores dependientes e independientes en el Perú, se determinó que sólo hombres casados, con cuando menos educación secundaria, altos ingresos y con familiares que ya estuviesen participando en un sistema de pensiones, tienden a aportar voluntariamente.¹⁶¹ Sobre ello, se concluye los trabajadores dependientes e independientes comparten los mismos patrones de consumo y ahorro.¹⁶² En tal sentido, salvo la excepción relatada, se concluye que la mayoría de trabajadores (dependientes e independientes) no aportarían para una pensión en un sistema voluntario, adoleciendo por lo tanto de FCAP.

Ello se ve también reforzado por otro estudio empírico. Éste, financiado por el Banco Mundial, concluye que la percepción y enfrentamiento del riesgo y contingencias es la misma entre trabajadores independientes y dependientes en el Perú.¹⁶³

Esto significa que los trabajadores dependientes adolecen de FCAP y sin embargo existe un marco pensionario obligatorio que aquellos aceptan. Tenemos, así, el siguiente esquema:

- Los trabajadores, sean dependientes o independientes, adolecen de FCAP.
- Los trabajadores dependientes se someten a realizar aportes obligatorios, por lo que la obligatoriedad del aporte funciona para ellos.

¹⁶¹ LI, Carmen; y Javier OLIVERA. “Participation in the Peruvian reformed pension system”. *Working Paper*. Colchester, Universidad de Essex, pp. 21-22.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ BARR, Abigail; y Truman PACKARD. “Seeking solutions to Vulnerability in Old Age: Preferences, constraints, and alternatives for coverage under Peru’s pensions system”. *Working paper*. s/l, Banco Mundial, 2005, p. 19. Consulta: 15 de Agosto de 2015.

<http://www.csae.ox.ac.uk/workingpapers/pdfs/2005-05text.pdf>

- Los trabajadores independientes rechazaron someterse a un sistema pensionario obligatorio, por lo que la reforma dirigida a integrarlos fracasó.

¿Qué significa ello? Pues que es posible implementar un sistema de aporte obligatorio aún a personas con FCAP. Más aún, en el específico caso de la fuerza laboral peruana, se tiene que la FCAP no ha impedido el establecimiento de aportes obligatorio (caso de los trabajadores dependientes).

Cabe anotar aquí que no existe trabajo alguno que determine o afirme que los trabajadores dependientes en el Perú tienen Cultura de Ahorro Previsional, o están dispuestos a aportar voluntariamente para un fondo de pensiones.

Esta aceptación de los trabajadores dependientes a la obligatoriedad del aporte no significa que estén a favor de la medida. En realidad, se limitan a *tolerarla*. En tal sentido, hacemos extensiva la conclusión de Paredes e Iglesias, quienes para el caso chileno, similar al peruano en el sentido de que los trabajadores dependientes e independientes tienen los mismos patrones de consumo¹⁶⁴, concluyeron que si el trabajador dependiente fuese librado de su obligación de aportar, dejaría de hacerlo inmediatamente.¹⁶⁵

Sobre ello, los trabajadores dependientes e independientes comparten, en su mayoría, el mismo esquema de decisiones de consumo y ahorro, y por lo tanto adolecen de FCAP por igual. Aún con ello, los trabajadores dependientes toleran un sistema pensionario obligatorio; por lo que la razón del rechazo de los independientes no se encuentra en la FCAP.

¹⁶⁴ BARR, Abigail; y Truman PACKARD. “Revealed Preference and Self Insurance: Can we learn from the self-employed in Chile?”. Working paper. s/l, Banco Mundial, 2002, pp. 12-13.

¹⁶⁵ PAREDES, Ricardo; y Augusto IGLESIAS. “Análisis de propuestas para aumentar la cobertura de trabajadores independientes en el sistema de AFP”. Papel de trabajo, año 2004. Consulta: 05 de septiembre de 2015, p. 33.
http://www.fiap.cl/p4_fiap_eng/site/artic/20060217/asocfile/ASOCFILE0220060217110357.pdf

Reiteramos, el rechazo de los independientes no se debe a la FCAP. Ello nos lleva a las siguientes conclusiones:

- (i) Existen una o varias razones, ajenas a la FCAP, que motivaron el abierto rechazo y confrontación contra la reforma pensionaria.
- (ii) Al ser estas razones ajenas a la FCAP, la implantación efectiva de Cultura de Ahorro Previsional en la población no eliminará por completo el rechazo contra un aporte obligatorio, puesto que éste se origina en otras razones.

En efecto, según señalamos de manera previa, la Cultura de Ahorro Previsional deriva, a nivel teórico, en una exitosa implementación de un sistema obligatorio de aportes. No obstante, dicho análisis teórico no toma en cuenta otros factores, como las características y forma del sistema obligatorio. Aún la existencia de una fuerte Cultura de Ahorro Previsional nada podrá hacer si es que los trabajadores rechazan las características del sistema obligatorio propuesto.

En otras palabras, el problema no está en la idea general de ser obligados a aportar, sino en razones distintas, pudiendo éstas probablemente encontrarse en las características concretas del sistema que se intentó implementar.

En conclusión, la FCAP no es responsable del fracaso de la reforma pensionaria. Es necesario, por lo tanto, determinar cuáles son las verdaderas razones que motivaron el rechazo de los trabajadores independientes a la obligatoriedad del aporte.

4.2. Las verdaderas causas del fracaso de la reforma pensionaria

Luego de haber demostrado que la FCAP no es la responsable de la frustración de la reforma pensionaria, corresponde pasar a desarrollar y explicar las verdaderas causas del señalado fracaso.

Para ello, consideramos pertinente tener presente la situación de “asignación inicial” en la que se encontraba el trabajador independiente *formal* de forma previa a la reforma pensionaria. Esta asignación inicial fue desarrollada ya de forma previa, y tiene una incidencia muy importante al momento de evaluar las causas del fracaso en la implementación de la Ley N° 29903.

En primer lugar, haremos una breve explicación de quiénes se opusieron a la norma y por qué tomaron la decisión de enfrentarse abiertamente a la Ley N° 29903.

Luego de dicho análisis, procederemos a evaluar cómo la Ley N° 29903 A nuestro juicio, son dos las causas que derivaron en el fracaso de dicha norma: (i) una causa en la forma, referida a la errada manera en que se implementó la reforma; y (ii) dos causas de fondo, relativas a los resultados de un examen costo-beneficio realizado por los independientes al contenido de la norma.

4.2.1. Sector objeto de la Ley N° 29903: Imposibilidad de escape = enfrentamiento

Hemos señalado de manera previa que la Ley N° 29903 alcanzaba, en la práctica, a un grupo determinado de trabajadores independientes: los independientes formales por cuenta propia¹⁶⁶, enfocándose en los calificados.

Pues bien, en primer lugar, los trabajadores independientes no abarcados por la norma tuvieron poca o ninguna participación en las manifestaciones contra la Ley N° 29903. Cabe anotar aquí que los trabajadores independientes informales se mantienen fuera del marco legislativo teórico, por lo que las modificaciones, ampliaciones o reducciones del mismo les son inocuas y carentes de significado. Es natural señalar que quienes se opusieron a la implementación de dicha norma fueron los independientes sobre los cuales iba a recaer la misma.

¹⁶⁶ No tomamos en cuenta para este análisis a los trabajadores independientes empleadores abarcados por el Sistema de Pensiones Sociales (SPS), creado en el 2008 y reformulado en el 2012, pero hasta la fecha no implementado.

Dicho sector específico de los trabajadores independientes, recordemos, se encuentra, casi en su totalidad, integrado a la economía formal del país. Su alta productividad y especialidad explica ello.

Pues bien, al evaluar el concepto de informalidad, señalamos que la mayoría de los trabajadores independientes informales deciden, de forma consciente, mantenerse fuera de la esfera de formalidad. Éste es el fenómeno denominado “escape”, relativo a que los trabajadores hacen un análisis del costo-beneficio de integrarse a la economía formal y deciden que, por su onerosidad, no lo harán.

En tal sentido ¿Por qué el sector de independientes sobre el que recaía el alcance de la Ley N° 29903 no optó por la vía de “escape”? La razón se debe a que los trabajadores independientes formales profesionales y técnicos, y en menor medida los independientes formales de oficio, se encuentran integrados a la economía formal. Dicha integración hace indispensable para el mencionado grupo mantenerse como formales, puesto que la dinámica del mercado les requiere dicha condición para el desarrollo de sus actividades.

En específico, el trabajador independiente formal expide comprobantes de pago (recibos por honorarios) que, para efectos tributarios, son requeridos por gran parte de las empresas que los contratan, debido a las necesidades de llevar una contabilidad precisa y adecuada. En tal sentido:

En muchos casos, particularmente entre los profesionales y los trabajadores de oficios más calificados, para el desempeño de la actividad o profesión es casi imprescindible facturar, de modo que el trabajador tiene que estar inscrito en el régimen respectivo. El trabajar registrado está asociado con las posibilidades de crecer en el mercado y acceder a mejores clientes. La emisión de una factura por parte del trabajador respalda la calidad del trabajo realizado y al trabajador, en tanto le otorga seriedad y hasta idoneidad a su persona. De acuerdo a

lo expresado por los trabajadores: “no es posible trabajar con ciertos clientes si no se factura”.¹⁶⁷

El trabajador independiente formal afectado por la Ley N° 29903 no puede “escapar”, cuando menos no totalmente,¹⁶⁸ hacia la informalidad, dado que hacerlo hubiese derivado en reducir la demanda por sus servicios, afectando así sus ingresos. Es por ello que el rechazo a la Ley N° 29903 no se manifestó a través de la elusión de la misma, sino mediante su enfrentamiento directo.

Sobre esta base, procederemos a analizar las causas del rechazo (manifestado en un enfrentamiento directo) de la Ley N° 29903. Según señalamos de manera previa, el rechazo de la Ley N° 29903 se debe a causas de forma y de fondo.

4.2.2. Causa de forma: El sesgo de *status quo* y el impacto de una reforma percibida como negativa

Hemos verificado de manera previa que la regulación laboral, de salud, pensionaria y fiscal ha sido, en el mejor de los casos, mínima para el trabajador independiente por cuenta propia. Todo ello generó un *status quo* en la situación del independiente: El trabajador independiente por cuenta propia siempre ha desarrollado sus actividades sin intervención o regulación estatal.

Esta situación de asignación inicial genera un sesgo de *status quo* (“*status quo bias*”). Bajo la corriente de Análisis conductual y económico del derecho (*Behavioral Law & Economics*), este sesgo cognitivo consiste en que las personas preferirán, a priori,

¹⁶⁷ CASALÍ, Pablo y Moira OHACO. “Trabajadores independientes y la seguridad social en Argentina”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 101.

¹⁶⁸ Sucede que es posible que un trabajador independiente realice, de forma simultánea, actividades formales e informales. Por lo tanto, la imposibilidad de “escape” podía darse solo sobre parte de las actividades desarrolladas por el independiente, aquellas en las que los servicios requieren de forma indispensable la expedición del comprobante fiscal respectivo.

mantener el estado común y al que se encuentran acostumbrados de las cosas, generándose así un prejuicio contra todo intento de cambio al referido estado.¹⁶⁹

En el caso específico, los trabajadores independientes están acostumbrados a una asignación inicial que, según señalamos, es una de suma cero (0). Debemos anotar que, para el caso de los trabajadores independientes, esta situación viene reforzada por un trayecto histórico de normas que nunca generaron en ellos cargas o presiones laborales, de salud, o incluso fiscales, reforzando así la preferencia por la asignación inicial.

Pues bien, tal y como señalaron Samuelson y Zeckhauser, el sesgo de *status quo* juega un papel sustancial en decisiones importantes tales como la selección de un seguro de salud o un plan de retiro¹⁷⁰. Sobre ello, dado que el sesgo de *status quo* se encuentra presente en la percepción de los independientes frente a un cambio en el esquema pensionario, el mismo influirá enormemente en la percepción de fenómenos dirigidos a modificar dicha asignación.¹⁷¹ Luego:

[E]l hecho de que la sola asignación inicial de cualquier titularidad determina un punto, una referencia (*status quo*) a partir de la cual los individuos y el colectivo en general, se forman un juicio acerca de lo que se considera una situación justa o correcta (*fair*), en este orden, cualquier propuesta de negociación dirigida a modificar tal asignación inicial suele verse como algo que a priori se considera injusto o incorrecto (*unfair*)¹⁷²

¹⁶⁹ BOSTROM, Nick; y Toby ORD. “The Reversal Test: Eliminating Status Quo Bias in Applied Ethics”. En: *Ethics*. Chicago, 2006, vol. 116, N° 4, p. 658. Consulta: 30 de Agosto de 2015.

<https://ethicslab.georgetown.edu/phil553/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/Ord-and-Bostrom-Eliminating-Status-Quo-Bias-in-Applied-Ethics-.pdf>

KAHNEMAN, Daniel; y Amos TVERSKY. “Choices, Values, and Frames”. *American Psychologist*. Washington, 1984, vol. 39, N° 4, p. 348. Consulta: 27 de Agosto de 2015.

<http://web.missouri.edu/~segerti/capstone/choicesvalues.pdf>

¹⁷⁰ SAMUELSON, William; y Richard ZECKHAUSER. “Status Quo Bias in decision making”. En: *Journal of Risk and Uncertainty*. Boston, 1988, vol. 1, pp. 7 y 31.

¹⁷¹ KAHNEMAN, Daniel; KETSCH, Jack y Richard THALER. “Fairness and the Assumptions of Economics”. *Journal of Business*. Chicago, 1988, vol. 59, N° 4, p. 297.

¹⁷² MONROY, Daniel. “Behavioral Economics y Políticas Públicas: Algunos problemas y sus soluciones”. Papel de trabajo, 2015, p. 17. Consulta: 25 de Agosto de 2015
http://works.bepress.com/daniel_monroy/38/.

En el presente caso, la asignación inicial que se ha otorgado a los independientes equivale a la disponibilidad del total de sus ingresos. No existió, ni existe, alguna reducción al ingreso que éstos obtienen en función a objetivos pensionarios. En otras palabras, la asignación inicial se materializa en la total libertad del independiente para utilizar el íntegro de sus ingresos. Sobre ello, toda variación de dicho estado inicial genera, desde el inicio, un prejuicio de rechazo y desaprobación por parte de los trabajadores independientes.

Pues bien, la implementación de la reforma pensionaria debió tener en cuenta al sesgo de *status quo* como una variable de especial importancia. Cabe anotar que:

La implementación es el proceso que ocurre entre las declaraciones formales de la política y el resultado final alcanzado. En otras palabras, la implementación es el llamado “eslabón perdido”. Es un momento, un proceso, a través del cual una política puede ser influenciada por diversas variables independientes –actores y factores– que pueden apoyar, alterar u obstruir el cumplimiento de los objetivos originales.¹⁷³

En ese orden de ideas, la implementación de la reforma pensionaria debió tener especial cuidado en evitar “despertar” al sesgo del *status quo*. Para ello, la implementación debió seguir un *proceso* adecuado, secuencial y progresivo, dirigido a que la medida no sea vista con excesiva reticencia por parte de los trabajadores independientes.

Dada la asignación inicial, en la que los trabajadores independientes llevan una nula o mínima carga estatal, el cambio de dicho estado debía ser necesariamente uno aplicado de forma progresiva. En otras palabras, a efectos de evitar reclamos o rechazos provenientes de un súbito cambio en el esquema al que los independientes estaban acostumbrados, la reforma pensionaria debió aplicar la carga que conllevaba (aporte sobre un porcentaje de los ingresos) de forma paulatina y secuencial.

¹⁷³ REVUELTA VAQUERO, Benjamín. “La implementación de políticas públicas”. *Dikation*. Cundinamarca, 2006, vol. 21, N° 16, p. 139. Consulta: 15 de agosto de 2015.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001610>

En la realidad, la implementación de la Ley N° 29903 (en específico, de su artículo 8) no se hizo de manera correcta, puesto que se intentó implementar de manera abrupta. Según observamos para el caso del primer intento de implementación, no hubo aporte gradual para los que generasen más de 1.5 RMV en período mensual (equivalente a S/1,125.00 en ese momento). La progresividad sólo se limitaba para los que generasen menos del mencionado monto, más no obstante el aporte inicial empezaba ya con la mitad del aporte final luego de terminada la aplicación secuencial.¹⁷⁴

Consultado sobre este tema, Gonzáles Hunt anotó que la reforma que traía la Ley N° 29903 chocó contra un status quo que tiene décadas de vigencia. Refirió que la implementación fue “brusca”, constituyendo un grave error intentar aplicar, desde el inicio, la tasa total de aporte. Dicha brusquedad inicial generó un prejuicio y rechazo por parte de los independientes, por lo que era natural que el segundo intento de implementación fracasase aún cuando establecía tasas de aporte progresivo.¹⁷⁵

En efecto, según precisamos al momento de relatar el trayecto cronológico de la implementación de la obligatoriedad del aporte para trabajadores independientes por cuenta propia, en el segundo intento de implementación se (i) amplió la progresividad del aporte; y (ii) se hizo extensiva la progresividad a todos los independientes, sin discriminar en función a ingresos.

No obstante, reiterando lo señalado por Gonzáles Hunt, el fracaso del primer intento de implementación condicionó también al segundo, puesto que el rechazo a cualquier medida de aporte obligatorio ya se había configurado de manera expresa en los trabajadores independientes.

¹⁷⁴ El aporte iniciaba, para los que generasen menos de 1.5 RMV en período mensual, con 5% para los que se afiliaran a la ONP (el aporte total era de 10%) y con 7% para los que se afiliaran a una AFP (el aporte total era de 13%).

¹⁷⁵ RIVAS CASO, Gino. “Entrevista a César Gonzales Hunt”, 30 de marzo de 2015. Naturalmente, el doctor Gonzáles Hunt se refería a aquellas personas que ganaban más de 1.5 RMV, para quienes la implementación de la tasa de aporte fue total desde un primer momento. Según señalamos de manera previa, los independientes que generasen menos de 1.5 RMV aportarían en función a una tasa gradual.

Más aún, observemos que la intensidad del rechazo (materializado en marchas, protestas, y reclamos en vías y zonas públicas) tiene su origen aquí. Fue la implementación abrupta la que originó un rechazo tan denotado y manifiesto en los trabajadores independientes.

En conclusión, la primera causa del fracaso en la implementación de la reforma pensionaria se encontró en su forma. La misma debió haber seguido una aplicación secuencial, a efectos de lograr que la migración de la asignación inicial a una nueva asignación no sea traumática ni genere reticencia.

4.2.3. Causas de fondo: La excesiva onerosidad del aporte y la ausencia de beneficios tangibles

Según señalamos de manera previa, la Cultura de Ahorro Previsional genera que las personas estén de acuerdo y acepten *a nivel teórico* un esquema de aporte obligatorio. Es decir, la Cultura de Ahorro Previsional deriva en que las personas sean conscientes de la importancia de ahorrar para su vejez, más no obstante dicho concepto, que es general, no incide sobre los caracteres específicos del ahorro.

De igual forma, demostramos también que es posible establecer la obligatoriedad del aporte pensionario a personas con FCAP. En específico, en el Perú los trabajadores dependientes adolecen de FCAP y sin embargo toleran la obligatoriedad del aporte. Todo ello nos llevó a concluir que la FCAP, en el Perú, no es un obstáculo para la imposición de medidas obligatorias con fines pensionarios.

Pues bien, la mayoría de los trabajadores independientes no son, a priori, radicales opositores al establecimiento de un régimen obligatorio del aporte. Este es un hecho válido y que tiene en cuenta la FCAP del mencionado grupo. La oposición y enfrentamiento de los independientes a la obligatoriedad del aporte se debe a que se encontraban muy en desacuerdo con los caracteres del aporte al que iban a estar obligados.

El éxito, entonces, de una esquema de aporte pensionario obligatorio para los independientes radica (sin perjuicio de su correcta implementación) en su contenido *concreto*. En efecto, no se trata de la percepción de los trabajadores independientes frente a la idea *general* de un aporte obligatorio, sino más bien en la aceptación y tolerancia de un esquema *concreto*, con caracteres *específicos*. Así: “Es razonable pensar que todo asegurado -o potencial asegurado por parte de la seguridad social- se pregunta cuánto paga y cuánto recibirá de acuerdo con las cotizaciones realizadas al sistema previsional”.¹⁷⁶

En efecto, el principal obstáculo en la aceptación o rechazo de un esquema de aporte pensionario en *concreto* se encuentra en el costo del mismo. Así, Selnow señala que, primero, debe tenerse presente la lejanía e incertidumbre del beneficio a obtener.¹⁷⁷ Y es que es innegable que el beneficio de aportar a una pensión se percibirá en un largo plazo (caso de la vejez) o incluso nunca se termine percibiendo (caso de invalidez).

Sobre todo ello, un aporte excesivamente oneroso será rechazado, máxime si la aceptación de aportar a un sistema de pensiones es sumamente difícil en caso no haya un beneficio inmediato o palpable a cambio de realizar dicho aporte.¹⁷⁸

En el caso peruano, se presentó un esquema de aporte costoso (más del 10% del ingreso mensual del independiente) y carente de alguna prestación o beneficio a cambio. Si bien dicho esquema de aporte puede considerarse asequible y justo para un trabajador dependiente, constituye un tremendo error arribar a la misma conclusión para el trabajador independiente. Así:

“La naturaleza empresarial del trabajador independiente condiciona una percepción del mundo económico completamente distinta a la del trabajador asalariado; por ende, su relación con las instituciones de

¹⁷⁶ MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Los trabajadores independientes y la seguridad social*. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2007, p 115.

¹⁷⁷ SELNOW, Gary M. “Motivating Retirement Planning: Problems and Solutions”. En: *Pension Research Council. Working Paper N° 7*. Philadelphia, The Wharton School, 2003, pp. 4-5.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

seguridad social está acompañada de valoraciones también distintas”.¹⁷⁹

Cabe también tener en cuenta el refuerzo complementario de factores coyunturales como la percepción del exclusivo interés de las AFP en lucrar (cuestionamientos respecto a la diferencia en la rentabilidad del SPP a comparación de las empresas que lo administran¹⁸⁰), o la percepción de ineficiencia de la ONP;¹⁸¹ estos elementos también influyeron en el rechazo de los independientes al aporte.

Al plantear su proyecto o al producirse la suspensión del primer intento (2013), el gobierno debió reajustar el esquema de implementación de la afiliación obligatoria, introduciendo beneficios para los trabajadores independientes que ingresan en un sistema pensionario, lo que les va a significar un costo (aporte) que no asumían hasta esa fecha. El primer beneficio debía ser el acceso a un seguro de salud estatal, sea a través del Seguro Integral de Salud (SIS) o el acceso a la capa simple, cuando menos, del Seguro Social de Salud (EsSalud); el segundo beneficio, pudo ser que se descuenta del Impuesto a la Renta Anual los pagos realizados por dichos aportes.

El Estado tuvo un año completo (del 2013 al 2014) para reformular su política, pero hizo poco (o nada) para establecer incentivos que hicieran tolerable la medida, que, en la práctica, para el trabajador independiente le representaba un costo.

Otro aspecto que tampoco se desarrolló fue informarlos adecuadamente de todos los beneficios de estar afiliado a un sistema pensionario. La mayoría cree que la

¹⁷⁹ DURÁN VALVERDE, Fabio. “La cobertura de los trabajadores independientes en la Seguridad Social de Costa Rica”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 151.

¹⁸⁰ La rentabilidad de los fondos de pensiones difiere notoriamente respecto de la rentabilidad que obtienen las empresas administradores. Así:
“[U]n síntoma de que las comisiones cobradas por las AFP son muy elevadas lo constituyen las cifras sobre la rentabilidad privada de tales instituciones: durante el período 1998-2012, las AFP obtuvieron una rentabilidad anual promedio de 40.2%, mientras que la rentabilidad nominal promedio de los fondos tipo 2 fue de solo 12.4%”.
ROJAS, Jorge. *El sistema privado de pensiones en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 254.

¹⁸¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Decimoséptimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2013, p. 22.

pensión es sólo para la vejez (jubilación), pero olvidan que también podemos ser beneficiarios de una prestación en la juventud o adultez, a través de las pensiones de invalidez (en casos de incapacidad) o sobrevivientes (ante el fallecimiento).

En suma, la Ley N° 29903 no fracasó únicamente debido a una (innegable) FCAP en los trabajadores independientes. La FCAP no condiciona el éxito de una medida de obligatoriedad de aportes pensionarios, máxime si tenemos en cuenta que hoy en día un grupo de trabajadores (los empleados) sufren de FCAP y sin embargo aceptan el esquema de aporte obligatorio sobre ellos.

La Ley N° 29903 se frustró debido a dos razones: La primera, consistente en una errada implementación abrupta, que no tuvo en cuenta un *status quo* con un respaldo histórico de más de 70 años, lo que derivó, a priori, en el rechazo de la medida de obligatoriedad.

La segunda razón consiste en que el específico esquema propuesto de la Ley N° 29903 no otorgaba beneficios que, desde la perspectiva de los independientes, compensasen el desprendimiento de entre el 10% al 15% de sus ingresos mensuales. Bajo un análisis costo-beneficio, la Ley N° 29903 fue considerada como muy onerosa para el trabajador independiente.

