

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“LA NATURALEZA DEL FIN PREVISIONAL DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES FRENTE A LA LIBRE DISPONIBILIDAD DEL 25% Y 95.5% DE LOS FONDOS DE PENSIONES IMPLEMENTADO MEDIANTE LEY N° 30425 Y 30478”

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor(a): Díaz Mego, Katia Jackeline.

Asesor:

FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUAREZ

Trujillo-Perú

2020

RESUMEN

La presente tesis titula “La naturaleza del fin previsional del Sistema Privado de Pensiones frente a la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones implementado mediante ley N° 30425 y 30478”, plantea la problemática que la regulación de la libre disponibilidad de los fondos del Sistema Privado Pensiones desnaturaliza el método previsional, por cuanto, infringe los fondos intangibles de las cuentas individuales, en razón que brinda la posibilidad de utilizar los fondos pensionarios antes o producida la contingencia de la jubilación; cuando su creación tiene por objetivo mantener dichos fondos incólumes como fundamento económico para garantizar la defensa ante los peligros propios de la edad, incapacidad y fallecimiento.

En ese sentido la formulación de mi problema es el siguiente: ¿De qué manera la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado de Pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes?, frente a ello se planteó la siguiente hipótesis : La libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado de Pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes, en sentido que da derecho a utilizar los fondos pensionarios antes o producida la contingencia de la jubilación, por cuando vacía de contenido a un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad .

Además, se planteó como objetivo general: Determinar que la libertad de disposición del 25% y 95.5% de los fondos pensionarios establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes.

Como objetivos específicos: Determinar los fundamentos doctrinarios y jurídicos del Derecho a la Seguridad Social en el Sistema de Pensiones peruano, explicar

en el Sistema Privado de Pensiones peruano, que finalidad tiene los fondos de la cuenta individual de capitalización de los aportantes y en la legislación comparada y analizar la modificación de la ley Leyes N.º 30425 y N.º 30478 respecto a la libre disponibilidad de los fondos en el SPP.

Este estudio se ha desarrollado en un Marco conceptual, el cual fue dividido en cuatro capítulos: La Seguridad Social, Sistema Privado de Pensiones, prestaciones del sistema privado de pensiones: análisis de sus modalidades y características principales, y Reformas Incluidas en la Legislación del SPP por las leyes N° 30425 y N° 30478.

Finalmente, esta investigación concluyó que la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes, en sentido que da el derecho a utilizar los fondos pensionarios antes o producida la contingencia de la jubilación, desnaturalizando la finalidad de preservar la seguridad y protección del jubilado para el futuro.

ABSTRACT

This thesis entitles "The nature of the planned end of the Private Pension System versus the free availability of 25% and 95.5% of pension funds implemented by Law No. 30425 and 30478", raises the issue that the regulation of the free availability of private pensions funds distorts the planned method, since it infringes the intangible funds of individual accounts , on the grounds that it provides the possibility of using pension funds before or after the retirement contingency; when its creation aims to maintain such incolum funds as an economic basis to ensure defence against the dangers of age, incapacity and death.

In this sense, the formulation of my problem is as follows: How does the free availability of 25% and 95.5% of the pension funds set out in Laws No. 30425 and No. 30478 in the Private Pension System affect the right to Social Security on the issue of pension law for contributors?, the following scenario was raised in the following scenario? : The free availability of 25% and 95.5% of the pension funds set out in Laws No. 30425 and No. 30478 in the Private Pension System affects the right to Social Security on the level of pension law for contributors, in the sense that it entitles to use pension funds before or produced the contingency of retirement , for example, it empties content to an institutionalized system of individualized benefits, based on risk prevention and redistribution of resources, with the sole purpose of helping in the quality and project of community life.

In addition, it was set out as a general objective: to determine that the freedom of disposition of 25% and 95.5% of the pension funds established in Laws No. 30425 and No. 30478 in the Private System affects the right to Social Security on the issue of the pension law of contributors.

As specific objectives: To determine the doctrinal and legal foundations of the Right to Social Security in the Peruvian Pension System, to explain in the Peruvian Private Pension System, which aims to have the funds of the individual capitalization account of the contributors and in the comparative legislation and analyze the amendment of the Law Laws No. 30425 and No. 30478 regarding the free availability of funds in the SPP.

This study has been developed in a Conceptual Framework, which was divided into four chapters: Social Security, Private Pension System, benefits of the private pension system: analysis of its main modalities and characteristics, and Reforms included in the SPP Legislation by laws No. 30425 and No. 30478.

Finally, this investigation concluded that the free availability of 25% and 95.5% of pension funds affects the right to Social Security on the subject of the pension law of contributors, in the sense that it gives the right to use pension funds before or after the contingency of retirement, distorting the purpose of preserving the security and protection of the pensioner for the future.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	8
1.1 PROBLEMA:	8
1.1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
1.1.2 ENUNCIADO	10
1.2 HIPÓTESIS	10
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 GENERAL	10
1.3.2 ESPECÍFICOS	11
1.4 JUSTIFICACIÓN	11
1.4.1 JUSTIFICACIÓN TEORICA	11
1.4.2 JUSTIFICACIÓN JURIDICA	12
II. MARCO TEÓRICO	14
CAPITULO I: SEGURIDAD SOCIAL	14
1. EVOLUCIÓN	14
2. SEGURIDAD SOCIAL	18
3. RIESGO SOCIAL	22
4. EVOLUCIÓN DEL RIESGO SOCIAL EN EL PERÚ	24
5. APARICIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL	30
6. AUTONOMÍA DEL DERECHO PENSIONARIO	36
CAPITULO II: SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES	41
1. INTRODUCCIÓN	41
2. ANTECEDENTES	41
3. FINES DEL SISTEMA DE AFP	42
4. AFILIACIÓN A LAS AFP	44
5. FINANCIAMIENTO DEL SISTEMA DE AFP	47

6. ORIGEN DEL SPP: IMITANDO UN MODELO DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE PENSIONES	53
CAPITULO III: PRESTACIONES DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: ANÁLISIS DE SUS MODALIDADES Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES	56
1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: CARACTERÍSTICAS Y MODALIDADES	56
2. PENSIÓN DE INVALIDEZ.....	65
3. PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA: SUPUESTOS Y REFORMAS:	66
4. PENSIÓN MÍNIMA Y MODALIDADES DE PAGO.....	69
CAPITULO IV: REFORMAS A LA LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES POR LAS LEYES N° 30425 Y 30478	72
1. ANTECEDENTES:	72
2. REVISIÓN DE LEYES:	73
3. LIBERTAD DE FONDOS EN PAÍSES DE LA REGIÓN:.....	77
4. ESTUDIO DE LA DISPONIBILIDAD DEL FONDO DE PENSIONES:	78
5. INTANGIBILIDAD DE LOS FONDOS DE PENSIONES:.....	79
6. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD:.....	81
7. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA:.....	82
8. AFECTACIÓN AL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL:	83
9. DERECHO A LA VIVIENDA Y DERECHO A LA PENSIÓN	84
10. LOS FONDOS DE LAS CIC Y EL DERECHO DE PROPIEDAD	85
11. TEST DE PONDERACIÓN.....	86
III. CONCLUSIONES	89
IV. RECOMENDACIONES	91
V. BIBLIOGRAFIA.....	92

I. INTRODUCCIÓN

1.1 PROBLEMA:

1.1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Derecho a la Seguridad Social, según opinión dictada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad; a su vez la Constitución lo reconoce como un Derecho universal y progresivo (Art. 10°), le brinda al Estado la obligación de garantizar y supervisar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas (Art. 11°), y dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles (Art. 12°).

Siendo esto así, el Estado garantiza el derecho a la seguridad social, que consiste en proteger a la persona frente al desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que le imposibiliten obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, y para elevación de su calidad de vida.