5. Conclusiones

En cuanto a los trabajadores independientes en general, existen dos formas de clasificación relevantes, las que fueron presentadas en el capítulo I. La primera, que los divide en calificados, de oficio, y de supervivencia; y la segunda, que los divide en independientes empleadores, cuentapropistas, de cooperativas y trabajadores familiares no remunerados (TFNR).

Sobre dichas clasificaciones, se observa que la reforma pensionaria contenida en el artículo 8 de la Ley N° 29903 no tuvo como objetivo a todo el grupo de los trabajadores independientes. En realidad, su objetivo se centraba en un sector en

específico: los trabajadores independientes por cuenta propia, calificados y formales. En cifras, dicha medida no llegaba ni al 2% de la Población Económicamente Activa (PEA).

Así, la norma dejó de lado, en la práctica, a (i) independientes empleadores¹⁸²; (ii) independientes con ingresos menores a 1 RMV; e incluso (iii) independientes por cuenta propia que aún cuando generasen más de 1 RMV mensual, quedaban excluidos por no desarrollar sus actividades de manera formal. Este último punto es de especial relevancia, puesto que los trabajadores independientes informales que generan más de 1 RMV llegan casi al millón de personas en el Perú. En la misma línea, el 85% de los trabajadores independientes empleadores se desenvuelven en la informalidad, lo que resalta una vez más el peso de la informalidad en cuanto al alcance de medidas legales con connotación pensionaria.

Delimitado el sector objetivo de la reforma pensionaria planteada por la Ley N° 29903, observamos que la supuesta causa responsable de su fracaso, la falta de cultura de ahorro previsional (FCAP), no es en realidad la verdadera responsable.

La FCAP puede definirse como la omisión que hacen las personas, sea por decisión o por falta de conocimiento/educación, de ahorrar parte de sus ingresos con el objetivo de emplearlos para la vejez. Sobre ello, se considera que la FCAP hizo que los trabajadores independientes por cuenta propia rechazaran someterse a la Ley N° 29903.

Sucede que la FCAP no puede ser empleada como argumento para justificar el fracaso de la implementación de un régimen de aporte obligatorio con fines pensionarios. En realidad la FCAP es uno de los presupuestos para la imposición de una medida paternalista consistente en obligar a las personas a aportar para una futura pensión. Se puede concluir que si hubiese cultura de ahorro previsional, las

¹⁸² Según señalamos de forma previa, hasta la presente fecha no se ha implementado el Sistema de Pensiones Sociales, el que abarcaría a una parte considerable de los independientes empleadores.

personas ahorrarían por sí mismas, haciendo innecesario el establecimiento de un régimen pensionario obligatorio.

En adición a ello, estudios de campo demuestran que los trabajadores dependientes e independientes adolecen ambos, en igual grado, de FCAP. Sobre ello, la FCAP no puede ser la causa de la derogación parcial de la Ley N° 29903 porque un grupo (trabajadores dependientes) adolece de la misma y sin embargo tolera el sistema pensionario obligatorio que le ha sido impuesto.

El rechazo de los trabajadores independientes se origina en razones de forma y de fondo. En cuanto a la forma, debe tenerse presente que, a nivel histórico, los trabajadores independientes han tenido y tienen una carga estatal mínima o nula. En efecto, la ausencia de regulación “obligatoria” en materia laboral, previsional y de salud, sumado al leve peso fiscal deriva en que el independiente esté acostumbrado a un estado (*status quo*) de suma cero. Dicho estado y su consiguiente peso histórico deriva en que los trabajadores independientes tengan una preferencia a mantener el mismo (*status quo bias*).

Frente a ello, la implementación de la obligatoriedad del aporte para los trabajadores independientes por cuenta propia debió ser progresiva, adecuada y secuencial. Por el contrario, terminó siendo abrupta y súbita. Ello derivó en el rechazo de la misma por parte de los trabajadores independientes, quienes percibieron en ella una afectación perjudicial y negativa respecto de su situación de asignación inicial.

Respecto al fondo, la Ley N° 29903 representaba una medida (i) muy onerosa para el trabajador independiente por cuenta propia, puesto que la tasa del aporte se percibe como muy alta; y (ii) carente de una contraprestación palpable, dado que el único beneficio aparente que se otorgaría era (en la mente de los trabajadores independientes) uno incierto y a largo plazo.

En conclusión, el fracaso de la Ley N° 29903, en cuanto a los trabajadores independientes por cuenta propia, se origina en una errada implementación de la

misma, la ausencia de beneficios tangibles, así como en una inadecuada e injusta regulación respecto de su alcance, estructura y contenido.



Capítulo IV:

LA OBLIGATORIEDAD DEL APORTE PARA LOS INDEPENDIENTES POR CUENTA PROPIA: UN ANÁLISIS TEÓRICO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

1. Introducción

Luego de haber realizado un análisis histórico y empírico del sistema pensionario peruano en relación a los independientes, corresponde ahora aprehender las conclusiones obtenidas de las mencionadas evaluaciones y establecer las bases de una correcta y funcional estructura obligatoria pensionaria que pueda integrar a los trabajadores independientes.

Para ello, consideramos pertinente primero hacer un breve repaso a los modelos pensionarios latinoamericanos que han regulado expresamente la integración de los independientes a un esquema de aporte obligatorio. Luego, haremos un análisis a nivel teórico de la Ley de Reforma del SPP. Sintetizaremos dicha norma y luego enfocaremos sus principales defectos. Después, desarrollaremos aquellos aspectos que requieren ser tratados y adaptados para lograr que los trabajadores independientes lleguen a tolerar y aceptar un esquema de aporte obligatorio con fines pensionarios.

Como resultado, presentaremos al final las bases sobre las cuales debe construirse un régimen legal de pensiones obligatorio para los trabajadores independientes.

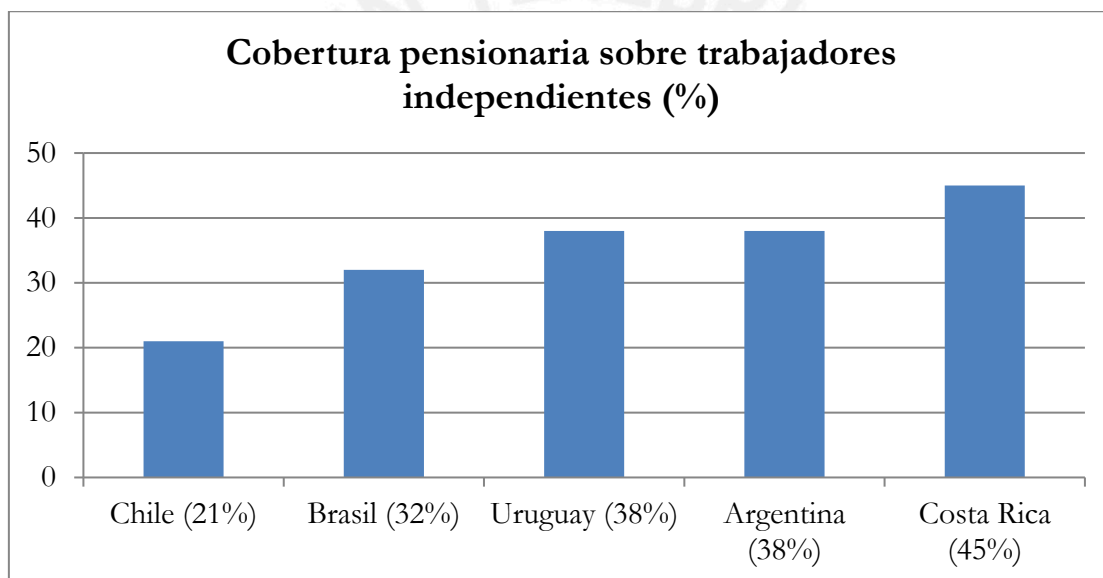
2. Obligatoriedad del aporte para independientes – Experiencias en derecho comparado latinoamericano

La regulación de cobertura pensionaria para trabajadores independientes no es un tema desconocido en Latinoamérica. En realidad, el Perú se encuentra atrasado

respecto al tema, si comparamos nuestra regulación (incluyendo a la parcialmente derogada Ley N° 29903) con la de países vecinos.¹⁸³

Pues bien, ¿qué experiencias merecen especial consideración? Aquí es pertinente aplicar un criterio de eficiencia, prefiriendo aquellas experiencias con mejores resultados. Así, en Latinoamérica y el Caribe, la mayor cobertura pensionaria sobre trabajadores independientes la tienen los siguientes países:

Figura N° 6 – Porcentaje de trabajadores independientes cotizantes a un esquema pensionario (2010)



Elaboración propia.

Fuente:

BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel y Carmen PAGÉS. *Mejores Pensiones – Mejores Trabajos. Hacia la cobertura universal en América Latina y el Caribe*. s/l: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013, p. 50.¹⁸⁴

Observamos que la mayor cobertura pensionaria para los independientes la tiene Costa Rica (45%), seguida de Argentina y Uruguay (37% en ambos casos), Brasil (32%), y Chile (21%).

¹⁸³ ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Panorama de las Pensiones. América Latina y el Caribe*. s/l: OCDE, 2015.

¹⁸⁴ Para el caso de Argentina, confrontar CASALÍ, Pablo y Moira OHACO. *Ob. cit.*, p. 90.

Sobre ello, consideramos pertinente hacer un análisis del marco tributario y pensionario para independientes en Costa Rica, Argentina, Brasil y Chile. A efectos de sintetizar adecuadamente la experiencia de dichos países, el relato se enfocará en los siguientes puntos:

- (i) Carga fiscal que recae sobre los independientes, sin contar el ámbito pensionario.
- (ii) Naturaleza del sistema (contributivo personal, de reparto, o mixto).
- (iii) Obligatoriedad para los independientes.
- (iv) Aportes y subvenciones según regímenes para independientes.¹⁸⁵
- (v) Cobertura.

Luego de dicho recuento, haremos una apreciación de los aspectos sobresalientes de cada uno de los regímenes relatados.

2.1. Costa Rica: Subsidio estatal

- (i) Carga tributaria

Al año 2015, el Decreto Ejecutivo N° 38691-H establece tasas escalonadas para el pago del impuesto a la renta (impuesto que se regula por Ley N° 7092), según el nivel de ingresos. Cabe resaltar que existe un tramo inicial de ingresos, para las personas naturales, no sujeto al pago de renta. El mismo asciende, al año 2015, a 3'522.000.00¹⁸⁶ colones

¹⁸⁵ Para mayor facilidad, consignaremos, cuando fuere relevante, las cifras en soles respecto de los montos en las monedas de los países señalados.

Tipos de cambio al día 10 de septiembre de 2015.

1 ARS (peso argentino) = S/. 0,34377.

1 CRC (colón costarricense) = S/. 0,00599749.

1 BRL (real brasileño) = S/. 0,82547.

1 CLP (peso chileno) = S/. 0,0046851.

¹⁸⁶ *Cfr.* Decreto Ejecutivo N° 38691-H, denominado “Actualización de Tramos de Renta para personas jurídicas y físicas con actividades lucrativas, período fiscal 2015”.

“Artículo 2.- Modificase los tramos de renta imponible señalados en el artículo 15, inciso c) de la Ley de Impuesto sobre la Renta N° 7092 de 21 de abril de 1988 y sus reformas, actualizados

costarricenses al año (S/. 21,123.15). A continuación, un cuadro que detalla las tasas de pago según el rango de ingresos

Figura N° 7 – Impuesto a la renta para personas naturales en Costa Rica (2015)

Período 2015	Tasa
Hasta 3'522,000.00 colones costarricenses (Hasta (S/. 21,123.15))	Exención de pago
De 3'522,000.00 a 5'259,000.00 colones costarricenses (S/. 21,123.15 a S/. 31,540.78)	10%
De 5'259,000.00 a 8'773,000.00 colones costarricenses (S/. 31,540.78 a S/. 52,615.95)	15%
De 8'773,000.00 a 17'581,000.00 colones costarricenses (S/. 52,615.95 a S/105,441.80)	20%
Sobre el exceso de 17'581,000.00 colones costarricenses (Sobre S/. 105,441.80)	25%

Elaboración propia.

Fuente: Artículo 2 del Decreto Ejecutivo N° 38691-H.

(ii) Naturaleza del sistema

En Costa Rica existe un sistema estatal contributivo y de reparto. Dicho sistema es administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), creada por Ley N° 17, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, de fecha 1 de noviembre de 1941.

Existen también administradoras privadas de pensiones, que ofertan planes de pensiones complementarias (pilar complementario obligatorio para empleados). Para los trabajadores independientes la afiliación a estos planes de pensiones complementarias es voluntaria.

(iii) Obligatoriedad para independientes

mediante Decreto Ejecutivo N° 37961-H de 9 de setiembre de 2013, publicado en La Gaceta N° 206 del 25 de octubre de 2013, de la siguiente manera:
[...]"

El aporte a un régimen pensionario es obligatorio para los trabajadores independientes. La obligatoriedad del aporte para independientes fue instituida por la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador, del año 2000, la que inició su aplicación en el año 2005.¹⁸⁷

(iv) Aportes y subvenciones

El esquema costarricense no es ajeno a la figura de la subvención estatal. Así, el Estado asume parte de la cuota de los trabajadores independientes de menos recursos. Esto se encuentra regulado en el último párrafo del Artículo 3 de la Ley N° 17 del año 1943.¹⁸⁸ En esa línea, el trabajador independiente se categoriza según su nivel de ingreso, el que se mide de acuerdo al número de sueldos mínimos (SM = 283,799 colones costarricenses¹⁸⁹). El esquema vigente¹⁹⁰ es el siguiente:

Figura N° 8 – Aporte pensionario en Costa Rica según escalas (2015)

Nivel de ingreso	Tasa	
	Independiente	Estado
Menos de 0.577 SM (S/. 980.56)	4,25%	3,34%
De 0.577 SM a 2 SM (163,752 a 567,598 colones) (S/. 980.56 a S/. 3,398.82)	6%	1,59%
De 2 SM a 4 SM (de 567,598 a 1'135,196 colones) (S/. 3,398.82 a S/. 6,877.77)	6,59%	1,00%
De 4 SM a 6 SM	7,09%	0,50%

¹⁸⁷ En su disposición transitoria XII, la norma establece que “[l]os trabajadores independientes se afiliarán a la CCSS en forma gradual durante los primeros cinco años a partir de la vigencia de la presente Ley”.

¹⁸⁸ Párrafo que fue adicionado por la Ley N° 7983.
“Artículo 3.

[...]

Para los trabajadores independientes cuyo ingreso neto sea inferior al salario mínimo legal y que soliciten su afiliación al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS, la cuota del Estado se incrementará con el fin de subsanar parcialmente la ausencia de cuota patronal. Para tales efectos, se creará un programa especial permanente a cargo del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares”.

¹⁸⁹ *Cfr.* Decreto N° 38728-MTSS, que rige desde el 1 de enero de 2015.

¹⁹⁰ *Cfr.* Reforma del Acuerdo tomado en sesión N° 8679, de fecha 18 de noviembre de 2013. Acuerdo titulado “Reforma Reglamento del Seguro de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social y aprueba ajuste de seguro de invalidez, vejez y muerte (IVM)”, segundo punto.

(de 1'135,196 a 1'702,794 colones) (S/. 6,877.77 a S/. 10,316.66)		
Más de 6SM (Más de 1'702,794 colones) (Más de S/. 10,316.66)	7,59%	0,00%

Elaboración propia.

Fuente: Reforma Acuerdo tomado en sesión N° 8679, de fecha 18 de noviembre de 2013.

Cabe anotar que la obligatoriedad sólo se da para aquellas personas que generen, cuando menos, el sueldo mínimo. En tal sentido, aquellos que generan menos de dicho monto se afilian al sistema de forma voluntaria.

(v) Cobertura

Los trabajadores independientes se encuentran obligados al aporte bajo las condiciones establecidas en la Ley N° 17 de 1943. En tal sentido, tienen cobertura de invalidez, vejez y muerte (IVM). Esto se encuentra reconocido en el último párrafo del Artículo 3 de la Ley N° 17 del año 1943.¹⁹¹

2.2. Argentina: El Monotributo

(i) Carga tributaria

Existen dos regímenes principales: el Régimen general (recogido en la Ley N° 20.628, Ley de Impuesto a las Ganancias) y el de Monotributo (recogido en la Ley N° 24.977, Ley de Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes), el que a su vez cuenta con un subrégimen de Monotributo “general”, y uno de Monotributo “especial” (denominado Monotributo Social).¹⁹²

¹⁹¹ Vid. Supra nota 187.

¹⁹² De igual forma, existe un régimen adicional, denominado Monotributo Eventual. No obstante, consideramos que el merecedor de especial análisis es el Monotributo Social.

- Régimen general (aplicable por defecto para todos los independientes, salvo que puedan y quieran afiliarse al régimen del Monotributo). El independiente debe cumplir con el pago de los impuestos a las ganancias e impuesto al valor agregado (IVA). En cuanto al primero, debemos señalar que existe un primer tramo no imponible, ascendiente a 31.104 pesos argentinos¹⁹³ (S/. 10,656.85) para los trabajadores independientes. Luego de dicha base, aplica una escala progresiva de 7 niveles que van desde una alícuota del 9% hasta una del 35%.

- Régimen del Monotributo. Sólo aplica para aquellos trabajadores independientes denominados “Pequeños Contribuyentes”. Así, el artículo 2 de la Ley N° 24.977 establece que los pequeños contribuyentes son independientes por cuenta propia y empleadores con rentas menores.¹⁹⁴ Para aplicar al Régimen del Monotributo, los ingresos brutos anuales no pueden exceder de los 400 000 pesos argentinos¹⁹⁵ (S/. 137,500.00 aproximadamente); o de los 600 000 pesos argentinos¹⁹⁶ (S/. 206,000.00 aproximadamente) en caso se

¹⁹³ El primer tramo no imponible se conforma por la “deducción especial” y las “ganancias no imponibles”, ambos de idéntico valor.

Cfr. Decreto N° 649/97, Texto Ordenado de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

“Artículo 23.- Las personas de existencia visible tendrán derecho a deducir de sus ganancias netas:

a) En concepto de ganancias no imponibles la suma de PESOS QUINCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS (\$ 15.552.-) siempre que sean residentes en el país;

[...]

c) En concepto de deducción especial, hasta la suma de PESOS QUINCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS (\$ 15.552.-), cuando se trate de ganancias netas comprendidas en el artículo 49, siempre que trabajen personalmente en la actividad o empresa y de ganancias netas incluidas en el artículo 79”.

¹⁹⁴ *Cfr.* Ley N° 24.977, Artículo 2.

“ARTICULO 2°.- A los fines de lo dispuesto en este régimen, se consideran pequeños contribuyentes las personas físicas que realicen venta de cosas muebles, locaciones y/o prestaciones de servicios, incluida la actividad primaria, las integrantes de cooperativas de trabajo, en los términos y condiciones que se indican en el Título VI, y las sucesiones indivisas en su carácter de continuadoras de las mismas. Asimismo, se consideran pequeños contribuyentes las sociedades de hecho y comerciales irregulares (Capítulo I, Sección IV, de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, texto ordenado en 1984 y sus modificaciones), en la medida que tengan un máximo de hasta tres (3) socios”.

¹⁹⁵ *Cfr.* Ley N° 24.977, Artículo 8.

¹⁹⁶ *Ibidem.*

trate de un independiente empleador con hasta 3 empleados y se dedique a la venta de bienes (no prestación de servicios).

En el régimen de Monotributo, la carga tributaria se materializa en un pago único. El pago varía por categoría, la que se determina de acuerdo a los ingresos y según si se cuenta con empleados. A continuación, una síntesis de las categorías (e ingresos enlazados), así como el pago a realizar.

Figura N° 9 – Monotributo general: Categorías para independientes por cuenta propia y pagos a realizar (2015)

Categoría	Ingresos brutos anuales	Pago a realizar (mensual)
B	hasta \$ 48,000 (S/. 16,500.96)	\$ 39 (S/. 13.41)
C	hasta \$ 72,000 (S/. 24,751.44)	\$ 75 (S/. 25.78)
D	hasta \$ 96,000 (S/. 33,001.92)	Locación servicios = \$128 (S/. 44.00) Venta de bienes = \$118 (S/. 40.56)
E	hasta \$ 144,000 (S/. 49,502.88)	Locación servicios = \$210 (S/. 72.19) Venta de bienes = \$194 (S/. 66.69)
F	hasta \$ 192,000 (S/. 66,003.84)	Locación servicios = \$400 (S/. 137.51) Venta de bienes = \$ 310 (S/. 106.57)
G	hasta \$ 240,000 (S/. 82,504.80)	Locación servicios = \$550 (S/. 189.07) Venta de bienes = \$405 (S/. 139.23)
H	hasta \$ 288,000 (S/. 99,005.76)	Locación servicios = \$700 (S/. 240.64) Venta de bienes = \$505 (S/. 173.60)
I	hasta \$ 400,000 (S/. 137,508.00)	Locación servicios = \$1600 (S/. 550.03) Venta de bienes = \$1240 (S/. 426.27)

Elaboración propia.

Fuente: Ley N° 24.977, artículos 8 y 11.

- Régimen del Monotributo Social. Regulado en el artículo 39 de la Ley N° 24.977, el Régimen del Monotributo Social aplica sólo para aquellos monotributistas que estén en la categoría “B” (es decir, que tengan hasta 48,000 pesos argentinos de ingresos brutos anuales) y que realicen una única actividad.¹⁹⁷ En este régimen no se hacen pagos por conceptos tributarios.

(ii) Naturaleza del sistema

¹⁹⁷ Cfr. Ley N° 24.977, artículo 11.

En Argentina, el sistema pensionario es único y no contributivo, es decir, de reparto. Dicho sistema, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), tiene como base a la Ley N° 26.425 (promulgada el 4 de diciembre de 2008).¹⁹⁸

(iii) Obligatoriedad para independientes

El aporte a un régimen pensionario es obligatorio¹⁹⁹ para los trabajadores independientes, tanto si se encuentra en el régimen tributario general como en el régimen del Monotributo.

(iv) Aportes y subvenciones según regímenes pensionarios para independientes

- Régimen general previsional. En este régimen, los independientes se categorizan según sus actividades y el monto de sus ingresos. Una vez categorizados, realizan un pago del 32% (27%²⁰⁰ más 5%²⁰¹) por conceptos pensionarios. No obstante, cabe señalar que el monto pagado es deducible al momento de determinar la renta neta.
- Régimen del Monotributo general. Se realiza un pago fijo y determinado (para todas las categorías, descritas previamente) por conceptos previsionales. Estos son los siguientes: Aporte al SIPA, por 157 pesos argentinos mensuales; y aporte de Obra Social, por 323 pesos argentinos mensuales.²⁰² En total, 480 pesos mensuales (S/.

¹⁹⁸ Desde 1993 hasta antes de la Ley N° 26.425, el sistema previsional argentino era uno mixto, en el que confluía un sistema estatal con un sistema individual administrado por empresas privadas. La Ley N° 26.425 eliminó las Administradoras de Fondos de Pensiones y Jubilaciones (AFPJ), estableciendo un único sistema estatal de reparto.

¹⁹⁹ *Cfr.* Ley 24.241, artículo 8.

²⁰⁰ *Cfr.* Ley N° 24.241, artículo 11. Pago realizado por concepto previsional propiamente dicho.

²⁰¹ *Cfr.* Ley N° 19.032. Pago realizado para contribuir al desarrollo del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

²⁰² *Cfr.* Resolución N° 3.775/2015, cuya vigencia inicia desde el mes de julio de 2015.

165.24). Reiteramos que estos montos son los mismos para todas las categorías.

- Régimen del Monotributo Social. El monotributista social sólo aporta, por concepto pensionario, la mitad de la cuota estándar por Obra Social. Es decir, sólo hace un pago mensual de 161.50 pesos argentinos mensuales (S/. 55.52).

(v) Cobertura

De acuerdo al artículo 17 de la Ley N° 24.241, las prestaciones del sistema público previsional en Argentina son las siguientes: Prestación Básica Universal (PBU), que es la pensión otorgada por vejez; Retiro por Invalidez (RI); y Pensión por Fallecimiento (PF).

El PBU requiere de un aporte de 30 años y una edad de 65 años para hombres, y 60 años para mujeres.

De otro lado, sea cual sea el régimen, el independiente tiene acceso a cobertura de salud. En el caso de los monotributistas, ello se debe a que el pago por concepto de “Obras Sociales” da derecho a acceder a la mencionada cobertura.²⁰³

2.3. Brasil: El caso del Microemprendedor Individual (MEI)

(i) Carga tributaria²⁰⁴

²⁰³ Cfr. Ley N° 23.660, Ley de Obras Sociales.

²⁰⁴ En Brasil, confluyen impuestos de nivel federal, estadual y municipal. El marco tributario brasileño, así, es bastante disperso. Por lo señalado, nos centraremos solo en el desarrollo de dos regímenes: el Régimen General para personas naturales, y el régimen del Microemprendedor (MEI). No descartamos que, en adición a los conceptos que se señalen, existan otros especiales para determinadas municipalidades o para labores especiales.