La Seguridad Social en el Perú se desarrolla en dos vertientes, salud y pensiones; esta última se divide en dos regímenes pensionarios, Sistema Nacional de Pensiones a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP); y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) constituidas por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

Estos regímenes previsionales tienen por finalidad garantizar el Derecho a la Seguridad Social, a través de un sistema de prestaciones donde el afiliado aporta hasta los 65 años de edad a un fondo común en el Sistema Pensionario Nacional, o una cuenta individual de capitalización (CIC) en el caso del

Sistema Privado de Pensiones. El aporte al fondo común o individualizado tiene carácter de intangibilidad (no se pueden tocar), en razón que los fondos serán a futuro el soporte económico del derecho pensionario que se materializa a través del pago de una jubilación.

El Sistema de Pensiones Particular ha sufrido modificaciones legales, en sentido que permiten a los afiliados la libertad de disponer de los fondos aportados a su cuenta individual de capitalización en los casos siguientes: en un 25% de los fondos de pensiones para financiar la cuota inicial de un crédito hipotecario por la compra de una primera vivienda antes de cumplir los 65 años de edad; y el 95.5% de los fondos al obtener los 65 años de edad, establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478.

Sin embargo, la regulación de la libre disponibilidad de los fondos privados son un contrasentido a la naturaleza del sistema previsional, ya que transgrede la intangibilidad de los fondos de las cuentas, en razón que da la posibilidad de utilizar los fondos pensionarios antes o producida la contingencia de la jubilación; cuando su verdadero valor reside en mantener dichos fondos incólumes como fundamento económico para garantizar a futuro el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del derecho pensionario.

Por otro lado, la trasgresión de la intangibilidad de los fondos incide sobre los principios del Derecho de la Seguridad Social, en cuanto al principio de universalidad, el cual sostiene que el acceso a la seguridad social es un derecho humano, es un derecho inherente al ser humano por el solo hecho de serlo, reconociéndolo como un derecho fundamental de rango constitucional; principio de integralidad, el cual sostiene que el servicio de la seguridad social del sistema deberían ser acordes con las necesidades de los colectivos que se pretende proteger y el principio de asignación preferente de recursos, el cual sostiene que debe preferirse la asignación de recursos económicos a los programas de seguridad social, particularmente a aquellos que tienden a la satisfacción de las necesidades fundamentales.

Es importante mencionar, que al pasar de los años el Sistema Privado Pensiones se desnaturalice ante el derecho de los afiliados a la libre disponibilidad de sus fondos de pensiones, puesto que la administración de dichos fondos sea solamente hasta cuándo se haya producido la contingencia de jubilación, vaciándola de contenido a un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

1.1.2 ENUNCIADO

¿De qué manera la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado de Pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes?

1.2 HIPÓTESIS

La libertad de disposición del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado de Pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes, en sentido que da el derecho a utilizar los fondos pensionarios antes o producida la contingencia de la jubilación, por cuando vacía de contenido a un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 GENERAL

- Determinar que la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones establecidas en las Leyes N.º 30425 y N.º 30478 en el Sistema Privado de Pensiones afecta el Derecho a la Seguridad Social en la vertiente del Derecho pensionario de los aportantes.

1.3.2 ESPECÍFICOS

- Determinar si la disponibilidad extraordinaria del 25% de la CIC para cubrir el abono de la primera cuota de la adquisición de una primera vivienda se contraponen al derecho de seguridad social
- Determinar si El derecho a la seguridad social y la intangibilidad de sus fondos se oponen con el derecho de propiedad que ejecutan los afiliados sobre la CIC al autorizárseles el derecho de libertad de disposición del 95.5% de sus fondos.
- Analizar si la Legislación del Sistema Pensionario Privado al otorgar a los miembros el derecho de libertad de disponibilidad del 95.5% de la CIC, vulnera la naturaleza intangible de los fondos de pensiones.

1.4 JUSTIFICACIÓN

1.4.1 JUSTIFICACIÓN TEORICA

El Sistema de Pensiones Particular (SPP) en nuestro fuero pensionario, tiene por finalidad contribuir al crecimiento y afianzamiento de la seguridad social en el área previsional, para conceder auxilio ante los peligros propios del ser humano en tanto de vejez, invalidez y fallecimiento.

El trabajo de investigación titulado la naturaleza del fin previsional del sistema privado de pensiones frente a la libertad de disposición del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones decretados mediante Ley N° 30425 Y 30478 tiene como objeto de estudio la desnaturalización de la finalidad previsional entendida como un medio que garantice la subsistencia de las personas adulto mayor.

Con la implementación de la Ley que determina como derecho de los afiliados al Sistema Privado la liberalidad de disponibilidad del fondo de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), se generaría la pérdida de toda garantía estatal y se desnaturaliza la finalidad de preservar la seguridad y protección del jubilado para el futuro.

En conclusión, por el presente estudio abordaremos la naturaleza de la seguridad social, los principios que la regulan, los sistemas previsionales estatales y privado; y su vulneración de la ley de libre disponibilidad a la seguridad jurídica.

1.4.2 JUSTIFICACIÓN JURIDICA

La presente investigación encuentra su justificación jurídica, en nuestra Carta Magna que fija en su artículo 11° la Libertad del Estado en garantizar el acceso a las pensiones, verificando un funcionamiento idóneo; lo que quiere decir, que constitucionalmente se encuentra protección para que los sistemas de pensiones logren su finalidad la cual está dada por el pago de pensiones (cumplido los requisitos), situación que se vulnera y desnaturaliza por la Ley que faculta el retiro de los fondos de las CIC, pues convierte al SPP en una especie de “cuenta de ahorros con rentabilidad” bajo el cumplimiento de ciertos requisitos como la edad, y en el que se elimina el objetivo de su fundación el pago de pensiones. Ya no trataríamos del “sistema privado de pensiones”, sino de un sistema particular de ahorros que sería regulado por las empresas de intermediación financiera.

Asimismo, esta vulneración a la esencia del Sistema de Pensiones, dirige a una transgresión de la Igualdad como principio, originando que ante una situación jurídica singular - afiliados público o privado – exista un tratamiento diferenciado, en tanto que, los incorporados al Sistema Público de Pensiones no tienen el derecho de acceder a la devolución ni retiro de sus fondos, a pesar de tener la misma situación (cumplido los 65 años).

La ley N.º 30425 y N.º 30478 de libre disponibilidad contemplada, resulta ilegítima desde la posición de nuestra Carta Magna, lo que quiere decir, que no es una decisión idónea que coopere a la obtención de la finalidad previsional (garantizar un sistema pensionario eficiente y continuo – artículo 11°); por lo que técnicamente no hablaríamos de una modificación de la legislación privada sino a una eliminación del mismo.

La ley también faculta la liberalidad sobre el retiro de los fondos de la CIC, lo que se opone a la Constitución (artículo 10°), donde se fija que la seguridad social esta enlazado al cuidado de los riesgos que la ley precisa. Existe una relación dada por los fondos y los peligros que el sistema pensionario protege, situación vulnerada con la libertad de retiro, pues se suprime los peligros a proteger, finalidad y contenido esencial del derecho a la seguridad social.

La ley atenta contra el artículo 12° de la Constitución, que prescribe la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, es decir, que a las cuentas no se les debe dar un uso distinto que para pensiones y protección de salud, determinado así por el máximo Tribunal del País en la STC N° 00014-2007-PI/TC, donde señaló que, *“La intangibilidad a la que alude el artículo 12° de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11° de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1° de la Norma Fundamental. (...)”*.

Por lo que concluimos que, todo cambio introducido al SPP debe mejorar su sistema de protección convirtiéndolo más resistentes y eficaces, no suprimiendo el fin de su creación, vulnerando así derechos constitucionales; los fondos y reservas de la CIC tienen carácter intangible destinados al pago de una jubilación, y no para el destino individual según los intereses particulares de cada afiliado.

II. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I: SEGURIDAD SOCIAL

1. EVOLUCIÓN

Para analizar el siguiente concepto, será necesario revisar sus antecedentes históricos, ligados a la evolución misma del ser humano, teniendo presente que dicha institución es el punto más avanzado en el desarrollo de las respuestas de los individuos, las sociedades y el Estado, a las situaciones de necesidad que se presentan en el desarrollo de nuestra vida (accidentes, enfermedades, desempleo, vejez, muerte, etc.) que nos impiden proveernos de los recursos suficientes que nos permitan cubrir nuestras necesidades básicas. (Abanto Revilla , 2013)

1.1 El ahorro privado: Esfuerzo individual

En la Edad Antigua, el apoyo colectivo, el acceso directo a los frutos de la naturaleza y una menor exposición del individuo a situaciones riesgosas en la realización del trabajo, eran factores que hacían innecesaria la existencia de una previsión social formal.

La solución a las situaciones de necesidad pasaba por el esfuerzo individual o el ahorro privado, pues cada ser humano -de acuerdo a sus necesidades y posibilidades- se procuraba los recursos para atender los inconvenientes que se presentaban a lo largo de su vida.

En la medida que se trataba de un fondo que debía servir para todo tipo de necesidades, era común que resultase insuficiente para afrontar contingencias onerosas o prolongadas, como las graves enfermedades, la vejez o el desempleo” (Fajardo Cribillero, 1992).

Es recién en la Edad Media cuando las ciudades cobran un aumento de importancia, y en este escenario, la familia tradicional (grupal) es cambiada por la familia nuclear (padres e hijos). Esto traería consigo una doble consecuencia: por un lado, el espacio urbano determina una dependencia del dinero -como medio de subsistencia-, más marcada que en las sociedades tradicionales de arraigo rural; y por el otro, la sociedad industrializada trae consigo situaciones con exposición riesgosa mayor.

1.2 El asistencialismo y la beneficencia

El asistencialismo, que empieza a evidenciarse en la Edad Media, es entendido como la caridad privada -respaldada por la labor de la iglesia- a favor de la gente con bajos recursos (indigentes). Es la moneda entregada al mendigo, la ropa usada o la alimentación que se da al necesitado. Era un sistema voluntario y espontáneo, que disminuyó la miseria en cierto grado, pero sin una concepción institucionalizada. (Abanto Revilla , 2013)

La caridad privada adquiere relevancia, como una etapa evolutiva de la seguridad social, cuando empieza a organizarse, sea mediante instituciones preexistentes -como la iglesia- o a través de grupos de personas de espíritu altruista unidas para tal efecto, que formaban fondos privados de ayuda para los necesitados. Por muchos años fue el principal mecanismo de ayuda a los indigentes.

Con la evolución de las ciudades se iban creando y marcando las clases sociales, los indigentes también aumentaban, originando problemas a los Estados incipientes, que no podían solucionarlos a través de mecanismos previsionales librados a la voluntariedad, razón por la cual fueron asumiendo dicha labor mediante normas que disponían tanto el registro de los beneficiarios -para su atención gratuita-, como la creación de impuestos y contribuciones forzosas a los ciudadanos. (Abanto Revilla , 2013)

En el momento en que el Estado asume formalmente la tarea de brindar recursos para la subsistencia de los indigentes, se construyen las bases de la beneficencia, transitando así de los aportes voluntarios a una contribución obligatoria por mandato legal.

1.3 El mutualismo

Durante la Edad Media, paralelamente al ingreso del Estado en la atención de los necesitados a través de la beneficencia, se va desarrollando una figura de protección organizada denominada mutualismo, por la cual personas vinculadas por lazos comunes de oficio, religión o nacionalidad, se unen para socorrerse de manera conjunta.

Sus antecedentes podemos encontrarlos en la Europa antigua, en las hetairias griegas, las collegias romanas y las cofradías españolas (Grzetich Long, 2005).

Bajo este mecanismo, los integrantes de la mutua asumían la contingencia padecida por alguno de sus integrantes, sobre una base solidaria y distributiva. En un inicio, juntaban sus aportes solo para apoyarse ante un hecho dañoso específico, pero en una etapa más avanzada, formaron fondos comunes a los cuales aportaban con una periodicidad fija, siendo administrados de forma rotativa por sus miembros.

Como se aprecia, esta figura introdujo una serie de elementos que posteriormente se tomarían en cuenta al construir el concepto de seguridad social: la dilución del riesgo en un ente colectivo, la idea de solidaridad que subyace en el modelo, y la existencia de un derecho subjetivo a obtener una cobertura. (Abanto Revilla , 2013)

1.4 El seguro social

A finales del siglo XIX, de la mano de las revoluciones libertarias -en Francia y los Estados Unidos de Norteamérica- y el desarrollo de la denominada revolución industrial, algunos empleadores empezaron a asumir directa y voluntariamente el pago de rentas e indemnizaciones para sus trabajadores accidentados. Con el paso de los años su decisión espontánea se tornó obligatoria -por mandato legal-, cuando asumieron responsabilidad objetiva frente a los riesgos laborales. (Abanto Revilla , 2013)

El incremento de los accidentes de trabajo, así como el surgimiento de las enfermedades laborales, aunado a la formación del pensamiento socialista en Europa, dio origen a una serie de reclamos que propugnaban una mayor protección para los trabajadores.

En dicho escenario, nació en Prusia -antigua Alemania- la idea de una estructura estatal organizada para la atención de las contingencias de los trabajadores y sus dependientes, con base en el aporte obligatorio y tripartito de los empleadores, el Estado y los trabajadores a un fondo común,

administrado esta-talmente, del cual se atenderían las contingencias laborales. A este sistema se le denominó "seguro social".

Este régimen contributivo, que solamente protegía al trabajador que aportaba, fue creado en 1883 por el canciller Otto Von Bismarck -por insistencia del Rey Guillermo I-, al ser aprobada la Ley del Seguro Obligatorio por Enfermedad, complementada luego por la Ley de Accidentes de Trabajo (1884) y la Ley del Seguro por Invalidez (1889).

Si bien el seguro social constituía un aporte importante en la lucha de tutelar los riesgos labores y las contingencias previsionales, tampoco resultaba suficiente, pues al tratarse de un régimen contributivo solamente protegía a quienes tenían la condición formal de trabajadores, excluyendo a los que no aportaban en dicha condición.

1.5 La seguridad social

La necesidad de ampliar la cobertura subjetiva prevista por el seguro social, impulsó a algunos países a ensayar fórmulas alternas, como es el caso de Dinamarca, que en 1891 introdujo las denominadas pensiones no contributivas -prestaciones a favor de quienes nunca habían cotizado-, modelo que fuera asimilado por otros países: Nueva Zelanda (1898), Australia (1901), Francia (1905), incluso en nuestra región (Uruguay, 1919). (Abanto Revilla , 2013)

Sin embargo, fue en Inglaterra, con el informe de William Beveridge (Seguro social y servicios afines, 1942), elaborado -como reconociendo de referencia el modelo de Nueva Zelanda (1938), que nace el concepto moderno de seguridad social, al concebir un sistema estatal organizado, basado en la universalidad y solidaridad, que permita el otorgamiento de cobertura a todos los ciudadanos -trabajadores y no aportantes- frente a todas las contingencias, buscando proteger al individuo "desde la cuna hasta la tumba". (Abanto Revilla , 2013)

“Las recomendaciones de este informe y de uno posterior de 1944 -Pleno empleo en una sociedad libre- se plasmaron en normas legales expresas entre los años 1945 a 1948” (Abanto Revilla , 2013).