Dos son los regímenes a destacar de Brasil: el Régimen General²⁰⁵; y el Régimen del Microemprendedor Individual (MEI).²⁰⁶

- En el Régimen General, el independiente realiza el pago por la renta que genera de acuerdo a escalas. Así, existe un primer tramo no imponible, ascendiente a 21,453.24 reales brasileños (S/. 17,708.95) para los trabajadores independientes. Luego de dicha base, aplica una escala progresiva de 5 niveles que van desde el 7,5% hasta el 27,5%
- En cuanto al Régimen del MEI, cabe señalar que sólo pueden afiliarse aquellos que generen menos de 60,000.00 reales brasileños anuales²⁰⁷ (S/. 49,528.06).

El afiliado a este régimen se ve eximido del pago de los impuestos federales (incluyendo el de renta), con las siguientes dos excepciones: Impuesto sobre Servicios (ISS), por el que paga 5 reales brasileños al mes; e Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicio (ICMS), por el que paga 1 real brasileño al mes.

(ii) Naturaleza del sistema

En Brasil, el sistema es de naturaleza pública. Esto se encuentra en el Título I (Conceptos y principios constitucionales) de la Ley N° 8.212/1991 (Ley Orgánica de la Seguridad Social).

(iii) Obligatoriedad para independientes

El aporte a un régimen pensionario es obligatorio para todos los trabajadores independientes, en calidad de “contribuyente individual”.

²⁰⁵ *Cfr.* Lei N° 7.713/1988 (Ley del Impuesto a la Renta vigente en Brasil).

²⁰⁶ *Cfr.* Lei Complementar N° 128/2008, la que crea la figura del Microemprendedor individual (MEI).

²⁰⁷ *Cfr.* Lei Complementar N° 123/2006, Artículo 18-A.

Esto se encuentra regulado en el artículo 12²⁰⁸ de la Ley N° 8.212/1991 (Ley Orgánica de la Seguridad Social).

- (iv) Aportes y subvenciones según regímenes pensionarios para independientes

Bajo la Ley N° 8.212/1991, los independientes (sin importar su régimen) son considerados “contribuyentes individuales”. Sobre ello, la contribución se establece de la siguiente forma:

- En el Régimen General, el aporte equivale al 11% del Salario Mínimo, de conformidad con el artículo 11 de la Ley N° 8.212/1991. Al 2015, dicho salario asciende a 788 reales brasileños²⁰⁹ (S/. 650.47), por lo que el aporte es de 86.68 reales brasileños (S/. 71.55).
- En el Régimen del MEI, el aporte pensionario es un monto fijo de naturaleza mensual, y asciende al 5% del Salario Mínimo.²¹⁰ Dado que el Salario Mínimo es de 788 reales brasileños, el aporte pensionario es de 39.40 reales brasileños (S/32.52).

- (v) Cobertura

²⁰⁸ “Art. 12.- Son asegurados obligatorios de la Providencia Social las siguientes personas físicas:

[...]

V - Como contribuyente individual:

[...]

h) la persona física que ejerce, por cuenta propia, actividades económicas de naturaleza urbana, con fines lucrativos o no”.

Traducción libre del siguiente texto:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

V - Como contribuinte individual:

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

²⁰⁹ *Cfr.* Decreto N° 8.381/2014

²¹⁰ *Cfr.* Ley N° 8.212/1991, Artículo 21, numeral 2 (modificado por Lei N° 12.470/2011)

La cobertura en el Régimen General y en el Régimen del MEI abarca vejez, invalidez y muerte. Así, “los contribuyentes individuales pueden acceder a todos los beneficios disponibles: esto es, el derecho a recibir una pensión por razones de vejez o invalidez, aportes monetarios en el caso de accidentes o enfermedades [...], pensión por muerte del asegurado y aportes monetarios por causas de reclusión del asegurado”.²¹¹

2.4. Chile: Obligatoriedad en proceso de implementación

Es pertinente señalar, antes que nada, que en Chile la obligatoriedad del aporte para trabajadores independientes se encuentra en medio de un proceso de implantación. En tal sentido, desarrollaremos los caracteres del esquema proyectado por Chile, así como también del esquema de aplicación progresiva que se ha establecido para su aplicación.

(i) Carga tributaria

De acuerdo al artículo 43 del Decreto Ley N° 824, Ley sobre Impuesto a la Renta, las rentas de los independientes se someten al pago del denominado Impuesto Global Complementario. Dicho impuesto establece un primer tramo de ingresos anuales exonerados del impuesto, hasta la suma de 13,5 Unidades Tributarias Anuales (1 UTA = 518,376.00 pesos chilenos²¹²). Al año 2015, los tramos y alícuotas son las siguientes:

Figura N° 10 – Niveles y alícuotas del Impuesto global complementario en Chile (2015)

²¹¹ SARAVIA, Leonor. “Trabajadores independientes y cobertura previsional en Brasil y Chile”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 116.

²¹² *Cfr.* Artículo 8 del Decreto Ley N° 830. Dicho artículo establece que la Unidad Tributaria Anual equivale a 12 veces el valor de la Unidad Tributaria Mensual del mes de diciembre del año anterior. La Unidad Tributaria Mensual se adecúa según el Índice de Precios del Consumidor en Chile. Al mes de diciembre de 2014, la Unidad Tributaria Mensual equivalía a 518,376 pesos. Por lo tanto, la Unidad Tributaria Anual equivale a 6,998.076 pesos. Verificable en: http://www.sii.cl/pagina/valores/lim_exem/lim_exen2015.htm

Renta generada	Alícuota
hasta \$ 6'998,076.00 (S/. 16,500.96)	Eximido.
De \$ 6'998,076.00 a \$15,551,280.00 (S/. 16,500.96 a S/. 72,935.50)	4%
De \$ 15'551,280.00 a \$ 25'918,800.00 (S/. 72,935.50 a S/. 121,559.17)	8%
De \$ 25'918,800.00 a \$ 36'286,320.00 (S/. 121,559.17 a S/. 170,182.84)	13,5%
De \$ 36'286,320.00 a \$ 46'653,840.00 (S/. 170,182.84 a S/. 218,806.51)	23%
De \$ 46'653,840.00 a \$ 62'205,120.00 (S/. 218,806.51 a S/. 290,742.01)	30,4%
\$ 62'205,120.00 a \$ 77'756,400.00 (S/. 290,742.01 a S/. 364,677.52)	35,5%
Más de \$ 77'756,400.00	40%

Elaboración propia.

Fuente: http://www.sii.cl/renta/suplemento/2015/guia_practica_renta.pdf, página 20.

Consulta: 10 de septiembre de 2015

(ii) Naturaleza del sistema

En Chile, el sistema es uno mixto. El Decreto Ley N° 3.500 establece, hoy en día,²¹³ que el sistema de pensiones chileno se conforma por un pilar estatal solidario, uno contributivo obligatorio (sistema privado), y un pilar voluntario.

Se podría considerar al pilar contributivo obligatorio como el principal. Esto se debe a que el pilar solidario sólo aplica para aquellas personas que no participaron en algún régimen pensionario o para las que aportaron muy poco al sistema contributivo.

(iii) Obligatoriedad para independientes

La Ley N° 20.255, Ley de Reforma Previsional, de fecha 11 de marzo de 2008, estableció la obligatoriedad del aporte para los trabajadores independientes. Ello lo hizo modificando la redacción de, entre otros, el

²¹³ La norma ha sido materia de diversas modificaciones y adiciones respecto de su versión original.

artículo 89 del Decreto Ley N° 3.500. Observemos la redacción actual de dicho artículo:

Artículo 89.- Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas del trabajo de las señaladas en el inciso primero del artículo siguiente, deberá afiliarse al Sistema que establece esta ley.

(iv) Aportes

Cabe anotar, primero, que de acuerdo al artículo 90 del Decreto Ley N° 3.500,²¹⁴ las cotizaciones se calculan sobre el 80% de las rentas brutas que generen los independientes. De igual forma, el artículo establece que la obligatoriedad sólo aplica para aquellos que generen más de una remuneración mínima mensual²¹⁵ durante todo el año (241,000 pesos chilenos, equivalente a S/. 1,132.70).

Sobre ello, según el artículo 92 del Decreto Ley N° 3.500,²¹⁶ el independiente cotiza de conformidad con las disposiciones de aporte para los trabajadores dependientes. En tal sentido, la cotización a realizar asciende a un aproximado²¹⁷ del 13% sobre la renta imponible del ejercicio anual respectivo. Cabe anotar que, en adición a ello, los independientes deberán pagar un 7% por cobertura de salud.

El aporte puede esquematizarse de la siguiente forma:

²¹⁴ “Artículo 90.- La renta imponible será anual y corresponderá al 80% del conjunto de rentas brutas gravadas por el artículo 42, N° 2, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, obtenida por el afiliado independiente en el año calendario anterior a la declaración de dicho impuesto, la que no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual, ni superior al producto de multiplicar 12 por el límite máximo imponible establecido en el inciso primero del artículo 16, para lo cual la unidad de fomento corresponderá a la del último día del mes de diciembre”.

²¹⁵ *Cfr.* Ley N° 20.763, Artículo 1.

“Artículo 1°.- Elévase, a contar del 1 de julio de 2014, de \$210.000 a \$225.000 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad. A partir del 1 de julio de 2015, dicho monto será de \$241.000 y, a contar del 1 de enero de 2016, tendrá un valor de \$250.000”.

²¹⁶ “Artículo 92.- Los trabajadores independientes que en el año respectivo perciban ingresos de los señalados en el inciso primero del artículo 90, estarán afectos a las cotizaciones que se establecen en el Título III y a un siete por ciento destinado a financiar prestaciones de salud [...]”.

²¹⁷ Monto aproximado debido a que no existe una tasa única y fija de la comisión de las AFP.

Figura N° 11 – Cuadro desagregado del aporte obligatorio para independientes

Tasa	Destino	Concepto
10%	AFP	Aporte para pensión de vejez.
0,47% - 1,54%		Comisión por gestión de fondo.
1,15%		Seguro de invalidez y sobrevivencia
0,95% ²¹⁸	Instituto de Seguridad Laboral o Mutual (Según elección)	Seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales.
Total aporte previsional = Aproximadamente 13%		

Elaboración propia.

Para finalizar, es relevante mencionar que el aporte obligatorio es un gasto deducible al momento de calcular el impuesto a la renta.

(v) Progresividad en la implementación

La Ley N° 20.255 proyectó, en su artículo vigésimo noveno de las Disposiciones Transitorias, una aplicación progresiva de la norma. La misma presentaba un esquema de aplicación gradual y postergable. Observemos:

Figura N° 12 – Esquema de implementación de la Ley N° 20.255

Año	Alícuota
2008-2012	Período de educación previsional y difusión de la Ley N° 20.255.
2012	Aporte sobre el 40% de la renta imponible. Facultad de renunciar a realizar el aporte.
2013	Aporte sobre el 70% de la renta imponible. Facultad de renunciar a realizar el aporte.
2014	Aporte sobre el 100% de la renta imponible. Facultad de renunciar a realizar el aporte.
2018 ²¹⁹	Aporte sobre el 100% de la renta imponible. No es posible renunciar a realizar dicho aporte.

Elaboración propia.

²¹⁸ Pago de periodicidad mensual.

²¹⁹ Inicialmente se había proyectado que el aporte obligatorio sería irrenunciable a partir de 2015. No obstante, mediante Ley N° 20.894 se dispuso prorrogar dicho plazo hasta el 2018.

Así, se evidencia que este régimen será plenamente aplicado recién en el año 2018.

(vi) Cobertura

La cobertura para los independientes es idéntica a la de los empleados. Ello se debe a que es la misma norma (el Decreto Ley N° 3.500) la que asigna pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia. De igual manera, los independientes aportan también para un seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que se encuentran cubiertos respecto de dichas contingencias.

Debe también señalarse que, derivado del aporte por salud, habrá cobertura de atención médica.

2.5. Apreciaciones

En el presente apartado, haremos un comentario sobre los hechos más relevantes y atractivos de los sistemas jurídicos relatados.

- a) En cuanto a Costa Rica, podemos señalar que el régimen pensionario tiene como nota característica la participación estatal directa en las cuotas del trabajador independiente. De una mirada superficial, pareciera que el aporte del Estado es mínimo. No obstante, debemos tener presente el total de las cifras con relación al ingreso del trabajador.

En efecto, observemos que una persona que gana menos de dos sueldos mínimos costarricenses (aproximadamente S/. 3,400.00) sólo paga una tasa equivalente al 6% de sus ingresos; en adición a ello, contribuye el Estado con 1,59%. Y sobre todo ello, se debe tener en cuenta que las personas que generan menos de 3'5222,000.00 colones al año (S/. 31,540.78) no pagan impuesto a la renta.

Finalmente, notemos que el régimen costarricense subsidia fuertemente el aporte que hiciesen los trabajadores independientes que ganan menos del sueldo mínimo en dicho país. Para ese sector específico la participación es, naturalmente, voluntaria.

De otro lado, se considera que el relativo éxito del modelo Costarricense radica también en el empleo de mecanismos colectivos de afiliación. Los independientes se agrupan bajo una cooperativa y gestionan con el estado costarricense convenios de aseguramiento. Ello genera un sentimiento de *posesión*, por parte del grupo, factor que, sumado al de la fuerte subvención estatal, derivó en que los mecanismos colectivos hayan tenido acogida por los trabajadores. Así:

Bajo este esquema, la organización con la que se firma el convenio adquiere el compromiso de levantar una “planilla” mensual, recaudar las cotizaciones entre sus afiliados y transferirlas al Seguro Social. Elementos indispensables para el éxito de este esquema lo constituyen tanto el sentido de apropiación de las organizaciones participantes, como la fuerte participación estatal a través del subsidio a las cotizaciones que pagan estos grupos.²²⁰

- b) Respecto a Argentina, lo primero que resalta se encuentra en el aporte de una suma fija que hacen todos los monotributistas. En efecto, observemos que para el régimen del Monotributo general, los sujetos aportan 157 pesos argentinos mensuales para el SIPA y 323 pesos argentinos mensuales por Obra Social (un total de S/. 165.01). Estos aportes se hacen sin importar el ingreso del monotributista (siempre que éste no exceda el tope máximo del régimen).

En segundo lugar, y quizá más importante, destaca el régimen del Monotributo Social. Este es un régimen pensado para independientes, por

²²⁰ DURÁN VALVERDE, Fabio. “La cobertura de los trabajadores independientes en la Seguridad Social de Costa Rica”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 158.

cuenta propia o empleadores, de bajos ingresos (tope máximo anual de \$ 48.000, equivalente a S/. 16,500.96).

El régimen de Monotributo Social presenta un esquema pensado para el trabajador independiente de bajos recursos. Dicho esquema consiste, primero, en la exoneración de pagos tributarios, equiparando así la situación formal a la informal respecto a la carga fiscal. Luego, el esquema requiere a los independientes un pago único, fijo y determinado, el que se hace a cuenta de dos elementos distintos: (i) la contabilización de un aporte pensionario para una futura pensión; y (ii) la adquisición de cobertura de salud.

El régimen del Monotributo Social, observamos, tiene como objetivo asignar una carga estatal acorde a los ingresos reducidos de los trabajadores a los que se enfoca. Pero no sólo eso, es claro que dicho régimen tiene también como objetivo lograr la formalización de aquellas personas que trabajan “en negro”^{221, 222} Y es que en adición a la cobertura de salud y a la futura pensión por vejez, el monotributista social puede emitir facturas y ser contratista del Estado. En otras palabras, a cambio del pago de 161.50 pesos argentinos mensuales (S/. 55.52), el independiente de bajos recursos se inserta en la “economía formal” del país.

- c) Para el caso de Brasil, observemos que el Estado, en su ánimo de lograr cobertura pensionaria para quienes más lo necesitan, plantea un régimen especial (MEI) para independientes de menores recursos (sean independientes por cuenta propia o empleadores).

²²¹ Frase característica en Argentina (pero no exclusiva de dicho país) para aludir a la informalidad.

²²² NOVICK, Marta; MAZORRA, Ximena; y Diego SCHLESER. “Un nuevo esquema de políticas públicas para la reducción de la informalidad laboral”. En AA.VV. *Aportes a una nueva visión de la informalidad laboral en la Argentina*. Buenos Aires: Banco Mundial, 2008, p. 31. Consulta: 15 de mayo de 2015.

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/biblioteca_libros/aportes_a_una_vision_de_la_informalidad_laboral.pdf

Dicho régimen, al igual que el Monotributo Social Argentino, exonera del impuesto a la renta a los independientes que no superen un determinado nivel de recursos (60 000 reales brasileños), limitándose a imponer el pago de una suma fija irrisoria por el pago de impuestos por la prestación de servicios o ventas de bienes (ISS o ISMS). El pago principal en este régimen se hace para una futura pensión, y el mismo también es de suma fija y constante, sin verse influenciado por el ingreso del trabajador independiente.

Sin perjuicio de ello, el Régimen General de trabajadores independientes establece como pago un porcentaje fijo (11%) no del sueldo que genera cada persona en específico, sino del Salario Mínimo. De esta forma, el aporte es más fácil de calcular y adquiere uniformidad, lo que simplifica su cumplimiento.

- d) En cuanto a Chile, debemos notar que este país se encuentra en medio del proceso de implementación de la obligatoriedad para trabajadores independientes. Sobre ello, en la forma el modelo chileno presenta una aplicación gradual a corto plazo. Así, luego de la expedición de la Ley N° 20.255, se proyectaron tres años de educación y difusión previsional, para luego iniciar gradualmente la aplicación de la norma. En suma, la Ley N° 20.255, expedida el 2008, proyecta tener plena aplicación recién el 2018.²²³

Respecto al fondo, el esquema de aporte obligatorio chileno es similar al peruano. Se plantea que el aporte se haga sobre un porcentaje determinado de los ingresos generados por los independientes. Un punto a notar está en que el aporte se hace sobre la renta imponible anual (en el Perú el aporte era de periodicidad mensual, y el mismo no se hacía para aquellos meses en que se genere menos de 1 RMV).

En conclusión, notamos que los regímenes pensionarios latinoamericanos más eficaces para independientes se caracterizan, en primer lugar, por la asignación de un

²²³ Vid. Supra nota 218.

trato especial para dicho grupo. Sea a través de mecanismos de afiliación colectiva y fuerte subvención estatal (Costa Rica), o por medio de la reducción/eliminación de la carga tributaria para que la carga estatal se limite a conceptos pensionarios (Argentina y Brasil), existen notas diferenciales de los esquemas para independientes, que develan el entendimiento de su realidad y naturaleza distinta a la de los empleados.

3. Análisis teórico-estructural de la parcialmente derogada Ley N° 29903

La Ley N° 29903, Ley de Reforma del SPP representa el primer elemento a tener en cuenta a efectos de lograr establecer las bases de un sistema pensionario obligatorio aceptable, funcional y eficiente para independientes.

Los lineamientos de esta norma fueron vistos de forma superficial al inicio del capítulo anterior. En dicho capítulo, el desarrollo se enfocó en lo pertinente para el proceso histórico de la norma, con énfasis así en las disposiciones relativas a su implementación.

Pues bien, corresponde ahora hacer una síntesis de la estructura de la Ley de Reforma del SPP; esto es, una presentación de su forma y de sus elementos principales.

Cabe adelantar que la Ley de Reforma del SPP no se enfocó de manera exclusiva en los trabajadores independientes. En realidad, dicha norma reguló diferentes temas y aspectos del SPP en específico, y del esquema pensionario peruano en general. Sobre ello, haremos una síntesis de la mencionada norma, relatando cada uno de los puntos que toca, pero haciendo énfasis sólo en las disposiciones relativas a los trabajadores independientes.

3.1. Síntesis de la estructura de la Ley N° 29903 y de sus disposiciones relativas a la obligatoriedad del aporte para independientes

En el capítulo tercero hicimos una breve descripción de las principales medidas de la Ley N° 29903, relativas a la obligación de los independientes de aportar. Cabe, aquí, hacer una breve síntesis de la estructura de la señalada norma.

En principio, la Ley N° 29903 se compuso de 9 artículos. De ellos, los siete primeros versan sobre modificaciones o incorporaciones en las disposiciones de otras leyes, siendo los dos últimos relativos a la obligación del aporte para los trabajadores independientes por cuenta propia. A continuación, una brevísima descripción de los primeros siete artículos:

- Artículos 1 y 2. Modificaciones y adiciones a diferentes artículos del TUO de la Ley del SPP. Estas modificaciones se hacen, principalmente, con el objetivo de establecer un esquema de licitación de las CIC de los nuevos trabajadores que se incorporen al SPP. Existen, no obstante, modificaciones y adiciones relativas a temas variados tales como la jubilación anticipada, la obligación del empleador de retener aportes, instrumentos de inversión de las AFP, etc.

Un aspecto a resaltar está en que una de las modificaciones se dirige a la creación del Fondo Educativo del Sistema Privado de Pensiones (FESIP). Dicho fondo, según la Ley N° 29903, se encuentra orientado al financiamiento de “proyectos educativos previsionales”.

- Artículo 3. Este artículo realiza modificaciones a diferentes artículos del TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Decreto Supremo N° 007-2008-TR.
- Artículo 4. Modificaciones a la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. Estas modificaciones tenían como objetivo la fiscalización y sanción

relativas al no cumplimiento de las normas pensionarias por parte de empleadores.

- Artículo 5. Modificación del artículo 16, segundo párrafo, de la Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, relativa al plazo que tiene un trabajador para incorporarse al SNP o al SPP.
- Artículo 6. Modificaciones al artículo 37 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, relativas a la deducción de la renta bruta de tercera categoría en mérito a pago de aportes pensionarios.
- Artículo 7. Incorporación de un párrafo adicional a la Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 29355, Ley de creación del Registro Nacional de Información de Contratos de Seguros de Vida y de Accidentes Personales con Cobertura de Fallecimiento o de Muerte Accidental.

Observamos que, salvo las modificaciones relativas al FESIP, los primeros siete artículos de la Ley N° 29903 no versan sobre la instauración de la medida de obligatoriedad del aporte pensionario para los independientes.

Así, la Ley N° 29903 no se constituye como una norma construida, estructurada y dirigida exclusivamente a la instauración del aporte obligatorio para los trabajadores independientes. En realidad, dicho aporte fue una más de las modificaciones que realizó la Ley N° 29903 al marco legal pensionario. Cabe anotar aquí, por cierto, que el Decreto Supremo N° 068-2013-EF, Reglamento de la Ley N° 29903, no hace mayor adición tampoco.

De otro lado, el Decreto Supremo N° 166-2013-EF, Norma reglamentaria para la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema Nacional de Pensiones, sí establece disposiciones relativas a la instauración de la obligatoriedad del aporte.

Sobre las normas señaladas, pasamos ahora a hacer una síntesis respecto de los caracteres del aporte obligatorio del independiente, así como su respectiva implementación. Esta síntesis, por cierto, parte del esquema presentado para el segundo intento de implementación de la Ley N° 29903 (luego de las modificaciones realizadas a dicha norma por la Ley N° 30082).²²⁴

- (i) Obligatoriedad del aporte. Resulta obvio, pero el punto de partida está en que la Ley N° 29903 estableció que los independientes por cuenta propia estaban obligados a aportar al SNP o al SPP.
- (ii) Tasa y gradualidad del aporte. Luego de la frustración del primer intento de implementación, la Ley N° 30082 modificó la Ley N° 29903 y programó su entrada en vigencia para agosto de 2014. Dicha gradualidad puede ilustrarse de la siguiente manera:

Figura N° 13 – Tasas modificadas de aporte obligatorio para los independientes, a iniciar en agosto de 2014

Monto de ingresos generados	Trabajadores que se afilien al SPP ²²⁵	Trabajadores que se afilien a la ONP
Más de 1 RMV	2,5% desde agosto de 2014 hasta julio de 2015. 5% desde agosto de 2015 hasta julio de 2016. 7.5% desde agosto de 2016 hasta julio de 2017. 10% a partir de agosto de 2017.	5% desde agosto de 2014 hasta julio de 2015. 7,5% desde agosto de 2015 hasta julio de 2016. 10% desde agosto de 2016 hasta julio de 2017. 13% a partir de agosto de 2017.
Menos de 1 RMV	0%	0%

Elaboración propia.

- (iii) Creación del FESIP. Sobre el Fondo Educativo del Sistema Privado de Pensiones sólo se señala lo siguiente:

²²⁴ Excluimos de este análisis a todo lo relativo a la licitación y la consiguiente incorporación automática a AFP Hábitat para todos los independientes que eligiesen el SPP (Cfr. Resolución SBS N° 4476-2013). Ello se debe a que dichas disposiciones no resultan especialmente pertinentes para los temas de la obligatoriedad del aporte en general.

²²⁵ En adición al respectivo porcentaje consignado, recordemos que se debe hacer pagos por concepto de (i) comisión de la AFP; y (ii) seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio (1,23%).

- Objetivo: la promoción de mayores niveles de cultura previsional.
- Financiamiento: donaciones de AFP y empresas de seguros, y multas por las infracciones en el cumplimiento de obligaciones relativas a las normas pensionarias.

Es claro que el rol del FESIP es uno complementario. Ello se debe a que el mismo no emplea recursos del presupuesto público, sino que supedita su funcionamiento al monto de donaciones y multas por incumplimiento de normas pensionarias.