El informe de Beveridge comienza con una crítica al sistema de los seguros sociales, al estilo alemán, y plantea un modelo global que libere al hombre de necesidades, a través de la redistribución de la renta, proponiendo la unificación y homogeneización de los seguros -antes desconectados entre sí, incluyendo todos los riesgos posibles, ampliando así la cobertura hacia todas las personas, sin excepciones.

En tal sentido, el cuidado de todos frente a las necesidades promovería el desarrollo personal y, con ello, el bienestar social. Por tanto, corresponderá al Estado y a la sociedad en conjunto unir esfuerzos para alcanzar el fin social.

2. SEGURIDAD SOCIAL

2.1 El concepto de seguridad social

La seguridad social se empieza a gestar, como hemos visto al revisar su evolución, con la finalidad de constituir un mecanismo de protección para el individuo cuando se presentan a lo largo de su vida hechos que afectarán su capacidad de trabajo, imposibilitándolo que asuma por sí mismo cubrir sus necesidades básicas y de las personas que de él dependen.

En efecto, situaciones comunes de la vida como la vejez, una incapacidad, un accidente o el fallecimiento, originan que la capacidad para laborar de una persona disminuya o se extinga -en el caso del fallecimiento-, ante lo cual tenemos en las prestaciones de la seguridad social el medio a través del cual se provee un apoyo tanto en el plano sanitario (asistencia médica) como en el económico (subsidios y pensiones). (Abanto Revilla , 2013)

2.2 Los principios fundamentales

Los principios son directrices que informan e inspiran a las futuras leyes, orientan la interpretación de las existentes y sirven para resolver los casos no previstos en estas.

Estos principios son 5 y son los siguientes:

a) Principio de universalidad

La universalidad subjetiva es una de las características que identifican a la seguridad social, diferenciándola de otros mecanismos que la precedieron.

Por este principio se admite que todos los seres humanos deben de componer el plan de seguridad social, coadyuvando a su sostenimiento financiero; por ello, comprenderá tanto a los trabajadores sean dependientes o independientes, como a sus derechohabientes, a los empleadores y a los desocupados, hayan o no aportado.

Tal precepto está contemplado en diversos documentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración de Querétaro (1974), y el Código Iberoamericano de Seguridad Social (1995). (Abanto Revilla , 2013)

En nuestra historia puede constatarse la aplicación de la gradualidad, pues si recordamos, en 1850 la Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío, solamente reconoció como beneficiarios a los funcionarios públicos, siendo recién en 1936 (Ley N° 8433) que se amplió la tutela a los trabajadores particulares (obreros), y en 1962 (Ley N° 13724), a los empleados; sin embargo, la universalidad siguió avanzando, pues en 1987 fueron incorporadas al SNP las amas de casa (Ley N° 24705), pese a que formalmente no son trabajadoras; más recientemente, en el 2009, se aprobó la Ley del Aseguramiento Universal en Salud (Ley N° 29344), y en el 2011, fue creado un régimen no contributivo denominado "Pensión 65". (Abanto Revilla , 2013)

Esto nos demuestra que hasta el año 2009 -en salud- y el año 2011 -en pensiones-, en el Perú se aplicó un modelo previsional basado en el seguro social prusiano (régimen contributivo), no en uno de seguridad social.

El principio de universalidad y su carácter progresivo están contemplados en el artículo 10 de la Constitución de 1993, precepto que se complementa - en materia pensionaría- con su Segunda Disposición Final.

b) Principio de solidaridad

La solidaridad, en seguridad social, supone la participación de toda la población en el financiamiento del sistema, directa o indirectamente, según sus posibilidades, sin que exista más expectativa que el recibir protección cuando ocurra una contingencia.

Esto significa que se destierra toda noción de contraprestación y se la sustituye por la de participación. Se aporta y recibe por pertenecer al sistema, no en función de una cláusula o garantía contractual. Es la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual.

Plá (como se citó en Abanto,2013) sostiene que es una característica esencial para la seguridad social, no se trata de un factor opcional, que puede o no estar presente, sino del elemento indispensable para que sea considerada como un mecanismo de protección social.

c) Principio de integralidad

También llamado principio de suficiencia, prescribe que todos los problemas que susciten a los seres humanos en la vida sean protegidos por la seguridad social, y sean reparados eficaz y a tiempo, remediando de manera adecuada la contingencia padecida.

Este principio -que es más bien una aspiración u objetivo- difícilmente se materializará a cabalidad en países con escasos recursos, por tanto, en la actualidad, su aplicación está limitada a la cobertura de las contingencias más recurrentes y esenciales: los accidentes, las enfermedades, la maternidad, la vejez y la muerte. (Abanto Revilla , 2013)

d) Principio de unidad

“Este principio se refiere a la estructura orgánica y a la gestión de la seguridad social, y lo que procura es una centralización normativa y operativa del sistema” (Abanto Revilla , 2013).

El objetivo es lograr una estructura reducida, que si bien puede estar conformada por varias entidades, deberá estar concentrada bajo una sola dirección rectora, que aproveche al máximo los recursos humanos y materiales, bajo criterios de simplificación y eficacia.

Para verificar la aplicación de este principio en el Perú, cabe recordar que a inicios de los noventa la calificación de los derechos pensionarios del régimen estatal (Decreto Ley N° 20530) estaba a cargo de cada entidad pública que tuviera registrados beneficiarios de este régimen, por tanto, existían 500 unidades ejecutoras con criterios distintos sobre el mismo tema. Para solucionar este problema, evitando otorgamientos y denegatorias de derechos sin el sustento debido, se dictó el Decreto Legislativo N° 817, que centralizó en una sola entidad estatal (ONP) la administración de dicho régimen.

e) Principio de internacionalidad

El objetivo de este principio es fomentar mecanismos que permitan el reconocimiento de los derechos que los trabajadores generaron durante su vida laboral, independientemente del país en el cual se encuentren.

“Para ello, será necesario recurrir a las reglas del Derecho Internacional Público, en tanto se tendrá que establecer un sistema legal que permita armonizar las reglas de los países involucrados, siendo indispensable la celebración de tratados y convenios” (Abanto Revilla , 2013).

En efecto, sea por la suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales entre estados, o por la aceptación de las recomendaciones de entidades internacionales especializadas a las que estos pertenezcan, el objetivo de este principio será obtener el reconocimiento de los mayores beneficios posibles para el trabajador.

El Perú tiene suscritos acuerdos bilaterales de seguridad social con Argentina, Chile, Ecuador y España, también forma parte del acuerdo multilateral del Pacto Andino, asimismo, está adscrito -parcialmente- a las recomendaciones del Convenio N° 102 de la OIT, sobre Normas Mínimas de Seguridad Social (1952).

En cuanto al SPP, por Decreto Supremo N° 155-2001-EF y, posteriormente, por Ley N° 27883-Reglamentada por Decreto Supremo N° 154-2003-EF-se permite transferir al exterior el fondo depositado en la CIC de una AFP local hacia una entidad o institución previsional del país donde vaya a residir de modo permanente, previo cumplimiento de determinados requisitos. (Abanto Revilla , 2013)

3. RIESGO SOCIAL

3.1 Lo social como punto de partida

La Seguridad Social ha alcanzado una gran importancia en todo el mundo como una forma de protección del ser humano contra ciertos riesgos que pueden afectar su salud, su vida, su capacidad laboral y sus ingresos económicos necesarios para una existencia digna. Aunque en todos los tiempos los riesgos han sido una amenaza para los seres humanos, sólo desde la Revolución Industrial de la segunda mitad del siglo XVIII se han vuelto más numerosos, frecuentes y peligrosos, a tal punto que la sociedad contemporánea, dominada por la maquinismo en sus múltiples expresiones, se ha convertido en un espacio saturado de riesgos. Estos, por así decirlo, acechan en el hogar, en la calle, en el trabajo, en los centros educativos, en los lugares de diversión, y, en fin, en todas partes. Hay hechos nimios que pueden dar lugar a consecuencias extraordinariamente dañosas, como la caída de una persona en la bañera, la picadura de una araña, un corte en la

cocina, el contacto con un alambre de corriente eléctrica deficientemente cubierto. La primera línea de defensa contra ellos es la prevención, cultivada con la información, la atención y los hábitos de hacer las cosas de manera inocua. A pesar de ella, los descuidos propios y los hechos ajenos pueden desencadenar los riesgos. (Rendón Vásquez, 2008)

Por la vinculación de la mayor parte de ellos a causas sociales, incluida la conducta personal que es un producto social, la doctrina en la materia, la legislación de casi todos los países y las normas de las organizaciones internacionales especializadas, han calificado a los riesgos como sociales. Aparentemente, la enfermedad, el accidente, la maternidad y la muerte son sólo contingencias biológicas, pero si se les observa detenidamente se advierte que dependen, en gran parte, de las condiciones económicas y sociales de la población. Por ejemplo: las enfermedades y los accidentes son más frecuentes cuando no se dispone de recursos para impedirlos; la fecundidad varía según el estado económico y social de las familias; la muerte puede ser diferida a edades más avanzadas si se tiene los medios para proteger la salud; e incluso la vejez, que es un riesgo inevitable de origen exclusivamente biológico, puede ser retardada por ciertas condiciones económicas y sociales.

Se podría decir que la Seguridad Social ha sido construida sobre la noción de riesgo social, puesto que se trata en el fondo de asegurar a las personas contra los efectos que pueden ocasionarles estos infortunios. Veamos, por lo tanto, qué es jurídicamente el riesgo social.

3.2 Definición:

Es de explicar como un hecho venidero e inconstante de resultados dañosos, cuya hechura escapa de la voluntad del afiliado. La incertidumbre puede referirse a la posibilidad de realización, como la vejez y la enfermedad, o a la fecha de acaecimiento, como la muerte. (Rendón Vásquez, 2008)

El riesgo es siempre un hecho infortunado, por ejemplo, la muerte, la enfermedad, la invalidez. Pero, en ciertos casos, suele ser también, un hecho bienaventurado, por ejemplo, el nacimiento de un niño y el matrimonio.

Pero entonces no se le da la denominación de riesgo, sino la de *carga*; su efecto es reducir la posibilidad de bienestar económico del individuo y de su familia, aun cuando desde el punto de vista técnico —incertidumbre total o parcial sobre su producción y forma de cobertura— pueda no haber diferencias con el riesgo.

Sin embargo, la noción de riesgo social es más amplia. No se halla limitada al efecto que produce sobre las personas que ejercen una actividad económica; se extiende a todas las personas; y no se circunscribe a sus efectos sobre la capacidad económica de los individuos, sino que abarca la seguridad integral de éstos como personas.

“El riesgo social podría ser definido, por ello, como todo acontecimiento de realización incierta que afecta la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuye sus recursos económicos o determina su desaparición” (Rendón Vásquez, 2008).

4. EVOLUCIÓN DEL RIESGO SOCIAL EN EL PERÚ

4.1 Las primeras medidas de protección contra riesgos sociales

El Perú arriba tardíamente al desarrollo capitalista en relación a los países europeos y a los Estados Unidos. Recién hacia fines del siglo XIX empezaron a surgir empresas industriales y, con ellas, la clase obrera. Desde entonces, esta clase ha sentido la necesidad de protección contra los riesgos que la afectan. Pero el período de evolución hacia los seguros sociales se alargó aquí demasiado, pese a que las ideas base habían aparecido en Europa en las últimas décadas del siglo XIX, y no se trataba sino de adaptarlas a nuestro medio. (Rendón Vásquez, 2008)

La capacidad de auxilio de los empleadores es determinada por la Ley 4916, por el año 1924, dictaminada, por insistencia de Empleados de Comercio y como gracia del mandatario Augusto B. Leguía para captar afinidad de estos profesionales, en su lucha contra el civilismo al que se enfrentaba. La Ley prescribía que el empleador debía contratar seguro de vida a sus empleados que se encuentran bajo su subordinación más de cuatro años o cancelar dos sueldos por gastos de defunción si la muerte del empleado se daba antes de

cumplir estos años; por último, prescribía el pago de una pensión vitalicia si se incapacitaban para el trabajo en servicio del empleador.

Como aportes académicos de la década veinte, encontramos breves artículos de seguro social publicados en revistas dirigidas por José Carlos Mariátegui como Amauta. Los artículos analizaban la crisis de la atención médica del País enfocándola desde su cruda realidad, proponiendo las instauraciones de servicios de salud de nivel nacional, a cargo de un Ministerio de Sanidad. Asimismo, se enfocaba los seguros sociales desde una perspectiva comparada entre países Capitalistas y Soviéticos, y articulada por el financiamiento del tributo.

En la Constitución de 1933 existe solo una mención a la protección contra riesgos sociales: el artículo 46° prescribía una indemnización en caso de accidente, y el artículo 48° prescribía una situación de las circunstancias económicas de desempleo, incapacidad y muerte estableciendo un camino de solidaridad social. Es importante mencionar el artículo 50°, que prescribía que la salud pública y privada sería otorgada y vigilada por el Estado, proporcionando legislación y medidas sanitarias, así como las que ayuden al fortalecimiento y crecimiento físico y moral de la población. Estas disposiciones evidenciaban la separación entre la asistencia pública a cargo del Estado y la asistencia privada. (Rendón Vásquez, 2008)

4.2 Evolución desde 1975 hasta 1990

Desde comienzos de 1975 la situación del Seguro Social del Perú permaneció estacionaria, como un reflejo de los cambios políticos en el país. Ciertas medidas básicas, como el establecimiento de un registro único de asegurados y un sistema de pago único de aportaciones y cuentas de los empleadores y asegurados no fueron casi ejecutadas, como se había previsto. (Rendón Vásquez, 2008)

El Plan Nacional de Desarrollo para 1977-1978, omitiendo considerar la complejidad del problema, se limitó a señalar que las acciones a realizarse serían "Racionalizar y mejorar la prestación de servicios del Seguro Social

del Perú y ampliar su cobertura especialmente geográfica", sin que se llevaran a cabo luego las acciones correspondientes. (Rendón Vásquez, 2008)

La Constitución de 1979 le dedicó varios artículos a la Seguridad Social; declaró el acceso progresivo a ella de la población y señaló que su gestión estaría a cargo de una institución única, si bien abrió la vía para los seguros privados, por un acuerdo de los partidos que hacían la mayoría en la Asamblea Constituyente: Aprista y Popular Cristiano.

El 16/7/1980, se dio el D. Ley 23161 por el cual se convirtió al Seguro Social del Perú en el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) y se le dio una nueva estructura orgánica, medida que fue, en verdad, sólo un cambio de nombre de esta entidad.

Un acuerdo del Directorio del IPSS, del 1/12/1984, dispuso el suministro de prestaciones asistenciales a los hijos del asegurado hasta los 14 años, para lo cual se aumentó el porcentaje de las cotizaciones.

A partir de agosto de 1986, el Directorio del IPSS, por otro acuerdo, extendió las prestaciones de salud para los hijos de los asegurados hasta los 18 años, aunque sin aumentar las cotizaciones, con lo cual se reducía la calidad del servicio de los otros beneficiarios.