Ya desarrollada una síntesis de la Ley N° 29903, con énfasis en las disposiciones relativas a la obligatoriedad del aporte, procederemos ahora a criticar dicha norma. Como veremos en el siguiente apartado, la regulación es deficiente e insuficiente para un objetivo de tal magnitud como la incorporación de los independientes a un marco de aporte pensionario obligatorio.

3.2. Crítica a la Ley N° 29903

La Ley N° 29903, según observamos, es una norma dirigida a realizar diferentes modificaciones al SPP en específico, y al esquema pensionario peruano en general. Así, dicha norma no tiene una estructura propiamente dicha, sino que se limita a modificar y añadir artículos enlazados al TUO de la Ley del SPP.

En específico respecto de los trabajadores independientes, la Ley N° 29903 no hace un desarrollo extensivo respecto de los alcances de la obligatoriedad del aporte para los trabajadores independientes por cuenta propia; y tampoco de los lineamientos del aporte para los trabajadores independientes empleadores del régimen MYPE.

Sobre ello, encontramos cuatro focos principales de crítica a la Ley N° 29903: (a) la incorporación de trabajadores independientes a un régimen para trabajadores dependientes; (b) el empleo de un esquema ineficiente y oneroso de aporte para los

independientes; y (c) la ausencia de regulación enfocada en los trabajadores independientes informales. Cada uno de estos puntos será desarrollado a continuación.

3.2.1. Insuficiencia de regulación: La errada incorporación de los independientes al régimen general de los trabajadores dependientes

Según observamos al momento de relatar la estructura de la Ley N° 29903, dicha norma se limita a establecer la obligatoriedad del aporte para los independientes como premisa general, remitiéndose a normas existentes para todo lo relativo a las características y detalles de la medida (Ley del Sistema Privado de AFP y Decreto Ley N° 19990).

Las normas existentes, a las cuales iban a someterse los trabajadores independientes para el cumplimiento de sus aportes obligatorios, son normas pensadas y construidas para un público objetivo determinado: El empleado/trabajador dependiente.

En efecto, la Ley del Sistema Privado de AFP y el Decreto Ley N° 19990 son normas que construyeron un esquema pensionario pensado para el trabajador dependiente; es decir, un sistema construido según sus características, las que nada tienen que ver con las respectivas peculiaridades de los trabajadores independientes.

Así:

El sistema de seguros sociales concebido para asalariados, en atención a las características de trabajo de éstos y a la posibilidad de que se ejerza sobre ellos un control más o menos eficaz, presenta una serie de particularidades que es difícil o imposible concebir en un sistema destinado a proteger a trabajadores por cuenta propia.²²⁶

Y es que debe tenerse presente que temas propios de los trabajadores independientes tales como la heterogeneidad, la informalidad, la irregularidad de sus

²²⁶ CEBALLOS TAPIA, Herman; y Juan GUMUCIO RIVAS. *Ob. cit.*, p. 37.

ingresos, etc. de ninguna forma serán regulados o tratados en un régimen pensionario construido pensando sólo en los trabajadores dependientes.

En tal sentido las normas pensionarias vigentes no resultan idóneas para legislar y establecer los alcances y características del aporte del trabajador independiente. Debe hacerse especial énfasis en el hecho de que estas normas construidas para trabajadores dependientes no fallan por acción, sino por omisión.

Nos explicamos.

De manera previa al ingreso de la Ley de Reforma del SPP, El Decreto Ley N° 19990 y la Ley del Sistema Privado de AFP no excluían o prohibían la afiliación de trabajadores independientes a sus respectivos sistemas. En realidad, la afiliación facultativa era (y es) una posibilidad concebida en ambos sistemas. Recordemos lo señalado por el artículo 33 del TUO de la Ley del SPP:

Artículo 33.- El trabajador independiente puede afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) voluntariamente.

Derivado de ello, las normas pensionarias vigentes no contienen disposiciones que hagan inviable la afiliación del trabajador independiente en la práctica.²²⁷ En ese orden de ideas, el Derecho Pensionario peruano vigente no excluye (no está prohibido el ingreso de los trabajadores independientes al SNP o al SPP) o impide (no existen disposiciones que tengan diferencias insalvables con el supuesto de aportes realizados por independientes) que los trabajadores independientes puedan aportar.

El problema, en realidad, se encuentra en el vacío de la regulación enfocada en el aporte *obligatorio* del trabajador independiente. El Decreto Ley N° 19990 y la Ley de

²²⁷ A manera de ejemplo, supóngase que el Decreto Ley N° 19990 estableciese que el pago del aporte lo debe hacer siempre el empleador, quien deberá sustentar dicha condición y presentar documentación que identifique a la empresa (de ser el caso) empleadora. En un caso como ése, dicha disposición impediría

Reforma del SPP carecen, totalmente, de disposiciones que viabilicen y encaucen de manera exitosa la obligatoriedad del independiente de realizar aportes con fines pensionarios.

Sobre todo lo señalado, es claro que la incorporación de los independientes al sistema legal construido para los dependientes fue un error. Los trabajadores independientes requieren un régimen especial, que sea dúctil y viabilice una efectiva afiliación (obligatoria) de los trabajadores independientes.

3.2.2. El empleo de un esquema de aporte inadecuado para los independientes

En el punto anterior señalamos que, a nivel estructural, resulta un error integrar a los independientes a un marco legal pensionario pensado para los trabajadores dependientes. Pues bien, derivado de ello, el principal problema se encuentra en los caracteres del aporte.

Sucede que la diferencia entre el modo de percibir ingresos entre el trabajador dependiente y el independiente es abismal. Mientras existe cierta regularidad en cuanto al monto y periodicidad de los ingresos del trabajador dependiente, no es posible siquiera predecir los ingresos que tendrá el independiente a corto, mediano o largo plazo. El independiente puede contar con meses en los que no genere renta alguna, lo que representa un reto peculiarmente difícil para la obtención de una densidad de cotización²²⁸ adecuada.

En el Perú, la densidad de cotización de los trabajadores, en general, es baja (68%).²²⁹ En el caso de los independientes, la densidad de cotización es menor que la

²²⁸ La densidad de cotización se define como la proporción de meses efectivamente aportados respecto del tiempo en que el agente ha estado afiliado al sistema de pensiones.

²²⁹ ALONSO, Javier; SÁNCHEZ, Rosario; y David TUESTA. “Un modelo para el sistema de pensiones en el Perú: Diagnóstico y recomendaciones”. *Revista Estudios Económicos*. Lima, junio de 2014, N° 27, p. 86.

de los empleados.²³⁰ Es evidente que la irregularidad en los ingresos para el caso de los independientes generará aún mayores dificultades para lograr una densidad de cotización suficientemente buena como para garantizar una pensión adecuada, sea en el SNP o SPP.

En adición al problema en la densidad de cotización, debemos señalar que el cálculo del aporte sobre los ingresos mensuales genera diferentes problemas para el SNP y el SPP. Así:

- Para el caso del SNP, dicho sistema define la pensión según el número de meses efectivamente aportados. Ello se debe a que el SNP calcula el aporte sobre la remuneración asegurable que obtuvo el trabajador en el mes específico.

No obstante, los independientes no necesariamente obtienen ingresos en un mes por el trabajo realizado sobre un período de tiempo mensual. Por ejemplo, piénsese en aquel independiente que genera un recibo por honorarios ascendiente a S/. 7,000.00 el mes de enero, por un trabajo que le tomará 4 meses. Si dicho independiente está afiliado al SNP, bajo la Ley N° 29903 se generaría solo 1 contribución, ascendiente al 13% de S/. 7,000.00. En otras palabras, aún cuando el independiente esté percibiendo un ingreso por el equivalente a 4 meses de trabajo, solo estará realizando un aporte.

- Para el caso del SPP, el aporte sobre los ingresos mensuales derivará en que las cifras provistas sean irregulares y variadas. Ello dificultará sobremanera el cálculo de la tasa de reemplazo. Así:

Debemos tener en cuenta que un sistema de protección de carácter contributivo [como el SPP] toma como referencia el salario percibido de cara a la concreción de la renta de sustitución; en el caso del trabajador autónomo, la ausencia de un trabajo estable y previamente

²³⁰ *Ibídem.*

determinado dificulta extraordinariamente la determinación de la renta de sustitución a percibir por el beneficiario.²³¹

En conclusión, el Derecho Pensionario peruano debe asimilar esta realidad al momento de construir las disposiciones que regulen el aporte obligatorio del trabajador independiente. El cálculo del aporte debe tener en cuenta la naturaleza irregular de los ingresos del trabajador independiente.

Notemos que en Argentina, Brasil y Costa Rica existen esquemas especiales de aporte para los trabajadores independientes. Sea a través de programas de afiliación colectiva, el establecimiento de una cuota fija, etc., dichos sistemas plantean un aporte específicamente elaborado para adaptarse a la naturaleza de los ingresos y labores del trabajador independiente.

Así, es claro que el aporte sobre un porcentaje del sueldo mensual que genera un trabajador dependiente no resulta el mecanismo más adecuado para la determinación del aporte de los trabajadores independientes.

3.2.3. El empleo de un esquema de aporte oneroso – comparación con el aporte del trabajador dependiente

Según observamos, la Ley N° 29903 establecía la obligatoriedad del aporte para todos los trabajadores independientes que generasen más de 1 RMV al mes, en la misma tasa (luego de finalizado el período de aplicación progresiva) que el trabajador dependiente.

A simple vista, ello llama la atención. Recordemos que los sistemas pensionarios obligatorios más exitosos en esta materia (Costa Rica, Argentina y Brasil) se caracterizan por establecer cotizaciones menos fuertes para los independientes, en comparación con aquellas para los dependientes.

²³¹ VALDÉS ALONSO, Alberto. “La regulación del trabajador por cuenta propia o autónomo: el estado de la cuestión”. En: *CIRIEC – España, revista de economía pública, social y cooperativa* N° 52, agosto de 2005. Valencia: Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, p. 166.

En realidad, la carga no es igual para trabajadores dependientes e independientes. Como demostraremos, la Ley N° 29903 proyectaba una carga, por conceptos pensionarios, mayor para el independiente, a comparación de la carga que recae en el trabajador dependiente.

Ello se debe a que, en adición a su sueldo, el trabajador dependiente percibe otros beneficios cuantificables. Observemos:²³²

- Gratificaciones.²³³ Los empleados perciben dos gratificaciones al año (por Fiestas Patrias y Navidad). Estas gratificaciones ascienden, cada una, a la remuneración del trabajador.²³⁴ Se perciben en los meses respectivos (julio y diciembre), y se encuentran inafectas de cualquier tipo de aportación, contribución o descuento.²³⁵
- Compensación por Tiempo de Servicios (CTS).²³⁶ La Compensación por Tiempo de Servicios tiene por objetivo proteger al trabajador luego de finalizada su relación laboral.

²³² La lista presentada a continuación no contiene la totalidad de beneficios propios de un trabajador dependiente (por ejemplo, no se incluyen vacaciones).

²³³ Reguladas por Ley N° 27735, Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada

²³⁴ Artículo 2 de la Ley N° 27735.

“Artículo 2.- Monto de las gratificaciones

El monto de cada una de las gratificaciones es equivalente a la remuneración que perciba el trabajador en la oportunidad que corresponde otorgar el beneficio

Para este efecto, se considera como remuneración, a la remuneración básica y a todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea su origen o la denominación que se les dé, siempre que sean de libres disposición. Se excluyen los conceptos contemplados en el Artículo 19 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios”.

²³⁵ Artículo 1 de la Ley N° 30334, Ley que establece medida para dinamizar la economía en el año 2015.

“Artículo 1.- Inafectación de las gratificaciones

Las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna, excepto aquellos otros descuentos establecidos por ley o autorizados por el trabajador”.

²³⁶ Regulada por Decreto Supremo N° 001-97-TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

Si bien la CTS se paga una vez finalizada la relación laboral,²³⁷ estamos frente a un concepto líquido (de percepción diferida en el tiempo) a que tiene el derecho el trabajador dependiente por la prestación de sus labores.

- Cobertura de Salud.²³⁸ El empleador se encuentra obligado a destinar el equivalente al 9%²³⁹ de la remuneración del trabajador a ESSALUD, entidad que otorga cobertura de salud al respectivo empleado.

Si bien el trabajador no percibe este concepto de manera directa (beneficio no líquido), en la práctica obtiene una prestación palpable: un seguro de salud. El costo de este seguro asciende al ya mencionado 9% de su remuneración, costo que es asumido por el empleador.

A continuación, una breve comparación del total de ingresos y aportes pensionarios en el período anual del 2015, entre un independiente (por cuenta propia) que generó S/. 750.00 mensuales, y un trabajador dependiente del sector privado que ganaba 1 RMV (equivalente a S/. 750.00 al año 2015) por mes.

Figura N° 14 – Comparación de ingresos y beneficios cuantificados (CTS, gratificaciones y ESSALUD) entre un trabajador dependiente e independiente, ambos con ingreso de S/. 750.00 al año 2015²⁴⁰

²³⁷ Artículo 44 del Decreto Supremo N° 001-97-TR.

“Artículo 44.- Con excepción del caso de retiro autorizado por el Artículo 41, la compensación por tiempo de servicios y sus intereses sólo será pagada al trabajador y en su caso retirada por éste al producirse su cese. El depositario no podrá bajo ningún sistema o modalidad retener la CTS una vez abonada al trabajador. Todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho”.

En la práctica, existen diversas normas que habilitan a retirar parte del monto acumulado como CTS; por ejemplo, la Ley N° 30334 (artículo 5).

²³⁸ Regulado por Ley N° 27056, Ley de creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD).

²³⁹ Artículo 6 de la Ley N° 26790, Ley de modernización de la Seguridad Social en Salud.

“Artículo 6.- APORTES

Los aportes por afiliación al Seguro Social de Salud son de carácter mensual y se establecen de la siguiente forma:

a) Afiliados regulares en la actividad

El aporte de los trabajadores en actividad, incluyendo tanto los que laboran bajo relación de dependencia como los socios de cooperativas, equivale al 9% de la remuneración o ingreso. La base imponible mínima mensual no podrá ser inferior a la Remuneración Mínima Vital vigente. Es de cargo de la entidad empleadora que debe declararlos y pagarlos a ESSALUD, al mes siguiente, dentro de los plazos establecidos en la normatividad vigente, a aquel en que se devengaron las remuneraciones afectas”.

Clase	Ingreso neto anual
Independiente (Cálculo con base a la Ley N° 29903)	S/. 750.00 x 12 meses = S/. 9,000.00 netos al año. Aporte pensionario anual = S/. 1,170.00 (13% de S/. 9,000.00)
Dependiente	RMV = S/. 750.00 mensuales. S/. 750.00 x 12 meses = S/. 9,000.00 netos al año. Gratificaciones = S/. 817.50 ²⁴¹ cada una (S/. 1,635 anual). CTS = S/. 875.00 al año. ²⁴² Cobertura de salud al año = S/. 810.00. ²⁴³ Ingreso mínimo real anual de un trabajador dependiente obligado a aportes pensionario (montos líquidos y no líquidos) = S/. 12,320.00

Elaboración propia.

Figura N° 15 – Comparación de aportes pensionarios al SNP²⁴⁴ en relación con los ingresos reales entre trabajador dependiente e independiente, sobre un ingreso de S/. 750.00 al año 2015

Clase	Ingreso neto anual
Independiente (Cálculo con base a la Ley N° 29903)	Aporte pensionario anual = S/. 1,170.00 (%13 de S/. 9,000.00) % efectivo del aporte = 13%
Dependiente	Aporte pensionario anual = S/. 1,170.00 (13% de S/. 9,000.00) Ingresos reales anuales = S/. 12,320.00 % efectivo del aporte = 9,4967% (9,50%).

Elaboración propia.

²⁴⁰ Para ambos casos, hay exoneración de pago de impuesto a la renta, de conformidad con la Resolución de Superintendencia N° 002-2015/SUNAT.

²⁴¹ De conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 30334, se otorga una bonificación extraordinaria junto a las gratificaciones de julio y diciembre, equivalente al monto que el empleador debía abonar a ESSALUD.

Esta bonificación asciende al 9% del sueldo. En el presente caso, equivale a S/. 67.50.

²⁴² De acuerdo al Decreto Supremo N° 001-97-TR (en específico, su artículo 21), el monto devengado por CTS al año equivale a la Remuneración Computable entre doce, por los meses efectivamente trabajados.

La Remuneración Computable, para nuestro ejemplo, asciende a S/.750.00 más S/. 125.00 (un sexto de la gratificación), lo que da como total S/. 875.00.

Sobre ello, si el trabajador laboró durante el año completo, generará como CTS la suma de S/. 875.00.

²⁴³ Equivalente al 9% de S/. 750.00 por 12 (número de meses).

²⁴⁴ Se escoge al SNP por el hecho de que el aporte constituye cifra exacta (13%).

La comparación realizada nos lleva a destacar lo siguiente:

- (i) El trabajador dependiente obligado al aporte pensionario es uno que, en la práctica, ganaba en el año 2015 cuando menos S/. 12,320.00 al año. En términos simples, el dependiente debía ganar aproximadamente S/. 1,026.66 para estar obligado a aportar. Por contraste, bastaba con que un independiente genere S/. 750,00 al mes (S/. 9,000.00 al año) para estar obligado a aportar.
- (ii) La tasa real del aporte del trabajador dependiente es de 9,50%. Esta tasa se obtiene al determinar la proporción entre el aporte pensionario anual (S/. 1,170.00 al año 2015) y los ingresos anuales del trabajador dependiente incluyendo CTS, Gratificaciones y cobertura de ESSALUD (S/. 12,320.00 al año 2015).

En tal sentido, el independiente aporta aproximadamente 50% más que un trabajador dependiente (13% contra 9,50%).

La Ley N° 29903 establece, así, un aporte excesivamente oneroso para el trabajador independiente. Si bien a primera vista tanto el dependiente como el independiente se encuentran obligados a aportar un porcentaje sobre su ingreso neto mensual, la existencia de otros ingresos y conceptos que obtiene el trabajador dependiente derivan en que la carga para éste sea menor, puesto que estos otros ingresos y conceptos no son materia de descuento por el aporte pensionario.

Derivado de ello, resulta muy criticable que se establezca la obligación de aportar para los trabajadores independientes que ganen más de 1 RMV en el mes (equivalente a S/. 10,200.00 para el año 2016), cuando el trabajador dependiente deberá ganar, este año, aproximadamente S/. 14,000.00 al año (según cifras para el año 2016) para estar obligado al aporte.

En conclusión, la Ley N° 29903 presenta una carga, por conceptos pensionarios, mayor para el trabajador independiente, a comparación de la que pesa sobre el trabajador dependiente. Ello va contra la moderna tendencia Latinoamericana, consistente en asignar un aporte menor y más asequible para los trabajadores independientes.

3.2.4. La ausencia de disposiciones relativas a la informalidad

Según observamos, el relativo éxito en Argentina y Brasil respecto de la integración de los independientes a un marco pensionario obligatorio pasó por el hecho de que su regulación proyectó un escenario atractivo para que los informales pasen al ámbito formal. Ello es lógico y comprensible, puesto que una característica, en Latinoamérica, de los independientes es su estrecha relación y superposición con la informalidad.²⁴⁵

Un sistema rígido e inflexible sólo derivará en que una pequeña sección de los independientes pueda ser alcanzada por la norma. Se requiere, por el contrario, un esquema dúctil, que cuente con una regulación dirigida a paliar el obstáculo de la informalidad. Así, al evaluar la Ley N° 29903, Abanto consideró que “si se pretende una aplicación efectiva de la norma, es fundamental que se inicie una lucha frontal y concreta contra la informalidad laboral, caso contrario, será una acción simbólica sin resultados reales”.²⁴⁶

Tal y como fue planteada, la Ley N° 29903 iba a conformarse como un desincentivo para la formalización. Ello se debe a su alto costo (más del 10% del ingreso mensual del independiente) y a la ausencia de contraprestación o beneficio alguno palpable por el cumplimiento del aporte. Esto será evaluado a profundidad más adelante.

²⁴⁵ GOMEZ, Ronald. “Trabajadores independientes y la seguridad social en Colombia”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 129.

²⁴⁶ ABANTO REVILLA, César. “¿Afiliarse o no afiliarse?, he ahí el dilema”. *La Ley* (página web). Lima. Consulta: 6 de septiembre de 2015.
<http://laley.pe/not/1685/-afiliarse-o-no-afiliarse-he-ahi-el-dilema/>

Para finalizar, consideramos relevante hacer una pequeña ilustración de las diferencias que existe entre el esquema propuesto por la Ley N° 29903 y los regímenes de Argentina, Brasil y Costa Rica.

Figura N° 16 – Comparación de regímenes pensionarios extranjeros con el de la Ley N° 29903

Características	Argentina	Brasil	Costa Rica	Perú
Primer tramo de ingresos no sometidos a tributación	Sí.	Sí.	Sí.	Sí.
Régimen especial para independientes ²⁴⁷	Sí. (Monotributo Social)	Sí. (Microempendedor Individual)	No.	No.
Aporte fijo mensual	Sí. 161.50 pesos (S/. 55.52)	Sí. 39.40 reales ²⁴⁸ (S/32.52).	No.	No.
Aporte menor al aporte del trabajador dependiente	Sí	Sí	Sí	No.
Subvención estatal directa	No.	No.	Sí.	No.
Otras medidas para incentivar la afiliación	Sí. Cobertura de salud y habilitación para ser contratista del Estado. Exoneración del pago de conceptos tributarios.	Sí. Exoneración virtual de impuestos federales.	Sí. Mecanismos de afiliación grupal. Fuerte subvención para independientes que generan menos de medio salario mínimo.	No.

Observemos que todos los sistemas señalados contemplan una exoneración tributaria para un primer plano de ingresos. Aún con dicha exoneración, en Argentina, Brasil y Costa Rica se plantean medidas adicionales para lograr que la obligatoriedad del aporte a los independientes se materialice en la realidad.

²⁴⁷ Naturalmente, estos regímenes se enfocan en un sector de los trabajadores independientes (los de ingresos bajos y/o medios)

²⁴⁸ La cifra es siempre igual al 5% del Salario Mínimo.

Por todo lo señalado, concluimos que la Ley N° 29903 representó un esfuerzo errado e insuficiente para la integración de los trabajadores independientes a un marco pensionario obligatorio.

A continuación, pasaremos a desarrollar los factores base que deben tenerse en consideración para la elaboración de un correcto esquema legal dirigido a integrar a los independientes en el marco pensionario (obligatorio).

4. Elementos a tener en cuenta para la estructuración correcta de la obligatoriedad del aporte para independientes

En el apartado anterior se hizo un análisis crítico de la Ley N° 29903. Sobre dicha crítica, podrían plantearse un conjunto de medidas que debería incorporar una futura propuesta legislativa de incorporar a los independientes al marco pensionario obligatorio.

No obstante, antes de elaborar y plantear dichas propuestas, es importante considerar el escenario sobre el cual se construirá cualquier esquema de aporte obligatorio para independientes en el Perú. Aquí son relevantes dos cosas. Primero, la delimitación de la fuerza real de un mandato de obligatoriedad, dado que una gran parte de los trabajadores independientes son informales.

En segundo lugar, la naturaleza mixta que caracteriza a nuestro esquema pensionario general. En efecto, la coexistencia del SPP y el SNP es un factor que debe tenerse en cuenta al momento de elaborar cualquier propuesta para integrar a los trabajadores independientes.

4.1. La informalidad

En el capítulo III, expusimos el alcance y magnitud del fenómeno de la informalidad en cuanto a los trabajadores independientes. Según referimos, la Ley N° 29903 se

limitaba a un grupo específico de independientes, excluyendo a la gran mayoría de los mismos (informales).

Derivado de ello, una de las principales críticas a la Ley N° 29903 se encuentra en la ausencia de disposiciones dirigidas a enfrentar el fenómeno de la informalidad. Tal y como señaló Abanto, si no existe una lucha contra la informalidad, la norma de aporte obligatorio para independientes carecerá de verdadera efectividad.

En tal sentido, resulta relevante explicar por qué la informalidad genera dificultad para la implementación de un mandato a aportar y qué se debe hacer frente a ello.

4.1.1. La ilusoria fuerza del mandato a aportar

La norma jurídica es un mandato que enlaza un supuesto de hecho a una consecuencia lógico jurídica. Así, realizado el supuesto, aplica la consecuencia jurídica. Ello se verifica en supuestos tan diversos como la pena de cárcel para el que comete un homicidio, la obligación de no fumar en lugares no públicos, etc.

No obstante, debe tenerse presente que la definición presentada “es de carácter lógico y, por lo tanto, hace abstracción de la realidad”.²⁴⁹ Es pertinente, entonces, explicar cómo es que, en nuestro caso concreto, la fuerza teórica del mandato jurídico puede no materializarse en la realidad, debido a un fenómeno fáctico (la informalidad).

El mandato a nivel abstracto consiste en lo siguiente:

$P \rightarrow Q$

P = Generación de renta de cuarta o cuarta-quinta categoría.

Q = Obligación de aportar parte de la renta al SPP o al SNP.

²⁴⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al derecho*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 77.

Pues bien, tal y como señala García Maynez, es posible que la consecuencia sancionada por el ordenamiento jurídico no se cumpla. Así, “[l]a existencia de un deber jurídico no implica su observancia”.²⁵⁰ En específico, el trabajador independiente puede optar por no declarar la renta que ha generado, pasando así su actividad a un plano paralegal.

Entonces, dicho mandato jurídico se verá frustrado en caso los agentes sobre los que recae decidan no declarar sus rentas. Es decir, sus actividades son desconocidas por el sistema jurídico. Así, para el caso de los independientes, aquellos que trabajen de manera informal no podrán ser obligados a aportar.

Un independiente que genera recibos por honorarios no puede rehusarse al aporte una vez declarada la renta que generó, pero sí puede elegir no expedir más recibos por honorarios. En consecuencia, más allá del mandato legal y teórico a aportar, muchos independientes que realizan labores pueden decidir no hacerlo, procediendo a laborar de manera informal. Y frente a dicha decisión, el Estado poco o nada puede hacer. Así:

[E]n algunos países los trabajadores no asalariados no están obligados a cotizar (aunque en prácticamente todos los sistemas lo pueden hacer voluntariamente), pero [...] aun cuando sea obligatorio, es difícil de forzar esas contribuciones y por lo tanto en la práctica es como si las contribuciones fueran voluntarias²⁵¹

En efecto, podría considerarse que el trabajador independiente debe cumplir la ley, y “si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción”. No obstante, el problema radica en que es inviable para el Estado verificar y fiscalizar la producción del supuesto de hecho (generación de renta). Las

²⁵⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Quincuagésimo séptima Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2004, p. 175.

²⁵¹ BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel y Carmen PAGÉS. *Mejores Pensiones – Mejores Trabajos. Hacia la cobertura universal en América Latina y el Caribe*. s/l: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013, p. 50. Consulta: 09 de septiembre de 2015.
<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/462/Mejores%20pensiones%20mejores%20trabajos.pdf>

relaciones y transacciones comerciales son innumerables, siendo imposible para cualquier maquinaria estatal tener conocimiento de todas ellas.

Reiteramos, el Estado es incapaz de obligar a aquellos independientes que no deseen realizar aportes.²⁵² Puede considerarse que, tal y como señalan Bosch y Melguizo, un sistema pensionario obligatorio para independientes es, para la mayoría de ellos, un sistema voluntario.

Más aún, debe recordarse que la informalidad es un concepto dinámico. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que un trabajador formal hoy pase a ser un trabajador informal mañana. El salto entre formalidad e informalidad, para los independientes, constituye un tema de decisión bajo un análisis costo beneficio. Por lo tanto, es perfectamente posible que una parte de los independientes que hoy son formales, dejen de serlo en caso se intente implantar una ley que los obligue a aportar sobre sus ingresos.²⁵³

4.1.2. La necesidad de crear un régimen tolerable

La informalidad genera, en la práctica, que muchos independientes puedan decidir si someterse o no a un régimen pensionario obligatorio. Y es por ello que la Ley N° 29903 tendría, en el mejor de los casos, una aplicación limitada a un pequeño sector de los independientes.

Es este el real impacto de la informalidad en el sistema pensionario. La norma jurídica no puede cerrar los ojos frente a ella. Es inviable proponer normas como la Ley N° 29903, normas que se limitan a un sector específico y pequeño, dejando de

²⁵² AUERBACH, Paula; GENONI, María Eugenia; y Carmen PAGÉS. “Social Security Coverage and the Labor Market in Developing Countries”. *Discussion Paper N° 2979*. Bonn, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (IZA), 2007, p. 4. Consulta: 09 de septiembre de 2015.
<http://repec.iza.org/dp2979.pdf>

²⁵³ *Cfr.* MONTENEGRO, Claudio; y Carmen PAGÉS. “Who benefits from labor market regulations?: Chile: 1960-1998”. *Papel de Trabajo*. Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

lado a la mayoría. Es, pues, imperante la necesidad de construir un esquema que tenga real eficacia.

Para lograr ello, es necesario que la propuesta resulte atractiva para los independientes informales. Sólo de esa forma el análisis costo beneficio que haga dicho grupo derivará en que decidan “someterse” a la obligatoriedad del aporte.

En Latinoamérica, algunos países han entendido ello y han procedido a construir regímenes pensionarios especiales para los trabajadores independientes, teniendo presente el rol de la informalidad (entre otros factores). Por lo tanto, una propuesta legislativa dirigida a obligar a aportar a los independientes debe aceptar también el fenómeno de la informalidad.

Más aún, cabe anotar que en el Perú el Estado también es consciente del hecho de que el trabajador independiente decide si aportar o no. Ello se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 166-2013-EF, que expresa la importancia de la gradualidad del aporte para que el “trabajador permanezca u opte por la formalidad y al mismo tiempo no deje de aportar para obtener una pensión”.²⁵⁴

En conclusión, la informalidad genera que, en la práctica, el mandato legal a aportar sea uno que, para lograr una aplicación real y no ilusoria, requiera la aceptación y voluntad de gran parte de los independientes. Lograr esa aceptación requiere presentar un esquema atractivo, que derive en que los independientes consideren rentable y beneficioso al sistema pensionario.

4.2. La incidencia del sistema mixto optativo (SNP o SPP)

Según desarrollamos en el capítulo primero de este trabajo, el marco pensionario peruano se caracteriza por la presencia y coexistencia de un sistema público (SNP) y un sistema privado (SPP). Esta coexistencia genera que deban tenerse en cuenta dos

²⁵⁴ Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 166-2013-EF, p. 4.

elementos específicos al momento de diseñar una propuesta legislativa de aporte obligatorio para trabajadores independientes: (i) la no afectación a la naturaleza optativa del sistema; y (ii) la estructuración adecuada de un esquema de aportes que funcione de forma eficiente tanto para el SNP y el SPP.

Respecto a (i), cabe reiterar que, en el Perú, los trabajadores dependientes pueden elegir entre aportar al SNP o a una AFP. Sobre ello, cualquier propuesta dirigida a incorporar a los independientes no debe afectar la facultad de elegir entre uno u otro sistema para el cumplimiento del aporte obligatorio.

En cuanto a dicho punto, cabe anotar que la Ley N° 29903 evitó el problema, puesto que se limitó a tratar a los independientes por cuenta propia como si fuesen dependientes. Recordemos que dicha ley se limitó a declarar que el independiente estaba obligado a aportar con fines pensionarios, asignando para dicho aporte lineamientos y disposiciones construidas para los trabajadores dependientes.

De otro lado, en cuanto a (ii), sucede que la coexistencia del SNP y el SPP deriva en que deba construirse un esquema de aportes que sea equivalente y justo para ambos sistemas y entre ambos sistemas. Tal y como mencionamos en la crítica al esquema del aporte, un aporte sobre los ingresos mensuales puede resultar injusto para el independiente afiliado al SNP, y puede dificultar mucho el cálculo de la tasa de reemplazo en el SNP.

5. Conclusiones

A nivel latinoamericano, países como Argentina, Brasil y Costa Rica han logrado implementar la obligatoriedad del aporte para el trabajador independiente con resultados considerables. Sea valiéndose de un subsidio estatal directo y mecanismos de afiliación colectiva (Costa Rica), o a través de la implementación de regímenes tributarios especiales con un aporte pensionario menor y accesible (Argentina, Brasil), dichos regímenes tienen como punto en común la asignación de una regulación especial para el trabajador independiente.

A la luz de la experiencia en Latinoamérica, es posible hacer un análisis crítico de la Ley N° 29903. Las principales críticas a dicha norma son las siguientes: (i) su errada incorporación de los independientes al régimen general de los empleados; (ii) el uso de un esquema de aporte pensado para empleados, el que resultó ineficiente e inequitativo para los independientes; (iii) el uso de un esquema de aporte demasiado oneroso; y (iv) la ausencia de disposiciones que traten el problema de la informalidad, que condena a la norma a un alcance mínimo y sectorial.

Sobre dicha crítica, se pueden extraer aquellos elementos que deben ser necesariamente tomados en cuenta al momento de elaborar una propuesta funcional de obligatoriedad del aporte para los independientes. Así, debe tenerse presente que la informalidad deriva en que sea sumamente difícil “forzar” a los independientes a aportar, toda vez que éstos pueden elegir migrar a o permanecer en la informalidad. En esa línea, debe crearse un régimen tolerable, el que sea aceptado y “legitimado” por los independientes.

De otro lado, es necesario tener en cuenta también que en nuestro país el sistema pensionario es uno optativo. La coexistencia del SNP y el SPP deriva en que el esquema de aporte para independientes no perjudique/beneficio a uno más que al otro.

Capítulo V:

BASES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA PROPUESTA FUNCIONAL Y ADECUADA DE OBLIGATORIEDAD DE LA AFILIACIÓN Y EL APORTE DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

1. Lineamientos para un régimen pensionario obligatorio funcional de los trabajadores independientes (por cuenta propia)

En este apartado, nos proponemos presentar los lineamientos básicos que debe cumplir un régimen pensionario obligatorio para los trabajadores independientes por cuenta propia. Estos lineamientos tendrán en cuenta todo lo desarrollado a lo largo de la presente tesis. A saber: el *status quo* de los independientes (y su respaldo histórico), la real naturaleza jurídica de los trabajadores independientes, el papel de la informalidad en esta problemática, las razones del fracaso de la Ley N° 29903, la estructura de la citada Ley N° 29903, la crítica a dicha norma, y las experiencias sobre esta materia en otros países latinoamericanos.

A continuación, los lineamientos que se proponen:

- Régimen especial para independientes.
- Cálculo de ingresos y segmentación.
 - Segmento de ingresos bajos y medios.
 - Segmento de ingresos medios-altos y altos.
- Medidas de implementación gradual.

Estos puntos serán desarrollados de manera individual, más no obstante se encuentran relacionados y sólo la conjunción de los mismos nos permitirá presentar un esquema de afiliación y aporte obligatorio integral y funcional para los trabajadores independientes. Luego de ello, se plasmará todo el desarrollo realizado

en un modelo de ley sobre obligación de afiliarse y aportar de los trabajadores independientes por cuenta propia.

Finalmente, se desarrollará una justificación de los caracteres particulares de este régimen especial a la luz del derecho a la igualdad. Ello, con el objetivo de demostrar que el régimen especial no discrimina, sino más bien diferencia sobre criterios objetivos válidos.

1.1. Delimitación de los trabajadores independientes obligados

Un verdadero régimen pensionario obligatorio para independientes será aquel que tenga un alcance efectivo en la integralidad de dicho grupo y no se limite a tener un impacto localizado en un sector específico. Para ello, es necesario definir de manera adecuada y precisa el alcance del manto de la obligatoriedad

En ese orden de ideas, son dos los parámetros que deben ser tenidos en cuenta: (a) ingresos; y (b) edad. A continuación, un análisis separado de cada uno de ellos.

1.1.1. Delimitación según ingresos

Una de las críticas realizadas a la Ley N° 29903 consistía en la excesiva onerosidad del aporte para el independiente. Según observamos, dicha norma establecía un aporte que, objetivamente, era mayor al que el dependiente se encuentra obligado a realizar.

Enlazado a ello, observamos que el trabajador dependiente debía generar un mínimo de S/. 1,026.66 mensuales (contabilización de sueldo, gratificaciones, CTS y cobertura en ESSALUD según el valor de la RMV al año 2015) para encontrarse obligado a realizar aportes con fines pensionarios. Ello, aún cuando en teoría gana sólo la RMV.

Así, para el caso peruano, cuando el sistema establece que el aporte pensionario del trabajador dependiente se hace sobre la RMV, está a la vez señalando que existen otros ingresos y beneficios cuantificables (CTS, gratificaciones, cobertura de salud) que no se verán afectados.

Empero, el trabajador independiente no tiene otros ingresos o beneficios cuantificables diferentes al pago que obtiene por su trabajo. La Ley N° 29903 estableció la obligatoriedad del aporte, para el independiente, sobre el total de sus ingresos, cosa que no se da en el caso del trabajador dependiente. El marco jurídico, entonces, debe apreciar la diferencia entre la situación del dependiente y el independiente. Y sobre ello, establecer la obligatoriedad del aporte en términos equivalentes.

Por lo tanto, es claro que el mínimo de renta generada por el independiente sometida a la obligatoriedad del aporte no puede ser de 1 RMV. En realidad, la obligación a afiliarse y aportar debería aplicarse sólo para aquellos trabajadores independientes cuya situación económica pueda equipararse realmente a la de los trabajadores dependientes obligados a aportar por mandato legal.

Así, si el trabajador dependiente obligado a aportar es uno que cuando menos gana, en la práctica, S/1,150.00 mensuales al presente año, es dicha cifra la que, como mínimo, debe también ser el ingreso mínimo sujeto a la obligatoriedad del aporte para los independientes.

En conclusión, el ingreso mínimo mensual requerido para realizar aportes obligatorios no puede ser menor a la cifra de S/. 1,150.00 mensuales aproximadamente, la que equivale, por cierto, a aproximadamente S/. 14,000.00 al año (esto es, lo que gana en la práctica al año un trabajador dependiente). De forma referencial, y a efectos de contar con una cifra que se adapte a los índices económicos respectivos (inflación, precios al consumidor, etc.), consideramos que el aporte obligatorio sólo proceda contra aquellos independientes que generen más de dieciséis (16) RMV al año. Como veremos con mayor detalle en las siguientes

páginas, lo mejor es que la delimitación según ingresos se haga sobre una base anual, debido a la irregularidad de los ingresos del independiente.

1.1.2. Delimitación según edad

En términos generales, todo independiente debería estar obligado a aportar a un régimen pensionario hasta que cese su ciclo productivo y pase a ser un jubilado. No existe justificación o motivo para limitar la obligación de aportar a un rango de edad determinado.

Empero, a efectos de la implementación de cualquier régimen pensionario, es necesario determinar quiénes cuentan con el tiempo suficiente para realizar aportes. Esto se debe a que algunas personas, al momento de la entrada en vigencia del régimen pensionario obligatorio, contarán con muy poco tiempo para lograr que la acumulación de sus aportes pueda generarles una pensión de conformidad con el SNP o el SPP.

Así, la delimitación por edad a que nos referimos tiene una naturaleza transitoria y especial, enlazada a la instauración del régimen pensionario obligatorio. En otras palabras, para la implementación de tal régimen se debe “considerar cuál habría de ser la situación de aquellos obreros que por razón de edad no estaban en condiciones de contribuir a la formación de las pensiones”.²⁵⁵

En este aspecto, la Ley N° 29903 consideró que sólo los independientes menores de 40 años, al momento de su entrada en vigencia, iban a estar obligados a realizar aportes pensionarios. Frente a ello, sólo podemos señalar que la limitación (temporal) de la obligatoriedad por edad deberá responder a criterios técnicos y estudios actuariales respectivos. Por lo tanto, y debido a la naturaleza de la tarea, esta tesis no hará mayor incidencia ni desarrollo sobre la limitación de la obligatoriedad por edad.

²⁵⁵ OSSORIO Y FLORIT, Manuel. “El Instituto Nacional de Previsión de España”. *Revista de Economía y Estadística*. Córdoba, Primera Época, 142, vol. 4, N° 3, p. 388.

En conclusión, los sujetos obligados por un régimen pensionario integral para trabajadores independientes serían los siguientes:

Figura N° 17 – Sujetos independientes obligados al aporte pensionario

Clase	Ingreso mínimo neto	Edad (al momento de implementación)
Independientes cuenta propia	16 RMV al año S/. 1,133.00 mensuales en promedio al año 2016	Menores de 40 años (Criterio adoptado de la Ley N° 29903)

Elaboración propia.

Reiteramos, para finalizar, que el alcance real y efectivo de la propuesta sólo se logrará si, sobre esta definición teórica, se plantean medidas específicas que logren la integración de los trabajadores informales al sistema pensionario propuesto.

1.2. Régimen especial para trabajadores independientes, su contenido, y su articulación con el régimen general

El trabajador independiente, según señalamos de forma previa, cuenta con características especiales, que lo diferencian respecto del trabajador dependiente regular. En específico, en el capítulo tercero se evaluaron dos de las principales características de los trabajadores independientes: la irregularidad de sus ingresos y la incidencia de la informalidad en dicho grupo, como respuesta a la decisión de los independientes de “escapar” de la normativa nacional.

Sobre ello, en países como Argentina, Uruguay y Brasil existen regímenes especiales para independientes, los que responden a su especial naturaleza. Es, a nuestro juicio, evidente que un factor muy relevante²⁵⁶ para el éxito de un sistema pensionario para

²⁵⁶ Factor muy importante, más no indispensable. Así, Costa Rica cuenta con el sistema previsional para independientes con mayor cobertura de independientes en Latinoamérica, y sin embargo carece de un régimen previsional especial para dicho grupo.

independientes se encuentra en que se plantee un régimen especial para dicho grupo.

No obstante, debe tenerse presente que este régimen especial para trabajadores independientes no implica una total desconexión del Derecho Previsional vigente en el Perú. En realidad, el régimen especial debe estar enlazado con el marco legal pensionario común, a efectos de no crear cortocircuitos e ineficiencia. Así:

En la mayoría de los países los trabajadores independientes tienen un tratamiento diferenciado por las características propias de las actividades económicas que realizan. Esto ha permitido acomodar los programas a la realidad laboral de dichos trabajadores. Sin embargo, en la medida que el régimen especial no se encuentre articulado con el régimen general puede producir ineficiencias, desincentivos en la participación y problemas de cobertura.²⁵⁷

Sobre ello, podemos señalar que la creación de un régimen “especial” para independientes debe limitarse, en realidad, al establecimiento de determinadas disposiciones particulares en atención a las características de dicho grupo.

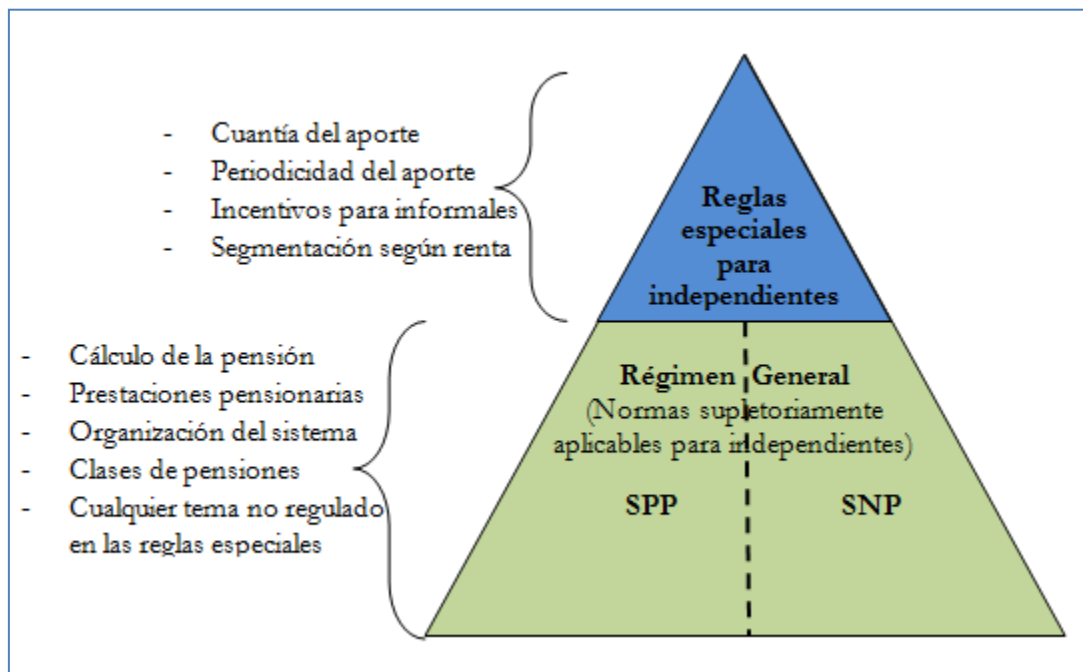
Dado que aquí sólo se están proponiendo los lineamientos base de un régimen especial pensionario obligatorio para independientes, nos centraremos en aquellos aspectos nucleares que diferencian al independiente del dependiente. Así:

- Dada la irregularidad de los ingresos del independiente, el esquema de aportes del mismo debe ser especial para dicho tipo de trabajador.
- Dada la incidencia de la informalidad en los independientes, y —por lo tanto— la naturaleza real “voluntaria” de los sistemas pensionarios para dicho grupo, deben plantearse medidas que logren presentar un régimen atractivo para los independientes.

²⁵⁷ BERTRANOU, Fabio M. “Economía informal, trabajadores independientes y cobertura de seguridad social en Argentina, Chile y Uruguay”. Trabajo presentado en el Coloquio Interregional sobre la Economía informal”. Ginebra: OIT, 2007, p. 15.

En ese orden de ideas, el régimen “especial” tendría que ser recogido en una nueva norma, la que no obstante terminaría enlazada y remitiéndose a las leyes vigentes que conforman el Derecho Pensionario peruano. Como señalamos, dicho régimen se limitaría a establecer disposiciones especiales respecto al aporte y medidas para contrarrestar la informalidad. En todo lo demás, las normas a aplicar serían las vigentes. Así:

Figura N° 18 – Régimen especial y enlace con las normas generales



Elaboración propia.

Los dos puntos mencionados (aportes y medidas para lograr un régimen atractivo) serán desarrollados en el siguiente apartado.

1.3. Segmentación según ingresos, aporte y medidas específicas

En la experiencia latinoamericana, notamos que los independientes fueron sujetos de un régimen que les ofrecía un conjunto de beneficios y ventajas, con la intención de lograr que el mencionado régimen tenga un alcance real y efectivo, no limitado a sólo un sector de los independientes.

Pues bien, un hecho importante a resaltar de dichos regímenes está en que los beneficios y ventajas estaban vinculados a la no transgresión de un límite máximo de ingresos (anuales). En términos concretos, las medidas especiales para independientes se limitaban a aquellos que tuviesen un ingreso medio o bajo, con la respectiva excepción de aquellos que tenían ingresos muy bajos, en cuyo caso no estaban obligados a aportar.

Así, recordemos que el régimen brasileño del Microempendedor Individual (MEI) aplicaba sólo para personas que generaban menos de 60,000.00 reales brasileños anuales (S/. 49,528.06); y el régimen argentino del Monotributo establecía como ingreso máximo el de 400,000.00 pesos anuales (S/. 137,500.00 aproximadamente).

Sobre ello, consideramos adecuado segmentar a los trabajadores independientes obligados, según la cantidad anual de sus ingresos. Primero, cabe explicar por qué la segmentación se hará sobre los ingresos anuales.

Sucede que, como hemos ya señalado y desarrollado en la crítica a la Ley N° 29903, los trabajadores independientes tienen un esquema de ingresos irregulares y no predecibles. El empleo de períodos muy pequeños (como lo es un mes) puede derivar en una influencia muy alta de la varianza, y por lo tanto en la obtención de cifras que no representan la realidad. En tal sentido, y tomando como referencias a los sistemas argentino y brasileño, la determinación de los ingresos el trabajador independiente debe hacerse sobre un período anual.

En segundo lugar, procedemos a presentar el modo de segmentación. A nuestro juicio, los trabajadores independientes deberán ser segmentados en dos grupos distintos: (a) un primer grupo con ingresos (anuales) bajos o medios; y (b) un segundo grupo con ingresos (anuales) altos. Los lineamientos específicos de la segmentación, así como la justificación de cada grupo segmentado, se expondrán en los siguientes subapartados.

1.3.1. Segmento de ingresos bajos y medios: Aporte fijo y cobertura indirecta de salud

Según señalamos, en Latinoamérica existen modelos que presentan beneficios y ventajas especiales para los trabajadores independientes que “decidan” realizar aportes con fines pensionarios. Dicha “decisión” se debe al fenómeno de la informalidad, que permite a los independientes no verse obligados a realizar aportes, aún si existe un mandato legal que ordena hacerlo.

En efecto, un régimen pensionario obligatorio para independientes debe contener disposiciones que lo hagan lo suficientemente atractivo para que la informalidad no termine frustrando sus objetivos. Así:

“[O]tros argumentos se centran en aspectos institucionales que refieren a las restricciones que imponen las regulaciones laborales, incluyendo el diseño (prestaciones y financiamiento) de la seguridad social. De esta manera, los trabajadores independientes optarían por dicha categoría [trabajador informal] marginándose de los empleos formales como forma de eludir o evadir dichas restricciones”.²⁵⁸

En tal sentido, para lograr un sistema pensionario obligatorio integral para independientes, son esenciales dos medidas: (i) el establecimiento de un aporte fijo, simple y asequible para los independientes de bajos y medianos ingresos; y (ii) la institución de una contraprestación palpable a cambio del cumplimiento de la obligación de aportar.

Aporte fijo

El aporte fijo es una medida muy útil para afrontar las dos características empíricas principales de los independientes: (a) sus ingresos irregulares; y (b) la incidencia de la informalidad en dicho grupo.

²⁵⁸ BERTRANOU, Fabio M. *Ob. cit.*, p. 13.

Primero, el establecimiento de un aporte pensionario fijo confiere simplicidad y predictibilidad al aporte del independiente, solucionando así el problema de la naturaleza irregular (picos y mínimos) de los ingresos del independiente y su impacto en la densidad de cotización. En otras palabras, la densidad de cotización no se verá, en teoría, afectada por la naturaleza irregular de ingresos.