El 28/12/1987, se dio la Ley 24786, aprobatoria de una nueva estructura organizativa del IPSS y de otras medidas. El desorden, el aumento de los gastos administrativos por un sobredimensionamiento del personal no asistencial para dar cabida a los afiliados al Partido Aprista en el gobierno, la insuficiente atención a los beneficiarios, la falta de pago de las cotizaciones por el Estado y otras entidades y la galopante inflación, arrastraron al IPSS a una alarmante crisis.

4.3 La marcha hacia la privatización de los servicios de la Seguridad Social

El 28 de julio de 1990 asumió la Presidencia de la República el ingeniero Alberto Fujimori, un exprofesor de la Universidad Nacional Agraria aparecido en el firmamento electoral como un candidato independiente, quien ganó las elecciones en segunda vuelta apoyado por el Partido Aprista y los partidos de Izquierda Unida frente al candidato de la derecha liberal: el escritor Mario Vargas Llosa. En la primera etapa del gobierno de Fujimori, la seguridad social fue un punto importante en su política, llevando a cabo una política liberal y tomando como aliados al Fondo Monetario Internacional.

Como parte de su mandato incentivo la Privatización de un Sistema de Salud y otro de Pensiones, por insistencia de algunos diputados que copiando al país de Chile emprendieron el negocio Privado de Pensiones por el año 1981. La justificación perfecta encontrada en el momento era la deficiente administración del Sistema Público que por aquel entonces se encontraba a cargo del IPSS y que argumentaban crisis económica para el cumplimiento de sus obligaciones.

A raíz de la intención de la Privatización del Sistema de Pensiones, se expidieron los D. Legislativos 718 del 8/11/1991, y 724, del 10/11/1991, que buscaban crear administradoras privadas para salud y pensión, a los cuales los miembros del IPSS podían acceder luego de su desafiliación. Pero la intención no pudo concretarse debido a la represión de los trabajadores que limitó al Gobierno la creación de las administradoras de fondos. (Rendón Vásquez, 2008)

Con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Presidente Alberto Fujimori, disolvió el congreso, retirando de sus cargos a varios Jueces del Poder Judicial y a otros funcionarios, teniendo camino libre para su reforma económica y logrando con ello la privatización de la Salud y Pensión.

El 16 de julio de 1992, el Gobierno publicó un proyecto de decreto ley para modificar algunos aspectos del D. Leg. 724, relativo al sistema privado de

pensiones, siendo el más importante la afiliación obligatoria a éste de los nuevos trabajadores, copiando el sistema chileno, lo que dio lugar a una resistencia general y radical de la mayor parte de la población. (Rendón Vásquez, 2008)

Para derrotar esta resistencia, las empresas interesadas y el propio Poder Ejecutivo iniciaron a una intensa y costosa campaña propagandística de contra el Sistema Nacional de Pensiones al que trataron de infamar asegurando que estaba quebrado, sin aludir, no obstante, al pillaje de sus recursos por el Estado.

Finalmente, el Gobierno expidió el D. Ley 25897, el 27/11/1992, aceptando que la afiliación al Sistema Privado de Pensiones sería voluntaria, aunque, en la praxis resultó obligatoria, pues los empleadores en concierto se resistían a contratar a los trabajadores que no optaban por el Sistema Privado de Pensiones. Luego se daría otras medidas para asegurar esta afiliación obligatoria. Una vez en este Sistema, los trabajadores ya no podrían salir de él. Este aspecto del D. Ley 25897 era inconstitucional, porque, según el art. 14° de la Constitución de 1979, entonces en vigencia, era posible la existencia de entidades privadas, aparte del IPSS, "en el campo de los seguros [...] siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados". Las Administradoras Privadas de Pensiones (AFP), previstas por el D. Ley 25897 no son propiamente "seguros", el servicio que ofrecían no eran "mejores" ni "adicionales", y la estadía en ellas del afiliado dejaba de ser voluntaria. Pero, para la dictadura y los grupos económicos que la sustentaban, entre quienes se hallaban los usufructuarios de las fáciles, rápidas, seguras y altísimas ganancias que la afiliación obligatoria de los trabajadores a las AFP debía suministrar, no importaba la inconstitucionalidad de esa medida ni la inconstitucionalidad genérica del origen de ese Gobierno. (Rendón Vásquez, 2008)

Correlativamente con la dación de la norma indicada, se dio el D. Ley 25967, del 12/12/1992, obligando el requisito de contar con 20 años de servicios para ostentar una pensión por el Sistema Nacional de Pensiones, y

modificando la base de cálculo de las pensiones. Por una disposición transitoria, los 20 años fueron requeridos a los asegurados que ya habían cumplido el menor tiempo de servicios previsto por el D. Ley 19990 para obtener una pensión. También por este D. Ley se desgajó del IPSS la gestión del Sistema Nacional de Pensiones para entregársela a la Oficina de Normalización Provisional (ONP), una nueva institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas creada por este D. Ley como otro paso hacia la codiciada liquidación del Sistema Nacional de Pensiones.

En la Constitución de 1993, la mayoría vinculada al Partido en el Gobierno hizo disipar toda referencia a la obligatoriedad del aseguramiento en alguna institución nacional de Seguridad Social y, antes bien, se declaró que "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas." (art. II). Para sus autores esta norma debía propiciar la afiliación al Sistema Privado de Pensiones; pero ese "libre acceso" se volvió contra éste, puesto que implica no sólo la libertad de afiliación, sino también la de desafiliación y la posibilidad del asegurado de su retorno al Sistema Privado de Pensiones. Pero tampoco este artículo fue aplicado.

La última disposición de importancia en materia previsional ha sido la Ley 28991, del 26/3/2007, por la que se permite la incorporación al Sistema Nacional de Pensiones de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones que hubiesen ingresado a éste hasta el 31/12/1995 y tengan derecho a una pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones. Fue ésta una pobre concesión a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones que reclamaban la vigencia de su derecho a la libertad de afiliación y desafiliación, de conformidad con la Constitución. (Rendón Vásquez, 2008)

5. APARICIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

5.1 Denominación

Perpiña (como se citó en Rendón, 2008) sostiene que se vislumbra la idea de Seguridad Social como una aspiración a la protección generalizada de los seres humanos en la Declaración del I Congreso Nacional de Trabajadores Italianos, del 14 de agosto de 1892, en la cual se decía: "Todos los hombres que contribuyen a crear y mantener el bien social, tienen el derecho a disfrutar de tales beneficios y sobre todo de la seguridad social de la existencia."

Dupeyroux (como se citó en Rendón, 2008) refiere que la expresión Seguridad Social aparece finalmente con el significado que ahora tiene, es decir como un sistema dentro de un plan nacional, en el Decreto del Consejo de Comisarios del Pueblo de la República Socialista Soviética Rusa, del 31 de octubre de 1918.

“En los países capitalistas, es recién en la *Social Security Act* (Ley de Seguridad Social) de 1935, de los Estados Unidos, que esta denominación comienza a ser utilizada, para generalizarse desde entonces” (Rendón Vásquez, 2008).

5.2 La Ley de Seguridad Social en los Estados Unidos

En los países capitalistas se llega a un sistema de Seguridad Social por los efectos de la crisis, como fue el caso de los Estados Unidos y Nueva Zelanda, y a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, como sucedió en Inglaterra, Francia, Italia y otros países. En todos ellos la presión social fue el factor subyacente más importante.

La Ley de Seguridad Social fue concebida como un esfuerzo para eliminar la miseria, o para la "liberación de la necesidad", como diría Roosevelt. Sirvió, por lo tanto, como el marco legal para desarrollar un plan a favor de las categorías sociales necesitadas al comprender: 1) medidas contra la desocupación mediante un sistema de subsidios a los Estados federales para ser transferidos a los desempleados; 2) una política de asistencia en beneficio de las personas de menores recursos económicos, sobre todo

viudas, ancianos y personas indigentes; y 3) un seguro de vejez y muerte para todos los asalariados del país. (Rendón Vásquez, 2008)

Es importante anotar que la ley mencionada es la primera en los países capitalistas que considera la Seguridad Social como un vasto plan y como un paso más hacia el *Estado de bienestar*. Algunos autores han dicho, por ello, que es el acta de fundación de la Seguridad Social. Jean Jacques Dupeyroux ha opinado que es sólo el acta de defunción de la política liberal a ultranza que terminó el año 1929.