De igual forma, el establecimiento de un aporte pensionario fijo es de especial importancia para escenarios, como el peruano, caracterizados por la presencia de un sistema contributivo individual. La irregularidad en el aporte resulta demasiado problemática para el correcto funcionamiento del SPP en relación a los trabajadores independientes.²⁵⁹

En segundo lugar, el aporte fijo también se sustenta como un primer paso para contrarrestar la informalidad y evasión fiscal. Sucede que el establecimiento de un aporte constituido sobre una alícuota (%) del ingreso puede derivar en que muchos independientes omitan declarar todo o parte de sus ingresos, generando así la frustración del régimen pensionario y también una afectación al fisco nacional. Ello se debe a que la irregularidad de los ingresos deriva en que los independientes transcurran entre actividades formales e informales, de forma sucesiva o incluso conjunta.²⁶⁰

Por el contrario, al establecer un aporte fijo, el independiente carece de incentivos para no declarar parte de sus ingresos. Así, un independiente no verá ninguna diferencia entre declarar sus ingresos totales mensuales por S/. 1,800.00 o sólo declarar una parte ascendente a S/. 1,000.00, puesto que en ambos casos el monto del aporte será idéntico.

²⁵⁹ VALDÉS ALONSO, Alberto. *Ob. cit.*, p. 166.

²⁶⁰ DURÁN VALVERDE, Fabio. “La cobertura de los trabajadores independientes en la Seguridad Social de Costa Rica”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, p. 150.

Sobre ello, pasaremos a desarrollar (i) el monto del aporte fijo; y (ii) el alcance del aporte fijo. Debemos hacer énfasis en que los montos que se empleen son referenciales, y de ninguna manera los únicos ni los más óptimos en cuanto a las medidas planteadas.

El primer aspecto importante en cuanto al aporte fijo se encuentra en (i), su monto exacto. Debemos resaltar que dicho aporte no debe resultar oneroso para los independientes. Recordemos que una de las dos razones de fondo por las que la Ley de Reforma del SPP fracasó se encuentra en la excesiva onerosidad del aporte planteado para el trabajador independiente.

Más allá de su importancia frente a la irregularidad de los ingresos y la incidencia de la informalidad en los independientes, un aporte fijo permite también confrontar la percepción de excesiva onerosidad del aporte. Ello, claro está, si el monto fijo es asequible.

En efecto, el establecimiento de un monto fijo alto puede generar que éste “se convierta en una forma de eliminar el trabajo autónomo, desincentivando el inicio de la actividad por el costo de ésta o disminuyendo la capacidad de resistencia económica en los periodos de baja coyuntura”.²⁶¹ En ese orden de ideas, y sobre la base del concepto de informalidad, es claro que un monto fijo alto incentivaría el desarrollo de actividades informales, haciendo inútil a esta medida en cuanto a su objetivo, que es lograr contrarrestar la informalidad.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta el modelo Brasileño, consideramos que el aporte fijo debe constituirse como un porcentaje de la RMV. En tal sentido, de forma referencial podríamos señalar que el aporte fijo debe equivaler al 10% de la RMV (lo que equivale a S/. 85.00).

²⁶¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio; y José Ignacio TEJERINA ALONSO. *Los problemas de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 32.

En cuanto a (ii), su alcance, el aporte fijo debe constituirse no sólo para los trabajadores independientes de ingresos bajos, sino también para aquellos que tienen ingresos medios.

Sucede que la limitación de la medida del aporte fijo a personas con ingresos bajos derivaría en que aquellas con ingresos medios declaren parcialmente sus rentas, a efectos de acogerse al régimen de ingresos bajos. En tal sentido, un aporte fijo limitado sólo para los independientes con ingresos bajos desvirtuaría su objetivo, puesto que el aporte fijo se justifica en el hecho de que el independiente no se vea incentivado a no declarar parte de sus ingresos.

Luego, ¿hasta qué punto de ingresos debe llegar la medida del aporte fijo? Consideramos que la misma debe abarcar a todos aquellos independientes que cuentan con la facilidad de migrar de la formalidad a la informalidad y viceversa.

En ese orden de ideas, el alcance del aporte fijo debe ser uno que abarque a la gran mayoría de los independientes, quedando fuera de la misma solo aquellos que generen rentas medias-altas y altas, tal y como hacen los sistemas argentino y brasileño. Sobre ello, de forma referencial se podría considerar que el aporte fijo deba aplicar para todos aquellos que generen menos de treinta (30) RMV al año.²⁶²

La cifra señalada, por cierto, no es arbitraria. Si bien la definición del límite constituye una decisión de política legislativa, cabe precisar que una cifra menor podría generar problemas con el objetivo de lograr la integración de los trabajadores informales al marco de la formalidad. Ello se debe a que, en caso se plantee el aporte fijo para aquellos que ganen, por ejemplo, como máximo veinte (20) RMV al año, se tendría que muchos trabajadores independientes que superen por poco una cifra tan apretada “oculden” parte de sus ingresos (informalidad), a efectos de mantenerse siempre dentro del límite. La cifra de treinta (30) RMV evita un

²⁶² Para efectos de la aplicación técnica de la norma, la clasificación de un independiente en el segmento de ingresos bajos y medios se haría sobre el resultado de los ingresos obtenidos en el ejercicio fiscal anterior.

desincentivo a la formalización de actividades para la mayoría de los trabajadores independientes.

Para finalizar este extremo, cabría hacer una precisión en cuanto a la relación del aporte con los ingresos. En efecto, puede considerarse que el establecimiento de un aporte fijo de S/. 75.00 resulta ineficiente para aquellos independientes que generan S/. 2,000.00 en promedio mensual, puesto que se encuentran en la capacidad de aportar más a un sistema pensionario y por lo tanto garantizarse una pensión mayor a futuro. Ante ello, resulta pertinente lo siguiente:

“Sería absurdo que el Estado se cuidase de asegurar pensiones jubilatorias de lujo cuando no se preocupa de garantizar salarios también de lujo, y sí únicamente salarios mínimos, es decir, salarios que cubran las necesidades vitales más elementales. En tal sentido, [...] [la pensión] significa la posibilidad de que el anciano pudiese continuar la vida familiar sin representar una carga para los suyos”.²⁶³

En este caso, la primera tarea se encuentra en lograr construir un sistema pensionario obligatorio para independientes que funcione y que garantice un sustento para aquellos que sufran contingencias determinadas (vejez, invalidez). Dicho sistema, mal que bien, puede materializarse en una pensión mínima o pequeña; más no obstante ello es preferible a intentar instaurar un sistema pensionario que busque, en teoría, asignar mejores pensiones a quienes más ganen pero que termine, en la práctica, resultando ilusorio.

Contraprestación palpable a cambio del aporte

Una de las dos razones de fondo que derivaron en el fracaso de la Ley N° 29903 consistió en la ausencia de una contraprestación palpable y presente. Esto es, la falta de un elemento que pudiera considerarse como el bien obtenido a cambio del aporte obligatorio con fines pensionarios.

²⁶³ OSSORIO Y FLORIT, Manuel. *Ob. cit.*, pp. 389-390.

En países como Argentina y Brasil, los regímenes pensionarios especiales para independientes exoneran del pago de impuestos (a las ganancias). Más aún, en Argentina el cumplimiento del aporte, en el caso del régimen del Monotributo, habilita a la persona para ser contratista del Estado.

En el Perú, la amplitud del tramo de ingresos exonerado del pago de impuesto a la renta²⁶⁴ dificulta que pueda plantearse al aporte pensionario como una deducción fiscal para efectos del pago del impuesto a la renta, por lo menos para el segmento aquí considerado como de ingresos bajos o medios.²⁶⁵ En tal sentido, se hace necesario el establecimiento de otra medida que tenga un carácter “contraprestativo” por el cumplimiento del aporte obligatorio.

La mejor medida, a nuestro juicio, con carácter “contraprestativo” se encuentra en la cobertura de salud. Así, de acuerdo a estudios cualitativos, se considera que los programas de salud “aparecen como el principal incentivo para realizar aportes a la seguridad social”.²⁶⁶

En efecto, a diferencia de la cobertura pensionaria, la cobertura de salud reviste gran interés para los trabajadores independientes. Aún cuando la afiliación a un seguro de salud es facultativa para los independientes,²⁶⁷ al año 2014 se estima que el 53% de dicho grupo (menores de 41 años) cuenta con algún seguro de salud.²⁶⁸

²⁶⁴ Observemos que en el Perú el tramo de ingresos exonerado de impuesto a la renta alcanza la suma de S/. 33,684.00 anuales al año 2015. Por contraste, en Argentina dicho tramo llega hasta la cifra de 31,104.00 pesos argentinos (S/. 10,656.85), en Brasil dicho tramo llega hasta la cifra de 21,453.24 reales brasileños (S/. 17,708.95), y en Chile hasta 6'998,076.00 pesos chilenos (S/. 16,500.96).

²⁶⁵ El aporte fijo se constituye sobre aquellos trabajadores independientes cuyos ingresos no superan el primer tramo tributario (exonerado de impuesto a la renta).

²⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Organización Internacional de Trabajo, 2012, p. 25.

²⁶⁷ La normativa previsional peruana no contempla obligatoriedad alguna para los independientes en cuanto a seguros de salud.

En específico, cabe destacar que la Ley N° 26790, Ley de modernización de la seguridad social en salud establece, en su artículo 3, que están obligados a aportar (i) los trabajadores activos dependientes, (ii) los socios de cooperativas de trabajadores; (iii) los pensionistas; y (iv) los trabajadores independientes incorporados por mandato de una norma especial.

A la fecha, no existe norma especial alguna que incorpore a los trabajadores independientes, o a una fracción de los mismos, como afiliados obligatorios de algún seguro de salud.

En tal sentido, entrelazar el aporte obligatorio pensionario a una contraprestación consistente en cobertura de salud resultaría la medida más idónea para lograr que el régimen obligatorio involucre un beneficio directo, palpable e inmediato. Ello se debe a que, a diferencia de la “cobertura pensionaria”, la cobertura de salud involucra una atención inmediata y presente, sometida naturalmente a la configuración de contingencias determinadas (enfermedades o accidentes).

Cabe anotar que la cobertura de salud es considerada también como una medida que contribuiría a incentivar la afiliación por parte de los trabajadores informales.²⁶⁹ Esto es especialmente relevante, toda vez que, como ya mencionamos, la informalidad se configura como un elemento cuya superación requiere el consentimiento y decisión de los agentes que desempeñan sus labores de manera informal.

De otro lado, debe tenerse especial cuidado en la forma en que se constituye esta cobertura de salud a cambio del aporte pensionario. Ello se debe a que, como ya mencionamos, el 53% de los independientes cuenta ya con un seguro de salud; por lo que crear un nuevo régimen de salud para independientes, enlazado al régimen pensionario sería ineficiente. Ello, debido a que se estaría generando una superposición de coberturas en los casos de aquellos que, voluntariamente, ya están afiliados a un seguro de salud y se ven afiliados a otro seguro adicional, enlazado este último al aporte obligatorio con fines pensionarios.

En tal sentido, teniendo en cuenta la diversidad de seguros de salud disponibles para independientes,²⁷⁰ consideramos que lo óptimo es que el pago del aporte

²⁶⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Nota de Prensa N° 120. Lima, 2014, p. 1.

²⁶⁹ ABANTO REVILLA, César. “La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales”. En AA.VV. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, p. 800.

²⁷⁰ Existen diversos planes específicos de salud para independientes. Dicho planes son diversos e indeterminados, toda vez que en adición a los principales planes de EsSalud y del SIS, de alcance nacional, existen también planes de salud de alcance local para independientes, como el que ofrece el Sistema Metropolitano de la Solidaridad, o los planes provenientes de empresas privadas.

pensionario otorgue a cambio un “bono de descuento” (equivalente a una fracción del pago), bono que podría usarse para descontar parte del pago que se haga a un seguro de salud. Con dicha medida, se logra presentar una contraprestación de fácil entendimiento y simple aplicación para los independientes. De igual forma, también se evita modificar el marco normativo en salud existente.²⁷¹

A nuestro juicio, el bono de descuento a otorgar por el aporte con fines pensionarios debería ascender a la mitad del aporte efectivamente realizado, con un límite máximo prefijado. De manera referencial, el monto del bono de descuento no podría superar el 20% de la RMV.²⁷²

En síntesis, los caracteres y medidas de este grupo son los siguientes:

Figura N° 19 – Lineamientos para el segmento de ingresos bajos y medios

Sujetos abarcados	Aporte	Contraprestación
Independientes que generen entre 16 a 30 RMV al año. (Al 2016: entre S/. 13,600.00 a S/. 25,500.00)	Aporte fijo de periodicidad mensual equivalente al 10% de la RMV. (Al 2016: S/.85.00)	Bono de descuento para el pago por cobertura de salud. Monto = 50% del valor del aporte efectuado (hasta el límite del 20% de una RMV).

Elaboración propia.

1.3.2. Segmento de ingresos medios-altos y altos: Alícuota y esquema de aporte adecuado

En el apartado anterior, planteamos medidas específicas para el segmento de trabajadores independientes que generen entre dieciséis (16) a treinta (30) RMV mensuales. Esto es, entre S/. 13,600.00 a S/. 25,500.00.

²⁷¹ Este es un hecho importante para este trabajo, puesto que la propuesta de un cambio al marco normativo de salud excedería el alcance de la tesis. Sin perjuicio de ello, resaltamos que aún si esta tesis se enfocase también en el marco normativo de salud, la ineficiencia en la propuesta de constituir un nuevo régimen de salud para independientes no variaría.

²⁷² De esta forma, se evita desincentivar a aquellos independientes que quieran realizar aportes previsionales que superen la cuota fija obligatoria.

Sobre ello, corresponde ahora establecer los caracteres del aporte para aquellos trabajadores que generan más de treinta (30) RMV. En este punto, cabe destacar que estamos frente a un grupo de trabajadores que cuentan con la solvencia económica suficiente para asumir un aporte que se calcule sobre una porción de sus ingresos.

En tal sentido, son tres los aspectos principales que deben desarrollarse en cuanto al aporte del independiente (que genera más de 30 RMV anuales): (i) la alícuota exacta; y (ii) el aporte sobre ingresos anuales y los pagos a cuenta mensuales.

Alícuota exacta

En un apartado previo demostramos que, en términos reales, el dependiente afiliado al SNP aporta el 9,50% de sus ingresos anuales (contabilizando CTS, gratificaciones y aporte de salud). Por contraste, la Ley N° 29903 planteaba que el independiente realice un aporte de 13% a dicho sistema de pensiones. Se hizo evidente una vez más que el establecimiento del esquema de aporte de los trabajadores dependientes a los independientes resulta inadecuado. Sobre ello, es necesario realizar una adecuación de la alícuota del aporte de los trabajadores independientes.

La alícuota del independiente debe ser menor a la del trabajador dependiente, porque éste no aporta sobre la totalidad de sus ingresos. Así, de forma referencial podemos señalar que el independiente debe realizar los siguientes aportes, según se afilie al SNP o al SPP.

- Aporte al SNP = 9,50% de sus ingresos anuales.
- Aporte al SPP = 7% de sus ingresos anuales, más los porcentajes respectivos por prima de seguro y comisión a AFP.

Estas alícuotas deben calcularse sobre los ingresos anuales, tal y como veremos a continuación.

Aporte sobre ingresos anuales y pagos a cuenta mensuales

Una de las principales críticas a la Ley N° 29903 se encuentra en el hecho de que la misma pretende imponer un esquema de aporte construido para trabajadores dependientes a los independientes. Así, se tiene que los independientes tienen ingresos irregulares (picos y mínimos), por lo que el aporte debe adaptarse a dicha realidad.

En tal sentido, el aporte del trabajador independiente debe calcularse sobre sus ingresos anuales. Sobre dicho monto anual, se hará una división del mismo en doce cuotas distintas, garantizando así (virtualmente) la densidad del aporte que requiere tanto el SNP como el SPP.

Sin perjuicio de ello, cabe anotar que el pago de los aportes no necesariamente debe darse una vez finalizado el ejercicio anual. En realidad, los independientes podrían ir haciendo pagos sobre cada recibo por honorario que expidan. No obstante, resaltamos que el aporte por cada mes provendrá del cálculo del aporte final anual dividido entre doce. En resumen, el esquema sería el siguiente:

Figura N° 20 – Lineamientos para el segmento de ingresos medios-altos y altos

Sujetos abarcados	Aporte	Periodicidad en el pago
Independientes que generen más de 30 RMV al año (Al 2016: más de S/. 25,500.00)	Aporte ascendiente a un porcentaje (%) de los ingresos netos anuales. SNP = 10% SPP = 7,5% (más comisión y prima de seguro). El aporte se dividirá en 12 cuotas de idéntico valor, y se presumirá que el independiente hizo 12 aportes durante el año (especialmente importante para los afiliados al SNP).	El pago puede hacerse al momento en que se genera la renta (vía retención). Ello no afecta el cálculo del aporte sobre los ingresos anuales y su posterior división en doce cuotas iguales.

Elaboración propia.

1.4. Régimen especial y aplicación gradual

Según desarrollamos en el capítulo anterior, la Ley N° 29903 fracasó, entre otras razones, debido a su abrupta implementación y el consiguiente choque que tuvo con el sesgo de *status quo* de los trabajadores independientes.

Sobre ello, es necesario que la implementación de la obligatoriedad del aporte se haga de forma gradual y adecuada. Para ello, se requieren dos factores distintos: (a) una etapa previa educativa; y (b) una implementación gradual para los aportes.

En cuanto a (a), tal y como señalamos previamente, sucede que el establecimiento de una Cultura de Ahorro Previsional en los independientes contribuye a que éstos no sean reacios al establecimiento de un sistema pensionario obligatorio sobre ellos. Así, si bien es posible implementar una medida de aporte obligatorio sobre personas que sufren de FCAP, la educación financiera y previsional tiene una importancia innegable para lograr dicho objetivo.

No obstante, la etapa previa educativa no debe limitarse solo a la educación financiera, sino que también debe informar sobre los caracteres específicos del aporte obligatorio al que se verán obligados los independientes. En tal sentido, la etapa previa educativa debe (i) buscar generar Cultura de Ahorro Previsional; y (ii) informar sobre los caracteres del aporte en específico.

Para finalizar, podemos traer como ejemplo al caso chileno. En dicho país, la Ley 20.255, que obliga a los independientes a realizar aportes con fines pensionarios, entró en vigencia el 1 de julio de 2008; no obstante, dicha ley estableció un período inicial de cuatro años para difundir la norma y promover la educación previsional.²⁷³

Respecto a (b), consideramos que debe existir una implementación gradual de los aportes, pero sólo en cuanto al segmento de ingresos medio-altos y altos.

²⁷³ Ley N° 20.225, artículo vigésimo noveno de las Disposiciones Transitorias.

En efecto, el esquema establecido para el segmento de independientes con ingresos bajos y medios está constituido por un aporte fijo de un valor menor y asequible, que genera a cambio una contraprestación consistente en el descuento del pago por cobertura de salud estatal. Por lo tanto, su entrada en aplicación no es un impacto fuerte o abrupto que requiere de gradualidad para su funcionamiento.

Por el contrario, el segmento de independientes con ingresos medio-altos y altos realizará un desembolso, carente de contraprestación, consistente en un porcentaje de sus ingresos. Luego, resultaría adecuado que dicho desembolso pase por una primera etapa, en la que el aporte ascienda a una fracción del aporte final proyectado.

En tal sentido, y de forma referencial, consideramos que la implementación de la cuota del aporte para los independientes con ingresos medio-altos y altos debe pasar por dos etapas: Una primera etapa, con una duración referencial de 2 a 3 años, en la que aporten solo la mitad de lo proyectado como aporte integral; y una segunda etapa, en la que se realice el aporte en toda su extensión.

1.5. Justificación constitucional del régimen especial

A lo largo de este trabajo, hemos dejado en claro que el trabajador independiente tiene características especiales, las que lo diferencian del trabajador dependiente. En ese orden de ideas, criticamos el hecho de que la Ley N° 29903 haya incorporado al independiente al régimen pensionario ya vigente, el cual se encuentra construido para trabajadores dependientes.

Sobre ello, propusimos las bases de un régimen especial obligatorio para independientes, con disposiciones y lineamientos específicos y diferenciados para dicho grupo de trabajadores. En específico, las disposiciones especiales se enmarcaron para los trabajadores independientes de ingresos bajos o medios.

En tal sentido, cabe traer aquí a colación el artículo 103 de la Constitución. Observemos:

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias 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.

Nuestra Constitución establece que pueden crearse leyes especiales con fundamento en la naturaleza de las cosas. En relación al concepto de naturaleza de las cosas, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[N]o puede ser entendido en su sentido coloquial. La cosa no puede ser vista como un objeto físico, sino como todo elemento vinculado a la juridicidad: inmanente pero real; objetivo pero intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales. “Cosa” es, pues, la materia del Derecho y, por tanto, puede aludir a una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien con relevancia jurídica.²⁷⁴

Luego, sobre el concepto de naturaleza de las cosas se concibe la regulación especial para casos que cuenten con caracteres especiales. Así, “el concepto de naturaleza de las cosas explica que en una relación jurídica pueden existir un determinado orden, peculiaridades y características singulares que en consuno dan sentido y razón de ser a esta”.²⁷⁵

Bajo el concepto de naturaleza de las cosas, se explica, por ejemplo, por qué el impuesto a la renta es mayor según se genere mayor riqueza.²⁷⁶ Obsérvese que la

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre los Expedientes acumulados N° 0001/0003 -2003-AI/TC, fundamento 7.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.2.

²⁷⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 189.

regulación especial no se hace en función a los caracteres del ser humano, sino a una condición que puede tener o no el mismo.

Pues bien, esta regulación especial debe justificarse a la luz del derecho a la igualdad.²⁷⁷ En principio, el derecho a la igualdad establece que no puede haber discriminaciones en el ejercicio de derechos fundamentales (como lo es el derecho a la Seguridad Social y a la pensión). No obstante, sucede que no todo trato desigual es discriminatorio. El derecho a la igualdad sólo será afectado cuando se produzca un trato diferenciado que no cuente con una justificación razonable y objetiva.²⁷⁸

Para el caso del régimen especial obligatorio para independientes, afirmamos que el mismo no representa un trato discriminatorio en absoluto. Por el contrario, es un supuesto de “tratar desigual a los desiguales”. En efecto, el trabajador independiente difiere, en sus caracteres, del trabajador dependiente, por lo que es necesario que el trato legal que se le asigne sea adecuado a sus características especiales.

Para demostrar ello, recurriremos al test de razonabilidad, mecanismo empleado por el Tribunal Constitucional para determinar si el trato desigual es justificado o injustificado.²⁷⁹ Dicho test se conforma por tres elementos:

- (a) La existencia de un fin constitucional en la diferenciación
- (b) La adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.2.

²⁷⁸ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 324 y 325.

Más aún, en su dimensión material, el derecho a la igualdad involucra una exigencia positiva: la equiparación de situaciones inequitativas. Así:

El derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0606-2004-AA/TC, fundamento 11.

²⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, fundamento 9.

(c) La necesidad del medio empleado

En cuanto a (a), la existencia de un fin constitucional en la diferenciación, corresponde primero señalar el fin del régimen especial: la integración de un conjunto de trabajadores (los independientes) a un seguro social.

Luego, es claro que el fin es constitucional. Ello se debe a que el derecho a la Seguridad Social es un derecho fundamental, reconocido los artículos 10 y 11 de la Constitución. Una propuesta legislativa de aporte obligatorio para los trabajadores independientes busca integrar

Más aún, el artículo 10 de la Constitución establece que el derecho a la Seguridad Social es universal y progresivo. En tal sentido, se ha señalado que dicha institución debe ampliar su cobertura gradualmente hasta lograr la universalidad.²⁸⁰

Sobre ello, la diferenciación, consistente ésta en un régimen pensionario especial con caracteres específicos para el aporte de trabajadores independientes con ingresos bajos o medios, cuenta con un fin constitucional, que es lograr la integración de dicho grupo a la Seguridad Social. En tal sentido, consideramos que “se crea una situación especial en relación con otros regímenes pensionarios, pero ello debe entenderse como constitucionalmente legítimo”.²⁸¹

En cuanto a (b), la adecuación del medio empleado para alcanzar el fin perseguido, observemos a continuación los medios empleados para lograr este objetivo:

- Aporte fijo ascendiente a S/. 85.00 para los independientes que generan entre dieciséis (16) a treinta (30) RMV al año. Dicho aporte es asumido íntegramente por el trabajador independiente.

²⁸⁰ Voto singular del Magistrado Álvarez Miranda en el marco de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 00227-2010-PA/TC, fundamento octavo.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 02835-2010-PA/TC, fundamento 42.

- Entrega, por parte del Estado, de un bono de reconocimiento por la mitad del valor del aporte al trabajador independiente. Dicho bono puede ser empleado para pagar un plan de salud.

En primer lugar, debemos observar que estas medidas se hacen sólo para un conjunto de trabajadores independientes, que son aquellos que generan entre dieciséis (16) a treinta (30) RMV anuales. La medida, pues, tiene una válida limitación en el grupo de independientes de menores ingresos (pero con la capacidad de aportar).

Luego, observemos que los mecanismos empleados son adecuados y en absoluto desproporcionados. En primer lugar, se establece un aporte fijo (10% de la RMV) que en nada perjudica el objetivo principal de los sistemas previsionales: garantizar un sustento (aún si este no es considerablemente alto) frente a determinadas contingencias.

Tal y como señalamos previamente, la especial dificultad de la incorporación de los independientes al marco pensionario deriva en que deba priorizarse la búsqueda de garantizar una pensión, aún a costa de que, en algunos casos, la capacidad contributiva pudiera garantizar pensiones más altas.

Cabe señalar que el aporte fijo no puede ser considerado como una medida desproporcionada o excesiva. Todo lo contrario, el aporte fijo se erige como una medida leve y asequible en su búsqueda de ser aceptada por los trabajadores independientes.

En segundo lugar, la contraprestación consistente en bonos de reconocimiento que pueden ser utilizados para el pago de seguros de salud tampoco resulta una medida inadecuada o excesiva.

Debe tenerse presente que los bonos de reconocimiento constituyen un desembolso del Estado en la búsqueda de garantizar la funcionalidad de un régimen pensionario

obligatorio para independientes. Dicho desembolso no se constituye como un mecanismo inadecuado; en realidad, estamos frente a un supuesto de financiamiento indirecto, que no es ajeno al marco histórico de normas pensionarias peruanas.²⁸²

Recordemos que el financiamiento indirecto de la Seguridad Social pasa por la transferencia de fondos públicos para dicha finalidad. En última instancia, es la sociedad quien, en conjunto, realiza el financiamiento. En tal sentido, el bono de reconocimiento se constituiría como un gasto financiado por la sociedad para contribuir a que los independientes se integren al marco previsional.

El financiamiento estatal, consistente en el otorgamiento de bonos de reconocimiento, no se constituye, entonces, como una medida excesiva o inadecuada. Debe tenerse presente que no se produce un desembolso líquido, sino que más bien se provee un descuento en cuanto al uso de los seguros de salud estatales ya existentes. Al no existir un impacto directo en el erario nacional, se descarta que esta medida pueda ser considerada inadecuada.

En cuanto a (c), la necesidad del medio empleado, podemos afirmar que las medidas específicas de aporte (aporte fijo, contraprestación en bonos para cobertura de salud) son necesarias para lograr la integración del trabajador independiente al Derecho Pensionario.

Según observamos, la Ley N° 29903 planteó el aporte obligatorio de los independientes en iguales términos que el aporte de los trabajadores dependientes y fracasó. Es evidente que cualquier propuesta legislativa de aporte obligatorio para independientes debe contener medidas específicas construidas sobre la naturaleza de dicho trabajador.

²⁸² Así por ejemplo, la Ley N° 8433 establecía que dicho seguro social se financiaba con impuestos adicionales al tabaco y al alcohol.

De manera más cercana, podemos señalar que el tesoro público transfiere recursos a la ONP a efectos de que ésta pueda asumir el pago de las pensiones que corresponden por ley (el déficit de dicha entidad ascendía a S/. 5,000 millones al año 2012). *Cfr.* AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE. “Defectos del Sistema Público de Pensiones”. *News*. Lima, 2014, Volumen 13, N° 5, p. 9.

De acuerdo a lo desarrollado, la propuesta legislativa planteada resulta plenamente justificada ante la Constitución, en general, y a la luz del derecho a la igualdad, en específico. Es evidente que la especial naturaleza de los trabajadores independientes deriva en que éstos requieran medidas particulares dirigidas a hacer viable y funcional un aporte con fines pensionarios.

2. Proyecto legislativo

Sobre la base de todo lo desarrollado en la presente tesis, presentamos a continuación una propuesta de proyecto de ley que regule la obligatoriedad de la afiliación y aporte previsional para los trabajadores independientes.

Ley del Régimen Especial Pensionario para los Trabajadores Independientes

Artículo 1.- De la afiliación del trabajador independiente

- 1.1. El trabajador independiente que supere, durante un ejercicio anual específico, la renta mínima establecida en el artículo 2 de esta Ley, deberá afiliarse y aportar a un sistema pensionario, debiendo optar por el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones. El plazo máximo para dicha afiliación es de quince (15) días hábiles luego de finalizado el mencionado ejercicio anual.
- 1.2. La afiliación es voluntaria para todos aquellos que no superen la renta mínima establecida en el artículo 2 de esta Ley.
- 1.3. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por trabajador independiente al sujeto que percibe ingresos que son considerados rentas de cuarta categoría y/o de quinta categoría reguladas en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta, respecto de dichas rentas.

- 1.4. Si la persona genera otras rentas de quinta categoría, será exonerada de realizar el aporte obligatorio por sus rentas como independiente.

Artículo 2.- De la renta mínima anual requerida

Se encuentran obligados a realizar aportes solo aquellos trabajadores independientes que, durante el ejercicio fiscal anterior, haya generado rentas netas superiores a dieciséis (16) RMV.

Sin perjuicio de ello, aquellos trabajadores que no superen dicha cifra podrán, de manera voluntaria, continuar realizando sus aportes.

Artículo 3.- De los aportes

- 3.1. El aporte del trabajador independiente afiliado al SNP asciende al 9,5% de la renta neta anual generada. El pago del aporte deberá computarse como doce (12) cuotas de igual valor para la contabilización de los períodos de aportes establecidos en el SNP.
- 3.2. El aporte del trabajador independiente afiliado al SPP asciende al 7% de la renta neta anual generada. La comisión y la prima de seguros, establecidas en el SPP, para el aporte de los trabajadores independientes deberán guardar la misma proporción que la que existe entre el porcentaje de la Remuneración Asegurable que constituye aporte obligatorio y el porcentaje exacto de la comisión y la prima de seguros, para los trabajadores dependientes.
- 3.3. Están obligados a retener una fracción de los aportes señalados, las personas, empresas y entidades obligadas a llevar contabilidad de acuerdo al primer y segundo párrafo del artículo 65 de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando paguen o acrediten ingresos que constituyan rentas de cuarta categoría y/o quinta categoría prevista en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta. La fracción específica se establecerá por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Artículo 4.- Del Subrégimen Especial

Los trabajadores independientes que, durante el ejercicio fiscal anterior, hayan generado rentas no superiores a treinta (30) RMV, pueden acogerse al Subrégimen Especial.

No obstante, si los ingresos de un trabajador independiente ya acogido al Subrégimen Especial superan las treinta (30) RMV durante dos ejercicios fiscales seguidos, perderá su afiliación al mencionado subrégimen, debiendo cumplir sus aportes bajo las normas generales de esta Ley. La pérdida de dicha afiliación no impide que pueda recuperarla para un ejercicio fiscal posterior.

Artículo 5.- Aportes en el Subrégimen Especial

Los trabajadores independientes acogidos al Subrégimen Especial deben realizar un aporte fijo mensual por concepto pensionario equivalente al 10% de la RMV. Sin perjuicio de ello, los trabajadores independientes pueden realizar aportes mayores, los que se contabilizarán para la determinación del monto del bono a que se refiere el artículo 6 de esta Ley.

Durante los dos primeros ejercicios fiscales, continuos o no, en los que el trabajador independiente se encuentre afiliado al Subrégimen Especial, el Estado asumirá el 50% del aporte fijo mensual.

Artículo 6.- Bono de reconocimiento para cobertura de salud en el Subrégimen Especial

- 6.1. Por el efectivo aporte mensual del trabajador independiente sujeto al Subrégimen Especial, el Estado emitirá un bono de reconocimiento a favor del aportante, personalísimo e intransferible, equivalente al 50% del monto efectivamente aportado por el trabajador independiente.
- 6.2. El bono de reconocimiento podrá ser empleado por el trabajador independiente para el pago, parcial o total, de algún seguro público de cobertura de salud para él, su esposa o concubina, y/o sus hijos.

- 6.3. El bono de reconocimiento mensual no puede superar, en ningún caso, el valor del 20% de la RMV, y tiene un plazo de vigencia de dos (2) años.
- 6.4. Las entidades de salud respectivas están obligadas, bajo responsabilidad, a aceptar los bonos de reconocimiento como pago.
- 6.5. Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerán los caracteres específicos del bono de reconocimiento.

Artículo 7.- Aplicación gradual

- 7.1. Durante los dos (2) primeros años desde su entrada en vigencia, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se encargará de promover e informar a los trabajadores independientes respecto de las medidas establecidas en esta norma.
- 7.2. Durante los tres (3) subsiguientes años, los porcentajes de aporte, comisiones y prima de seguros a los que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se reducen a la mitad de las cifras establecidas en el mismo.
- 7.3. El Subrégimen Especial se aplica en toda su extensión a partir del tercer año de vigencia de la presente Ley.

Artículo 8.- Aplicación supletoria

En todo lo no previsto por la presente Ley, aplican las disposiciones respectivas del ordenamiento civil peruano.

Artículo 9.- Inaplicación de aportes obligatorios

Los trabajadores independientes que, al tercer año de la entrada en vigencia de esta Ley, superen los 40 años de edad no se encuentran obligados a realizar los aportes.

Disposiciones Complementarias Finales

Primera. Vigencia de la presente Ley

La presente Ley entrará en vigencia en el plazo de 120 días a partir del día siguiente de la publicación del reglamento en el diario oficial El Peruano.

Segunda. Normas reglamentarias complementarias

En adición al Reglamento de la presente Ley, La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y el Ministerio de Economía y Finanzas dictarán las normas reglamentarias en el ámbito de su competencia.

Disposición Complementaria Derogatoria

Única. Derogación de normas

Deróguense todas las normas que se opongan a la presente Ley.

3. Colofón

La cobertura pensionaria es fundamental e indispensable en la procura de una protección adecuada para todos los peruanos, a efectos de lograr un Estado Social de Derecho. En el ámbito de la protección a los trabajadores, es claro que un trabajador, sea formal o informal, dependiente o independiente, se ve sujeto a las mismas contingencias. En específico, la vejez, puesto que en el curso normal de la vida la vejez constituye una etapa ineludible.

El establecimiento de un marco previsional universal pasa por la incorporación progresiva de los trabajadores independientes. La falta de regulación –a nivel histórico– de dicho grupo, así como sus especiales caracteres (irregularidad de ingresos y alta incidencia de informalidad) deriva en la necesidad de crear un régimen especial a dicho grupo. Este régimen debe contar con disposiciones específicas y adaptadas para los trabajadores independientes, más a la vez debe encontrarse articulado al marco general pensionario peruano.

Conclusiones

1. En el Perú, el Derecho Pensionario se caracteriza por una bifurcación bastante acentuada en cuanto a su alcance. De un lado, se encuentran los trabajadores dependientes, quienes están obligados a realizar aportes con fines pensionarios; mientras que por otra parte, los independientes se pueden afiliar de forma facultativa.
2. Cabe anotar que el trabajo independiente constituye una categoría bastante amplia, que abarca a grupos muy diferentes entre sí (cuentapropistas, empleadores, TFNR y trabajadores de cooperativas). En el caso específico de los independientes por cuenta propia, éstos se pueden definir como las personas que realizan actividades de forma individual y autónoma, y se caracterizan como grupo por la irregularidad de sus ingresos y la alta incidencia de informalidad en las actividades.
3. La mencionada bifurcación no tiene ninguna justificación. Un trabajador, sea dependiente o independiente, tiene que enfrentar las mismas contingencias. En términos simples, tanto el dependiente como el independiente envejecerán en algún momento. Sobre ello, es necesario entender por qué el marco pensionario peruano no proyecta un trato igual a ambos grupos.
4. A nivel histórico, el marco pensionario peruano intentó abarcar tanto a trabajadores dependientes como independientes. Así, el primer seguro social en el Perú, la Ley N° 8433, Ley del Seguro Social Obrero (1936), proyectaba que el aporte obligatorio recaía tanto sobre obreros dependientes como independientes.

No obstante, la Ley N° 8433, influenciada por normas extranjeras pensadas solo para trabajadores dependientes (sistemas alemán y español de esa época) no contaba con los mecanismos adecuados para viabilizar el aporte

obligatorio de los obreros independientes. Luego, no hubo un aporte real de dicho grupo.

5. Las normas previsionales siguientes excluyeron al trabajador independiente. En efecto, el trabajador independiente no podía incorporarse a los seguros sociales, aún cuando su voluntad fuese hacerlo. Esta situación se mantuvo hasta el Decreto Ley N° 19990, que establecía la afiliación facultativa de los trabajadores independientes.
6. En los últimos años, existió un intento de incorporar a parte de los independientes por cuenta propia al marco pensionario. Así, la Ley N° 29903, del 2012, planteó la incorporación de los independientes por cuenta propia que generasen más de una (1) RMV al mes y emitiesen recibos por honorarios.

Esta norma, en realidad, representó un intento de incorporación parcial y sectorizada de los independientes. La norma solo alcanzaba al 1,6% de la PEA, y más aún, dejaba de lado a casi un millón de independientes en condición de aportar bajo su propio esquema, solo porque dichos independientes desarrollan sus actividades manera informal.

7. La Ley N° 29903 no solo constituía una solución parcial a la integración de los trabajadores independientes al marco pensionario. En la práctica, dicha norma no logró implementarse, y fue derogada en el año 2014.

El fracaso de la Ley N° 29903 no fue, como inicialmente podía proyectarse, responsabilidad de la falta de cultura de ahorro previsional. Dicha carencia constituye en realidad la justificación de los mecanismos obligatorios de seguro social, por lo que mal puede señalarse que dicho elemento fue el responsable de la frustración de la citada ley.

La Ley N° 29903 fracasó debido a dos razones. En la forma, la norma presentó un intento abrupto de implementación, lo que chocó con un *status quo* de más de 70 años. En el fondo, la norma intentó asimilar la capacidad y condiciones de aporte del trabajador dependiente al independiente, lo cual resultaba excesivamente oneroso para este último.

8. En realidad, la Ley N° 29903 adolecía de serias deficiencias. A la luz de la experiencia latinoamericana en la incorporación de los independientes a un régimen de aporte obligatorio, se hace evidente que dicha norma falla en los siguientes puntos: (i) una errada incorporación de los independientes al régimen general, que está pensado y construido para dependientes; (ii) un empleo de aporte inadecuado, que no tiene en cuenta la irregularidad de los ingresos; (iii) un esquema de aporte oneroso para el independiente; (iv) la ausencia de subsidios estatales en el aporte; y (v) la ausencia de disposiciones dirigidas a enfrentar la incidencia de informalidad en el trabajo independiente.
9. En tal sentido, se hace necesaria una propuesta legislativa dirigida a incorporar de forma integral a los trabajadores independientes por cuenta propia. Para ello, debe trabajarse sobre dos presupuestos: Primero, la incidencia de la informalidad, que hace ilusorio el mandato de aportar (muchos independientes pueden librarse de dicha obligación manteniendo/trasladando sus actividades al ámbito informal.

En segundo lugar, la propuesta legislativa debe tener en cuenta que nuestro marco pensionario se conforma por la coexistencia de un sistema público de pensiones (SNP) y un sistema privado de pensiones (SPP). Por lo tanto, cualquier esquema de aporte obligatorio para independientes debe tener especial cuidado en no afectar a ambos sistemas, así como su coexistencia en una teórica igualdad de condiciones.

10. Sobre la base de la experiencia latinoamericana (en específico, la argentina, brasileña y costarricense), se tiene que la regulación del aporte de los independientes pasa, primero, por la existencia de un régimen especial para dichos trabajadores. Dicho régimen asimila sus características especiales, por medio de medidas específicas para su aporte.
11. En tal sentido, se propone que la obligatoriedad del aporte pensionario de los independientes en el Perú se manifieste en un régimen especial y diferenciado en cuanto a aspectos específicos (caracteres del aporte), pero que a su vez está articulado con las normas pensionarias existentes.
12. En específico, cabe destacar las medidas especiales del aporte que se construyen para aquellos independientes con ingresos bajos o medios, y consisten en (i) la asignación de una cuota fija de aporte mensual (10%); y (ii) el otorgamiento de una contraprestación, consistente en un descuento en el pago de cobertura de salud.
13. Debe tenerse presente que la creación de un régimen especial para trabajadores independientes es legítimo a la luz de la Constitución. Ello se debe a que las características especiales del trabajo independiente justifican el uso de medidas especiales para su aporte.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

ABANTO REVILLA, César

2013 *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

2014 “La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales”. En AA.VV. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 781-803.

2015 “¿Afilarse o no afiliarse?, he ahí el dilema”. *La Ley* (página web). Lima. Consulta: 6 de septiembre de 2015.

<http://laley.pe/not/1685/-afiliarse-o-no-afiliarse-he-ahi-el-dilema/>

ABELLÁN SALORT, José Carlos

2006 “Fines y límites del Estado: “Paternalismo” y libertades individuales”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Madrid, 2006, N° 39, pp. 363-384.

AHUMADA PACHECO, Hermes

1972 *Manual de Seguridad Social*. Santiago de Chile: Andrés Bello.

ALEGRÍA, Luis Fernando

2014 “Trabajadores independientes “afectados” serían solo el 1.4% de la PEA ocupada”. *Gestión*. Consulta: 15 de agosto de 2015.

<http://gestion.pe/economia/trabajadores-independientes-afectados-solo-14-pea-ocupada-2075525>

ALONSO, Javier; SÁNCHEZ, Rosario; y David TUESTA

2014 “Un modelo para el sistema de pensiones en el Perú: Diagnóstico y recomendaciones”. *Revista Estudios Económicos*. Lima, junio de 2014, N° 27, pp. 81-98.

ALMANZA PASTOR, José

1989 *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid: Tecnos.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

2003 *Curso de derecho constitucional*. Volumen I. Madrid: Tecnos.

AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE

2014 “Defectos del Sistema Público de Pensiones”. *News*. Lima, 2014, Volumen 13, N° 5, pp. 8-12.

APARICIO TOVAR, Joaquín

1999 *La seguridad social y la protección de la salud*. Madrid: Civitas.

2002 “La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Julio-Septiembre 2002, N° 19, pp. 19-52.

ATIENZA, Manuel

1988 “Discutamos sobre paternalismo”. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1988, N° 5, pp. 203-214.

ATKINSON, A y F. MESSY

2013 “Promoting Financial Inclusion through Financial Education: OECD/INFE Evidence, Policies and Practice”. *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions N° 34*. Columbia, OECD, 2013. Consulta: 24 de agosto de 2015.

<http://dx.doi.org/10.1787/5k3xz6m88smp-en>.

AUERBACH, Paula; GENONI, María Eugenia; y Carmen PAGÉS

2007 “Social Security Coverage and the Labor Market in Developing Countries”. *Discussion Paper N° 2979*. Bonn, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (IZA), 2007. Consulta: 09 de septiembre de 2015.

<http://repec.iza.org/dp2979.pdf>

BANCO MUNDIAL

1984 *Envejecimiento sin crisis*. Washington D.C.: Banco Mundial.

BARR, Abigail; y Truman PACKARD

2002 “Revealed Preference and Self Insurance: Can we learn from the self-employed in Chile?” Working Paper. s/l, Banco Mundial, 2002.

2005 “Seeking solutions to Vulnerability in Old Age: Preferences, constraints, and alternatives for coverage under Peru’s pensions system”. Working paper. s/l, Banco Mundial, 2005. Consulta: 15 de Agosto de 2015.

<http://www.csae.ox.ac.uk/workingpapers/pdfs/2005-05text.pdf>

BEAZLEY, Rodolfo y Carlos LACCHINI

2008 “Las redes sociales como determinantes de la informalidad laboral”. En AA. VV. *Aportes a una nueva visión de la informalidad laboral en la Argentina*. Buenos Aires: Banco Mundial, pp. 155-178. Consulta: 15 de mayo de 2015.

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/biblioteca_libros/aportes_a_una_vision_de_la_informalidad_laboral.pdf

BERTRANOU, Fabio M.

2007 “Economía informal, trabajadores independientes y cobertura de seguridad social en Argentina, Chile y Uruguay”. Trabajo presentado en el Coloquio Interregional sobre la Economía informal. Ginebra: OIT.

BERTRANOU, Fabio M.; y Leonor SARAVIA

2009 “Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: Desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, pp. 7-34.

BERTRANOU, Fabio M.; y Javiera VÁSQUEZ

2006 “Trabajadores independientes y el sistema de pensiones en Chile”. *OIT Notas*. Santiago de Chile, N° 1, Marzo de 2006, pp. 1-4. Consulta: 09 de septiembre de 2015.
http://www.fiap.cl/prontus_fiap/site/artic/20061211/asocfile/20061211105324/asocfile120060425095454.pdf

BEVERIDGE, William

1942 *Social insurance and allied services*. S/l. Consulta: 10 de agosto de 2015.
<http://www.sochealth.co.uk/public-health-and-wellbeing/beveridge-report/>

BLACK, Henry

1910 *Black's Law Dictionary*. Segunda Edición. Saint Paul: West Publishing.

BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel; y Carmen PAGES.

2013 *Mejores Pensiones – Mejores Trabajos. Hacia la cobertura universal en América Latina y el Caribe.* s/l: Banco Interamericano de Desarrollo. Consulta: 09 de septiembre de 2015.

<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/462/Mejores%20pensiones%20mejores%20trabajos.pdf>

BOSTROM, Nick y Toby ORD

2006 “The Reversal Test: Eliminating Status Quo Bias in Applied Ethics”. *Ethics*. Chicago, 2006, vol. 116, N° 4, pp. 656-679. Consulta: 30 de agosto de 2015.

<https://ethicslab.georgetown.edu/phil553/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/Ord-and-Bostrom-Eliminating-Status-Quo-Bias-in-Applied-Ethics-.pdf>

BOWEN HERRERA, Alfred

1992 *Introducción a la seguridad social.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BOZA PRO, Guillermo

2011 *Lecciones de derecho del trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BRAVO, David (Presidente de la Comisión)

2015 *Informe final de la Comisión asesora presidencial sobre el sistema de pensiones.* s/1 (Chile): Comisión asesora presidencial sobre el sistema de pensiones.

CALVO LEÓN, Jorge Iván

1998 “Principios de Seguridad Social”. *Revista Jurídica de Seguridad Social.* San José, 1998, N° 8, pp. 33-36.

CASALÍ, Pablo, y Moira OHACO

2009 “Trabajadores independientes y la seguridad social en Argentina”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, pp. 85-110.

CEBALLOS TAPIA, Herman y Juan GUMUCIO RIVAS

1972 *Los trabajadores independientes frente a la Seguridad Social*. Santiago de Chile: Andrés Bello.

CHAVEZ NORIEGA, Alejandro.

1984 *Introducción a la lógica*. Lima: Amaru.

CLARK, Gordon L.; STRAUSS, Kendra y Janelle KNOX-HAYES

2012 *Saving for Retirement*. Oxford: Oxford University Press.

CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2008 *Caracterización y Problemática de los trabajadores de la economía informal en el Perú*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

CRUZ GALLO, Guillermo

1975 *El Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Ediciones Cruz Gallo.

CRUZ-SACO, María Amparo, MENDOZA, Juan y Bruno SEMINARIO

2014 *El sistema previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, Proyecciones 2014-2050 y Reforma*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

CRUZ-SACO OYAGUE, María

1999 “¿Capitalización para quién? La Industria de las AFPs”. *Apuntes, Revista de Sociales*. Lima, Segundo Semestre de 1999, N° 45, pp. 37-53.

DANÓS, José (et al.)

1994 *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas*. Lima: CEDAL.

DE ALTHAUS, Jaime (productor)

2013 “Entrevista a Luis Castilla”. *La Hora N*. Lima. Emisión: 06 de septiembre de 2013.

DESDENTADO BONETE, Aurelio; y José Ignacio TEJERINA ALONSO

2004 *Los problemas de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos*. Valladolid: Lex Nova.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2013 *Decimoséptimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*. Lima: Defensoría del Pueblo.

DIARIO CORREO

2014 “Independientes protestan por aportes obligatorios”. En *Correo*. Consulta 10 de julio de 2015.

<http://diariocorreo.pe/ciudad/independientes-protestan-por-aportes-obligat-10533/>

DURÁN VALVERDE, Fabio

2009 “La cobertura de los trabajadores independientes en la Seguridad Social de Costa Rica”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, pp. 149-164.

ELU TERÁN, Alexander.

2010 “Las pensiones públicas de vejez en España, 1908-1936”. AA.VV., *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, pp. 151-181

FRIEDMAN, Milton.

1982 *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.

GAMERO REQUENA, Julio, y Gabriela CARRASCO

2011 *Trabajo informal y políticas de protección social*. Lima: Proyecto WIEGO-CIES PERÚ.

GARCÍA, Nidia, et. al.

2013 *La educación financiera en América Latina y el Caribe – Situación actual y perspectivas*. s/l: Corporación Andina de Fomento.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo

2004 *Introducción al estudio del Derecho*. Quincuagésimo séptima Edición. México D.F.: Editorial Porrúa.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto

1988 “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1988, N° 5, pp. 154-173.

GONZÁLES HUNT, César

2009 “La configuración constitucional de la Seguridad Social en pensiones”. AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 433-435.

GOMEZ, Ronald

2009 “Trabajadores independientes y la seguridad social en Colombia”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, pp. 129-148.

GORDILLO TORDOYA, Eduardo

1994 “Apuntes sobre los argumentos en favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos”. AA.VV., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas*. Lima: CEDAL, pp. 85-114.