Durand (como se citó en Rendón, 2008) sostiene que en su mensaje al Congreso de su país, el 6 de enero de 1941, a raíz de la guerra mundial, Roosevelt dijo que eran cuatro las libertades sobre las que a su juicio debía reposar la reconstrucción del mundo; la tercera era la "liberación de la necesidad", criterio que fue recogido en el quinto punto de la Carta del Atlántico, del 12 de agosto de 1941, en la cual Roosevelt y Churchill declararon su deseo de "que se realice en el dominio económico, la más entera colaboración entre todas las naciones, a fin de asegurar a todos las mejores condiciones de trabajo, el progreso de su economía y la Seguridad Social".

5.3 El Plan Francés de Seguridad Social

En Francia se advierte más claramente la presencia de la clase obrera en la construcción de un sistema nacional de Seguridad Social que supera la concepción de los seguros sociales. Esa intervención fue la consecuencia inmediata de la lucha de muchos de los militantes de sus organizaciones contra el nazi-fascismo y contra la ocupación de Francia por Alemania en la Segunda Guerra Mundial, acción que impulsó también la elaboración de un programa integral de reformas económicas, sociales y políticas que los diferentes grupos participantes en la resistencia se comprometieron a poner en práctica cuando la liberación fuese alcanzada. (Rendón Vásquez, 2008)

Inspirado en el Informe Beveridge, este Plan proponía: 1) extender la protección contra los riesgos sociales a toda la población; y 2) confiar la gestión de la Seguridad Social a una organización única. Además, postulaba

la realización de una política de pleno empleo, la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas y otras medidas de importancia.

Sin embargo, en el momento de la formulación y ejecución de las disposiciones legales, se suscitó un debate entre las diferentes fuerzas políticas constituyentes del gobierno, de 1945 a 1947, a lo que se sumó la disconformidad de algunos grupos ocupacionales y la hostilidad patronal.

El debate oponía, de una parte, a la tendencia propugnada por los Partidos Comunista y Socialista y la Confederación General de Trabajadores (CGT) favorable a la unificación y centralización de la Seguridad Social en una sola institución pública y a la extensión de sus prestaciones a toda la población; y, de la otra, a la tendencia que deseaba conservar la autonomía de las cajas de seguros sociales, aunque concediendo que su gestión estuviese directamente a cargo de los asegurados, estimando que ellos se hallaban más capacitados para defender y administrar sus propios intereses; la propugnaban el Movimiento Republicano Popular (de De Gaulle) y la Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos (con un número mucho menor de afiliados que la CGT).

Este conflicto que recubría un viejo debate, siempre renaciente, entre la ideología socializante y el apego sentimental, y a veces oportunista, a los principios individualistas, concluyó en un compromiso político que marca aún a nuestra institución de la Seguridad Social: la unificación de las cotizaciones y las prestaciones en el plano nacional en el régimen general de los asalariados, y la gestión autónoma de las cajas regionales y primarias. Este compromiso no se reveló totalmente viable al ser experimentado, pues el Estado, aprovechando el desequilibrio financiero inevitable de las diversas cajas autónomas, intervino rápidamente para instaurar el reparto financiero en el plano nacional e imponer progresivamente su tutela sobre toda la institución de la Seguridad Social. (Saintjours, 1980)

Así se estableció la gestión de las cajas por una amplia mayoría de los propios asegurados: los trabajadores elegían a los tres cuartos de los consejos de administración y los empresarios a un cuarto.

Los trabajadores independientes, y particularmente los pequeños y medianos agricultores, se mostraron reacios a ser integrados en el régimen general de los trabajadores asalariados y a pagar las cotizaciones para el seguro de pensiones, por considerarlas elevadas. La Ley de setiembre de 1946 sobre este seguro establecía que el Estado pagaría las pensiones a los agricultores ancianos de escasos recursos económicos hasta el 30 de marzo de 1947, debiendo hacerlo en adelante el seguro. Pero, los agricultores se negaron a pagar las cotizaciones devengadas a partir del 1° de enero de 1946 y su seguro de pensiones, de hecho, no funcionó. Fue necesario que el gobierno entablara largas y difíciles negociaciones con ellos para organizar finalmente un régimen especial de la agricultura con una caja propia, por la Ley del 17 de enero de 1948.

Otros grupos ocupacionales lograron también mantener la independencia de sus regímenes particulares y con ellos pudieron seguir gozando de los beneficios sociales mayores que ya tenían en algunos casos. Así, al lado de un régimen general de los trabajadores asalariados con cajas de enfermedad-maternidad a nivel primario, regional y nacional, una caja nacional de pensiones de vejez y cajas de asignaciones familiares a nivel regional y nacional, subsistieron los regímenes particulares, si bien poco a poco las prestaciones y cotizaciones de uno y otros se fueron uniformando.

Tampoco los cuadros, o trabajadores en puestos de dirección de las empresas, estuvieron conformes con el Plan de Seguridad Social, por cuanto éste establecía un límite máximo de cotizaciones y prestaciones económicas que les impedía gozar de pensiones del nivel de sus remuneraciones. Los poderes públicos no encontraron otra solución que sugerirles les plantearan el problema a sus empleadores. Los cuadros lo hicieron y el resultado fue la Convención Colectiva Nacional del 14 de marzo de 1947, por la cual se creó, fuera del régimen general de Seguridad Social en el cual estaban, un régimen de pensiones complementarias financiado con cotizaciones de los empleadores y los trabajadores. Este procedimiento fue seguido pronto por otros grupos de trabajadores, llegándose a otras tantas convenciones colectivas. Así, sobre una protección de base brindada por las instituciones públicas de Seguridad Social, fue creado una protección o plano

complementario que hoy es general en los países capitalistas más desarrollados industrialmente. (Rendón Vásquez, 2008)

Las leyes dadas en Francia en aquel período fueron: la Ordenanza del 4 de octubre de 1945, creando la organización nacional de Seguridad Social en la forma indicada; la Ley del 22 de agosto de 1945, extendiendo las asignaciones familiares a toda la población; la Ordenanza del 19 de octubre de 1945, reordenando y extendiendo las prestaciones de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y deceso; la Ley del 30 de octubre de 1946, entregando a las cajas de enfermedad la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo, hasta entonces a cargo de los empleadores bajo el antiguo régimen de la responsabilidad; la Ley del 22 de mayo de 1946, disponiendo la extensión progresiva de la Seguridad Social a todos los trabajadores, incluidos los no asalariados; las Leyes del 22 de agosto de 1946 y del 30 de octubre de 1946, mejorando las prestaciones.

El compromiso de las diferentes clases sociales para reconocerle al pueblo una vasta gama de derechos económicos, sociales y políticos, y adoptar una determinada forma de organización estatal fue registrado en la Constitución aprobada el 27 de octubre de 1946. Los derechos indicados constituyen el Preámbulo de este instrumento legal que tiene imperatividad y ha sido adoptado íntegramente por la Constitución del 4 de octubre de 1958, en vigencia. La parte relativa a la Seguridad Social es la siguiente:

La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.

Ella garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores de edad avanzada, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y la diversión. Todo ser humano que, en razón de su edad, estado físico o mental y situación económica, se encuentre en incapacidad de trabajar tiene el derecho de obtener de la colectividad medios convenientes de existencia.