GRZETICH LONG, Antonio

2005 *Derecho de la Seguridad Social. Parte General*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GUERRERO VIZUETE, Esther

2011 *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*. Tesis de doctorado. Tarragona: Universidad Rovira I Virgili, Departamento de Derecho Público.

HAL, Varian

2006 *Microeconomía intermedia: Un enfoque actual*. Barcelona: Antoni Bosch.

HUME, David

1981 *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI)

2010 *Encuesta Nacional de Hogares*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

2014a *Encuesta Nacional de Hogares*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

2014b *Nota de Prensa N° 120*. Lima, 2014.

JENKINS, Michael

1993 “Extensión de la protección social a toda la población: problemas y planteos”. *Revista Internacional de Seguridad Social*. Ginebra, 1993, volumen 46, número 2, pp. 2-32.

JIMENEZ, Juan, y Carolina CATALÁN

2010 “Trabajadores independientes y la previsión social”. *Revista Observatorio Previsional*. Santiago, Marzo de 2010, N° 1, pp. 105-167. Consulta: 05 de septiembre de 2015.

http://www.superacionpobreza.cl/wp-content/uploads/2014/03/trabajadores_independientes_y_prevision_social.pdf

KAHNEMAN, Daniel; KETSCH, Jack; y Richard THALER.

1988 “Fairness and the Assumptions of Economics”. *Journal of Business*. Chicago, 1988, vol. 59, N° 4, pp. 285-300. Consulta: 29 de agosto de 2015.

http://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/negot.%20papers/KahnKnetThal_FairEcon86.pdf

KAHNEMAN, Daniel; y Amos TVERSKY

1984 “Choices, Values, and Frames”. *American Psychologist*. Washington, 1984, vol. 39, N° 4, pp. 341-350. Consulta: 27 de agosto de 2015.

<http://web.missouri.edu/~segerti/capstone/choicesvalues.pdf>

LA REPÚBLICA

2013 “Plantón contra los abusos del MEF y las AFP se realiza en Plaza San Martín”. En *La República*. Consulta 10 de julio de 2015.

<http://archivo.larepublica.pe/27-08-2013/planton-contralosabusos-del-mef-y-las-afp-se-realiza-en-plaza-san-martin-0>

2014 “Nuevas protestas de independientes que buscan se suspenda el aporte”. En *La República*. Consulta 10 de julio de 2015.

<http://archivo.larepublica.pe/24-07-2014/nuevas-protestas-de-independientes-que-buscan-se-suspenda-el-aporte>

LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, Gustavo; MARTÍN LÓPEZ, Sonia y Alfredo MUÑOZ GARCÍA

2013 *40 años de historia de las Empresas de Participación*. Madrid: Verbum.

LEPORE, Eduardo, y Diego SCHLESER

2006 “La heterogeneidad del cuentapropismo en la Argentina actual. Una propuesta de análisis y clasificación”. *Trabajo, ocupación y empleo – Especialización Productiva, tramas y negociación colectiva*. Serie de Estudios N° 4. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

LI, Carmen y Javier OLIVERA

2005 “Participation in the Peruvian reformed pension system”. *Working Paper*. Colchester, Universidad de Essex.

MARCOS ALSINA, Sila

2004 “La dinámica de las pensiones de incapacidad permanente para el trabajo en España: Análisis empírico”. *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales. Papeles de Trabajo*, N° 29. Málaga, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Málaga.

MARTÍ BUFFIL, Carlos

1964 *Derecho de la seguridad social. Las prestaciones.* Madrid: Diana Artes Gráficas.

MARTÍN, Xavier

2014 “Ampliando el ahorro programado”. En AA.VV. *Ahorro Programado Inklusivo en América Latina y el Caribe.* Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 1-11.

MARTÍN SÁNCHEZ, Juan

2002 *La revolución peruana: Ideología y práctica política de un gobierno militar. 1968-1975.* Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de la Universidad de Sevilla.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús et. al.

2008 *Derecho de la Seguridad Social.* Segunda edición. La Coruña: Netbiblo.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio

1988 *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Buenos Aires: Astrea.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Argentina)

2007 *Los trabajadores independientes y la seguridad social.* Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

MONEREO PÉREZ, José Luis

2001 “La nueva fase del desarrollo del pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”. *Relaciones Laborales.* Madrid, año 17, Segundo Semestre de 2001, pp. 11-52.

MONROY, Daniel

2015 “Behavioral Economics y Políticas Públicas: Algunos problemas y sus soluciones”. Papel de trabajo. Consulta: 25 de agosto de 2015.

http://works.bepress.com/daniel_monroy/38/.

MONTENEGRO, Claudio; y Carmen PAGÉS

2003 “Who benefits from labor market regulations? Chile: 1968-1998”.
Papel de trabajo. Washington D.C., Banco Interamericano de
Desarrollo.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo

2008 “El principio previsional de la sostenibilidad financiera en la
jurisprudencia constitucional”. *Ius et Veritas*. Lima, año 18, N° 36, pp.
312-327.

MONTOYA MELGAR, Alfredo.

2005 “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del
Trabajo”. *Temas Laborales*. Sevilla, 2005, N° 81, pp. 27-39.

NEVES MUJICA, Javier

1993 “Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones:
Opción Diabólica”. En *Themis*. Lima, 1993, N° 25, pp. 7-10.

2006 “Los sistemas públicos y privados de pensiones: De la relación
alternativa a la complementaria”. En AA.VV. *II Congreso Nacional de la
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Arequipa:
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp.
821-834.

NINAHUANCA, Christian

2014 “Entrevista a César Rivera”. En *La república* (web). Consulta: 06 de
agosto de 2015.

<http://larepublica.pe/17-08-2014/se-debe-mejorar-la-comunicacion-entre-las-afp-y-sus-afiliados>

NOVICK, Marta; MAZORRA, Ximena; y Diego SCHLESER

2008 “Un nuevo esquema de políticas públicas para la reducción de la informalidad laboral”. En AA. VV. *Aportes a una nueva visión de la informalidad laboral en la Argentina*. Buenos Aires: Banco Mundial, pp. 23-42. Consulta: 15 de mayo de 2015.

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/biblioteca_libros/aportes_a_una_vision_de_la_informalidad_laboral.pdf

NOZICK, Robert

1988 *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

NUGENT, Ricardo

1997 “La seguridad social: su historia y sus fuentes”. AA. VV. *Instituciones del derecho de trabajo y de la seguridad social*. México D. F.: UNAM, pp. 603-622.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

2015 *Panorama de las Pensiones. Latinoamérica y el Caribe*. s/l: OCDE.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO

1936 *L'Organisation Internationale du Travail et les Assurances Sociales*. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo.

1944 *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo*. Filadelfia: Organización Internacional del Trabajo.

- 1993 *Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo*. Clasificación adoptada en la Décimo quinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo.
- 2002 *El trabajo decente y la economía informal*. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo.
- 2012 *Los Trabajadores Independientes y la Seguridad Social en el Perú*. Lima: Oficina Internacional de Trabajo.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel
- 1942 “El Instituto Nacional de Previsión de España”. *Revista de Economía y Estadística*. Córdoba, Primera Época, 1942, vol. 4, N° 3, pp. 385-403.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario
- 1998 “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?”. En AA.VV. *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Madrid: Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, pp. 169-176.
- 2008 “Los principios de seguridad social y los diversos sistemas pensionarios”. En AA.VV. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 246-273.
- PÉREZ AGULLA, Sira
- 2009 “La tradicional marginación del trabajador autónomo por parte del Derecho del Trabajo”. En *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*. Madrid, Nueva Época, 2009, N° 10, pp. 103-144.
- PERRY, Guillermo et. al.
- 2008 *Informalidad: Escape y Exclusión*. Washington D.C.: Banco Mundial.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José

1995 *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos. La cobertura del RETA.*
Madrid: Civitas.

PIZARRO DÍAZ, Mónica

2012 “¿Qué pasará cuando se implemente la afiliación obligatoria de los independientes a un sistema de pensiones? *Actualidad Jurídica*. Lima, agosto de 2012, N°225, p. 283.

PLA RODRÍGUEZ, Américo

1999 *Estudios de la seguridad social*. Montevideo: FCU.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

2014 “Los independientes y las AFP: ¿Existen una cultura del ahorro previsional? *Puntoedu* (Web). Consulta: 15 de mayo de 2015.

<http://puntoedu.pucp.edu.pe/noticias/los-independientes-y-las-afp-existe-una-cultura-del-ahorro-previsional/>

PUNTRIANO ROSAS, César

2013 “Artículo 11. El libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones”. En *La Constitución Comentada*. Segunda edición. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 596-607.

PROGRAMA REGIONAL DEL EMPLEO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

1978 *Sector informal: funcionamiento y políticas*. Santiago de Chile: Oficina Internacional de Trabajo.

QUISPE, Magda

2013 “Jaime Delgado pide postergar aportes de independientes a las AFP o la ONP”. En *La República* (Web). Edición online del 27 de agosto de 2013. Consulta: 9 de mayo de 2015

<http://www.larepublica.pe/27-08-2013/jaime-delgado-pide-postergar-aportes-de-independientes-a-las-afp-o-la-onp>>

RADIO EXITOSA

2014 “Convocan para hoy a una marcha en protesta a los aportes obligatorios a las AFP”. En *Radio Exitosa* (Web). Consulta 10 de julio de 2015.

<http://www.radioexitosa.pe/actualidad/exp150106-convocan-para-hoy-a-una-marcha-en-protesta-a-aportes-obligatorios-a-las-afp>

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ

2013 “Independientes realizan plantón contra la Ley 29903 en Plaza San Martín”. En *RPP* (Web). Consulta 10 de julio de 2015.

http://www.rpp.com.pe/2013-08-27-independientes-realizan-planton-contr-la-ley-29903-en-plaza-san-martin-noticia_625889.html

REVUELTA VAQUERO, Benjamín.

2007 “La implementación de políticas públicas”. *Dikaion*. Cundinamarca, 2007, vol. 21, N° 16, pp. 136-156. Consulta: 15 de agosto de 2015.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001610>

RIVAS CASO, Gino

2015 “Entrevista a César Gonzales Hunt”. 30 de marzo.

RIVERA VIEZCAS, Felipe de J.; y Abril A. NAVA RAMÍREZ

2012 “El sistema de ahorro para el retiro y la cultura de la previsión en México”. *Ciencia UANL*. México D.F., año 15 (2012), N° 57, enero-marzo, pp. 33-38. Consulta: 13 de agosto de 2015.

<http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3834983.pdf>

RODRÍGUEZ MESA, Rafael

2013 *Estudios sobre seguridad social*. Tercera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

ROJAS, Jorge

2014 *El sistema privado de pensiones en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ROTHBARD, Murray

2011 *Hombre, Economía y Estado*. Madrid: Unión Editorial.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2009 *El Sistema Jurídico. Introducción al derecho*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUMO-JUNGO, Alexandra

1998 *Haftpflicht und Sozialversicherung*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1998.

SAMUELSON, William y Richard ZECKHAUSER

1988 “Status Quo Bias in decision making”. *Journal of Risk and Uncertainty*. Boston, 1988, vol. 1, pp. 7-59.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo

2012 *La Seguridad y la Protección Social en México. Su necesaria reorganización.*
México D. F.: Universidad Autónoma de México.

SÁNCHEZ ZAPATA, Ronny

2014 *El aporte obligatorio de los independientes y obligaciones de los agentes de retención.* Lima: Gaceta Jurídica.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo

2000 *El contrato de locación de servicios.* Lima: Gaceta Jurídica.

SARAVIA, Leonor

2009 “Trabajadores independientes y la seguridad social en Argentina”. En BERTRANOU, Fabio M. (Coordinador). *Trabajadores independientes y protección social en América Latina.* Santiago de Chile: Organización Internacional de Trabajo, 2009, pp. 111-128.

SELNOW, Gary M.

2003 “Motivating Retirement Planning: Problems and Solutions”. *Pension Research Council – Working Paper N° 7.* Philadelphia, The Wharton School, 2003.

SO-HYUN, Joo y John GRABLE.

2000 “A Retirement Investment and Saving Decisions Model: Influencing Factors and Outcomes”. *Consumer Interest Annual.* Columbia, 2000, N° 46, pp. 43-48.

SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES

1999 *Estudios Previsionales N° 1 – Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: El caso de los trabajadores independientes.* Lima: Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP

2015 “Reporte de Afiliados Activos por AFP, Sexo y Edad Actual – Al 31 de agosto de 2015. Consulta: 15 de septiembre de 2015.

<http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>

2016 “Comisión y Primas de Seguro del SPP”. Consulta: 5 de abril de 2016.

<http://www.sbs.gob.pe/usuarios/categoria/comisiones-y-primas-de-seguro-del-spp/277/c-277>

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

2008 “Principios de Seguridad Social”. En AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley, pp. 598-602.

TRELLES MORENO, Oscar; y Diógenes ROSALES PAPA

2002 *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VALDEZ TUDELA, Napoleón

1958 *Comentarios a la Legislación Social Peruana*. Lima: Librerías e Imprentas D. Miranda.

WEISS, Deborah

1991 “Paternalistic Pension Policy: Psychological Evidence and Economic Theory”. *University of Chicago Law Review*. Chicago, 1991, N° 58, pp. 1275-1319.

WESTER BARRERA, José

1986 *Manual de Pensiones*. Trujillo: Marsol Perú.

ZIMMERMAN ZAVALA, Augusto

1975 *El Plan Inca objetivo: revolución peruana*. Lima: Diario Oficial El Peruano.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2003 Sentencia sobre los Expedientes acumulados N° 0001/0003-2003-AI/TC.

Sentencia sobre el Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

2004 Sentencia sobre el Expediente N° 01776-2004-AA/TC.

Sentencia sobre el Expediente N° 0606-2004-AA/TC.

2005 Sentencia sobre los expedientes acumulados N° 0050-2004-PI/ 0051-2004-PI/ 0004-2005-PI/0007-2005-PI/ y 0009-2005-PI.

2010 Sentencia sobre el Expediente N° 00717-2010-PA/TC.

Sentencia sobre el Expediente N° 02835-2010-PA/TC.

Sentencia sobre el Expediente N° 02974-2010-PA/TC.

Sentencia sobre el Expediente N° 00227-2010-PA/TC.

TRIBUNAL FISCAL

2009 Resolución del Tribunal Fiscal N° 103-5-2009.

Disposiciones normativas internas

Constitución Política del Perú del año 1933.

Constitución Política del Perú (Vigente)

Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío, del 22 de enero de 1850.

Ley N° 4917, Ley del Empleado Particular, publicada el 29 de febrero de 1924.

Ley N° 8433, Ley del Seguro Social Obligatorio, publicada el 04 de septiembre de 1936.

Ley N° 10807, publicada el 15 de abril de 1947.

Decreto Ley N° 10902, publicado el 20 de noviembre de 1948.

Decreto Ley N° 10941, publicado el 4 de febrero de 1949.

Ley N° 13724, Ley del Seguro Social del Empleado, publicada el 20 de noviembre de 1971.

Decreto Ley N° 19990, publicado el 30 de abril de 1973.

Decreto Ley N° 22482, Régimen de Salud de Seguro Social, publicado el 28 de marzo de 1979.

Decreto Ley N° 22847, publicado el 31 de diciembre de 1979.

Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, publicada el 24 de marzo de 1984.

Decreto Ley N° 25897, publicado el 6 de diciembre de 1992.

Ley N° 26504, publicada el 18 de julio de 1995.

Ley N° 26790, Ley de modernización de la Seguridad Social en Salud, publicada el 17 de mayo de 1997.

Ley N° 27056, Ley del Seguro Social de Salud (ESSALUD), publicada el 30 de enero de 1999.

Ley N° 27252, publicada el 07 de enero de 2000.

Ley N° 27328, publicada el 24 de julio de 2000.

Ley N° 27617, publicada el 01 de enero de 2002.

Ley N° 27735, Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada, publicada el 28 de mayo de 2002.

Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada el 22 de julio de 2006.

Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, publicada el 27 de marzo de 2007.

Ley N° 29355, Ley de creación del Registro Nacional de Información de Contratos de Seguros de Vida y de Accidentes Personales con Cobertura de Fallecimiento o de Muerte Accidental, publicada el 27 de marzo de 2009.

Ley N° 29426, publicada el 27 de octubre de 2009.

Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones publicada el 19 de julio de 2012.

Ley N° 30082, Ley que modifica la Ley N° 29903, publicada el 22 de septiembre de 2013

Ley N° 30327, Ley que deroga el aporte obligatorio de los trabajadores independientes, publicada el 17 de septiembre de 2014

Ley N° 30334, Ley que establece medidas para dinamizar la economía en el año 2015, publicada el 24 de junio de 2015.

Decreto Supremo N° 078-83-PCM, publicado el 15 de octubre de 1983.

Decreto Supremo N° 034-84-PCM, publicado el 01 de junio de 1984.

Decreto Supremo N° 077-84-PCM, publicado el 30 de noviembre de 1984.

Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, publicado el 01 de marzo de 1997.

Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, publicado el 27 de marzo de 1997.

Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado el 14 de mayo de 1997.

Decreto Supremo N° 004-98-EF, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado el 21 de enero de 1998.

Decreto Supremo N° 164-2001-EF, Reglamento de la Ley N° 27252, publicado el 19 de julio de 2001

Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, publicado el 08 de diciembre de 2004.

Decreto Supremo N° 007-2008-TR, el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, publicado el 30 de septiembre de 2008.

Decreto Supremo N° 068-2013-EF, Reglamento de la Ley N° 29903, publicado el 03 de abril de 2013.

Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, publicado el 28 de diciembre de 2013.

Decreto Supremo N° 068-2013-EF, Reglamento de la Ley N° 29903, publicada el 03 de abril de 2013.

Decreto Supremo N° 166-2013-EF, Norma reglamentaria para la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema Nacional de Pensiones, publicada el 07 de julio de 2013.

Decreto Supremo N° 374-2014-EF, Valor de la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2015, promulgado el 29 de diciembre de 2014, y publicado el 30 de diciembre de 2014.

Decreto Supremo N° 397-2015-EF, Valor de la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2016, promulgado el 23 de diciembre de 2015, y publicado el 24 de diciembre de 2015.

Decreto Supremo N° 005-2016-EF, Decreto Supremo que incrementa la Remuneración Mínima Vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, promulgado el 30 de marzo de 2016, y publicado el 31 de marzo de 2016.

Resolución SBS N° 2150-2013, publicada el 29 de marzo de 2013.

Proyecto de Ley N° 01213/2011-PE, presentado ante el Congreso del Perú el día 02 de junio de 2012.

Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 166-2013-EF.²⁸³

²⁸³ No publicada en El Peruano. Remitida al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el día 12 de agosto de 2013. Disponible en el sistema intranet del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). www.spij.minjus.gob.pe

Disposiciones normativas extranjeras

ALEMANIA. *Krankenversicherungsgesetz* (Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedades), de fecha 15 de junio de 1883.

ALEMANIA. *Unfallversicherungsgesetz* (Ley del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo de los Obreros y Empleados de Empresas Industriales), de fecha 06 de julio de 1884

ALEMANIA. *Gesetz betreffend die Invaliditäts – und alterversicherung* (Ley del Seguro Obligatorio de Invalidez y Vejez), de fecha 22 de junio de 1889.

ALEMANIA. *Reichsversicherungsordnung*, de fecha 31 de mayo de 1911.

ARGENTINA. Ley N° 20.628, Ley de Impuesto a las Ganancias, de fecha 29 de diciembre de 1973, y publicada el 31 de diciembre de 1973.

ARGENTINA. Ley N° 23.260, Ley de Obras Sociales, de fecha 29 de diciembre de 1988, y publicada el 20 de enero de 1989.

ARGENTINA. Ley N° 24.241, Ley del Sistema Integrado de Pensiones y Jubilaciones, de fecha 23 de septiembre de 1993, y publicada el 18 de octubre de 1993.

ARGENTINA. Ley N° 24.977, Ley de Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, de fecha 03 de junio de 1998 y publicada el 06 de julio de 1998.

ARGENTINA. Ley N° 26.425, Ley del Sistema Integrado Previsional Argentino, de fecha 20 de noviembre de 2008, y publicada el 09 de diciembre de 2008.

ARGENTINA. Decreto N° 649/97, Texto Ordenado de la Ley de Impuesto a las Ganancias, de fecha 11 de julio de 1997, y publicada el 06 de agosto de 1997.

BRASIL. Ley N° 7.713/1988 (Ley del Impuesto a la Renta), de fecha 22 de diciembre de 1988.

BRASIL. Ley N° 8.212/1991 (Ley Orgánica de la Seguridad Social), de fecha 24 de julio de 1991.

BRASIL. Ley complementaria N° 123/2006, de fecha 14 de diciembre de 2006.

BRASIL. Ley complementaria N° 128/2008, de fecha 19 de diciembre de 2008.

BRASIL. Ley N° 12.470/2011, de fecha 31 de agosto de 2011.

BRASIL. Decreto N° 8.381/2014, de fecha 29 de diciembre de 2014.

CHILE. Decreto Ley N° 824, Ley sobre Impuesto a la Renta, de fecha 27 de diciembre de 1974, y publicado el 31 de diciembre de 1974.

CHILE. Decreto Ley N° 830, Código Tributario, de fecha 27 de diciembre de 1974, y publicado el 31 de diciembre de 1974.

CHILE. Decreto Ley N° 3.500, Ley del Sistema de Pensiones, de fecha 04 de noviembre de 1980, y publicado el 13 de noviembre de 1980.

CHILE. Ley N° 20.255, Ley de Reforma Previsional, de fecha 11 de marzo de 2008, y publicada el 17 de marzo de 2008.

CHILE. Ley N° 20.763, Ley de Reajuste del Ingreso Mínimo Mensual 2014-2016, de fecha 14 de julio de 2014, y publicada el 18 de julio de 2014.

CHILE. Ley N° 20.894, Ley que prorroga la obligatoriedad de cotizar de los trabajadores independientes, de fecha 18 de enero de 2016, y publicada el 26 de enero de 2016.

COSTA RICA. Ley N° 17, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, de fecha 1 de noviembre de 1941.

COSTA RICA. Ley N° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de fecha 21 de abril de 1998, publicada el 19 de mayo de 1998.

COSTA RICA. Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador, de fecha 16 de febrero de 2000, y publicada el 18 de febrero de 2000.

COSTA RICA. Reforma del Acuerdo tomado en sesión N° 8679, de fecha 18 de noviembre de 2013. Acuerdo titulado “Reforma Reglamento del Seguro de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social y aprueba ajuste de seguro de invalidez, vejez y muerte (IVM)”, de fecha 28 de noviembre de 2013.

COSTA RICA. Decreto Ejecutivo N° 38691-H, Actualización de tramos de renta para personas jurídicas y físicas con actividades lucrativas – Período fiscal 2015, de fecha 12 de setiembre de 2014, y publicado el 19 de noviembre de 2014.

COSTA RICA. Decreto N° 38728-MTSS, de fecha 10 de noviembre de 2014, y publicado el 5 de diciembre de 2014.

ESPAÑA. Ley de creación del Instituto Nacional de Previsión, de fecha 27 de febrero de 1908.

ESPAÑA. Real Decreto de fecha 10 de marzo de 1919 – Seguro de Retiro Obrero.

ESPAÑA. Real Decreto de fecha 11 de marzo de 1921 – Reglamento General para el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero.

ESPAÑA. Ley de 1 de septiembre de 1939.



AGRADECIMIENTOS

Esta tesis ha representado un trabajo continuo y que no hubiera podido lograrse sin el apoyo de mis padres. No sólo por el hecho de brindarme el sustento económico necesario para darme el lujo de sumergirme de lleno a una investigación; sino también, y más que nada, por haberme apoyado en todas mis decisiones.

En el plano académico, considero adecuado agradecer primero al profesor Antonio Peña Jumpa, quien fue mi asesor en el curso de Metodología de la Investigación. Fueron sus consejos y lecciones los que me enseñaron qué significa investigar. De igual forma, agradezco también al profesor Guillermo Boza Pro, quien confió en este trabajo y respaldó el mismo, aun cuando se encontraba en pañales, ante el Vicerrectorado de Investigación en el marco del Programa de Apoyo al Desarrollo de Tesis de Licenciatura (PADET).

Agradezco sobremanera al profesor César Abanto Revilla, asesor de esta tesis, por haber aceptado apoyarme en esta ardua tarea. Es, en verdad, inmensa la importancia de un asesor. El profesor Abanto ha sido un atinado consejero, estricto calificador y un excelente docente. Mi estima hacia él es infinita.

Quiero dar gracias también a los profesores César Gonzáles Hunt y Álvaro Vidal Bermúdez. Ambos me concedieron un poco de su tiempo para responder mis dudas y calificar mis perspectivas de este trabajo, enriqueciendo así sobremanera el marco sobre el que debía proyectarme. En sus sendas calidades de principales expertos en la materia, los doctores Gonzáles y Vidal contribuyeron muchísimo en el desarrollo de esta tesis.

Un agradecimiento especial merece María Claudia Castro, una persona maravillosa que me enseñó a no ceder y siempre perseverar; y que me dio luz —aunque quizá ella no se haya dado cuenta— en las innumerables veces que percibí nudos en esta tarea, y en mi vida.