5.4 La situación en Italia

En este país, la organización fascista había marcado profundamente la protección social con su idea fuerza de la colaboración de las clases sociales en las entidades corporativas, que las cajas de seguros sociales reproducían. Aplicando este criterio, el Estado fascista había llevado a cabo una cierta centralización de esas entidades. (Rendón Vásquez, 2008)

En 1943, varias cajas de enfermedad fueron unificadas en una sola. Luego del abatimiento del fascismo comenzaron las reformas. Los Partidos Comunista, Socialista y Demócrata Cristiano entendieron que era necesario instituir un régimen muy simple y completo, incluyendo a los trabajadores independientes en el radio de la protección, según las posibilidades económicas de Italia en ese momento. (Rendón Vásquez, 2008)

5.5 La Declaración Universal de Derechos Humanos:

Sobre el asiento de los precedentes citados y dando respuesta al clamor libertario despertado en el mundo después de la victoria sobre el nazismo y el fascismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se fijó, entre otros, el derecho a la Seguridad Social en los términos siguientes:

Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. (Rendón Vásquez, 2008)

5.6 La norma mínima de la OIT

La OIT aprobó en junio de 1952, el Convenio 102 en el cual se prescribió la norma mínima de Seguridad Social a ser aplicada tanto en los países

desarrollados industrialmente como en los países en vías de desarrollo. Antes del debate que diera lugar a este Convenio, la Oficina Internacional del Trabajo había propuesto una norma mínima y una norma avanzada. La norma mínima sería para los países en vías de desarrollo y la norma avanzada para los países altamente industrializados; pero en el momento de la discusión se dejó de lado la norma avanzada y se aprobó sólo la norma mínima. (Rendón Vásquez, 2008)

El Convenio 102 establece que los Estados que lo ratifiquen se obligan a cubrir, por lo menos, tres riesgos considerados importantes. Señala con profusión a qué personas se debe proteger, la cuantía de las prestaciones y los modos de financiamiento de la cobertura de los riesgos de enfermedad, desocupación, vejez, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, muerte, invalidez y cargas familiares. (Rendón Vásquez, 2008)

Los representantes de los Estados altamente industrializados, y especialmente quienes representaban a los gobiernos y empleadores, no tuvieron gran problema en aprobar este Convenio, puesto que no implicaba la creación de nuevas obligaciones contributivas o impositivas.

6. AUTONOMÍA DEL DERECHO PENSIONARIO

Si bien, como hemos precisado anteriormente, la seguridad social se manifiesta a través de diversas prestaciones (sanitarias, pensiones, subsidios, etc.), en la medida que desde hace unos treinta años asistimos a una evolución acelerada y diferenciada de las normas, los principios y la doctrina relativa al campo pensionario, podemos afirmar que durante dicho periodo -y hasta la actualidad- se ha ido gestando su autonomía científica. (Abanto Revilla , 2013)

Esta independencia o separación fáctica y teórica de la seguridad social, como conjunto, se debe a la relevancia que en las últimas décadas ha adquirido la administración y tutela de los fondos pensionarios, al constituir la garantía de su financiamiento en el tiempo, lo cual ha determinado la elaboración de diversas propuestas para reformar el tradicional modelo de reparto, variando sus parámetros con miras a una gestión eficiente. (Abanto Revilla , 2013)

La suma de varios factores paralelos de diversa índole, como la longevidad, la reducción de la tasa de natalidad, el aumento de la informalidad laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, ha originado un deterioro financiero en los sistemas de reparto, sustentados en los aportes de los trabajadores en actividad, tanto por su reducción cuantitativa, como por el de carecer de una protección formal, en situaciones como la informalidad, lo que origina una reducción de los beneficiarios de la seguridad social.

En este escenario, fue Chile el primer país que se arriesgó en 1980, mediante el Decreto Ley N° 3500, a implementar, dentro de un proceso de reforma integral de su economía, un modelo en el cual las pensiones de la seguridad social fueran administradas por la empresa privada a través de cuentas de capitalización individual, relegando al Estado a una función de supervisión y atención de determinados beneficios complementarios.

El concepto que se postulaba era que, a disimilitud del fondo común característico del sistema de reparto, cada afiliado tendría una cuenta que sería organizada por una empresa privada, la cual invertiría sus fondos en el mercado financiero y bursátil, tanto externo como interno, buscando una mayor rentabilidad a la obtenida por la gestión estatal, lo que ocasionaría no solo un incremento en la pensión, sino la reactivación de la economía del país. (Abanto Revilla , 2013)

6.1 Definición de concepto de pensión

A disimilitud del concepto "seguridad social", que acepta distintas definiciones, no será tan fácil encontrar un escritor que exprese el concepto "pensión", o determine los elementos que la componen, pues mayormente se limita al estudio individualizado de sus modalidades: cesantía, jubilación, invalidez, etc.

Para quien suscribe, la pensión es -independientemente de la contingencia que la origine (enfermedad, accidente, vejez, muerte, etc.)- una suma dineraria, generalmente vitalicia, que reemplazara los ingresos obtenidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o

transitoria, consintiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que esta cumpla todos los requisitos previstos legalmente. (Abanto Revilla , 2013)

6.2 El contenido esencial del derecho a pensión

Se admite en la doctrina constitucional que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, pueden estar sujetos a límites legales, sin embargo, la aptitud del legislador de limitar estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado "contenido esencial". (Abanto Revilla , 2013)

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, alude a la limitación que tendrá el legislador ordinario -incluso el constituyente-, al elaborar normas referidas a derechos fundamentales, de no poder afectar el núcleo de los elementos mínimos que identifican a un derecho, sin los cuales perdería su identidad. (Abanto Revilla , 2013)

Si bien en el Perú la Constitución de 1993 no hace referencia expresa a la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha recurrido a dicha técnica -en algunas ocasiones- para evaluar la constitucionalidad de determinadas leyes, como se aprecia en el fundamento 11 del fallo recaído en el Expediente N° 01593-2003-HC/TC, en el cual se declaró textualmente lo siguiente:

Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa. (Abanto Revilla , 2013)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido esencial de algunos derechos fundamentales y, en el caso de la pensión, en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el citado Expediente N° 00050-2004-AI/TC ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos, a saber:

- El derecho de acceso a una pensión.
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión.
- El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos constituyen el "núcleo duro" del derecho fundamental a la pensión, por tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su correcto ejercicio.(Abanto Revilla , 2013)

Cabe indicar que en los fundamentos 107 y 108 del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de más elementos que también formarían parte del derecho a la pensión, agrupándolos de manera complementaria en: no esenciales (reajustes y topes) y adicionales (pensiones de sobrevivientes). Estos sí podrán ser revisados y regulados por el legislador para su libre configuración normativa.

6.3 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión

Los derechos primordiales necesitan de un instrumento que les otorgue tutela ante una vulneración o amenaza inminente de agresión, por ello, el Derecho Constitucional prevé la jurisdicción constitucional: procesos judiciales ad hoc mediante los cuales, a través de pretensiones diferenciadas según el derecho protegido, podrá acudir al Poder Judicial para exigir frente a un derecho afectado: acción de amparo, hábeas corpus, etc. (Abanto Revilla , 2013)

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental está constituido por los supuestos que merecen ser tutelados en la sede judicial a través del proceso de amparo constitucional.

Con esto se busca limitar el acceso a la vía del amparo constitucional, conservándola solo para pretensiones en las que el Derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, mas no para casos en los que se busca cuidar derechos legales que, por más que estén relacionados al derecho en cuestión, deban ser reclamadas en sede judicial ordinaria (civil, penal, laboral, etc.), al no proceder directamente del contenido esencial. (Abanto Revilla , 2013)

El fallo recaído en el Expediente N° 01417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional definió el contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión, al precisar (fundamento 37) los reclamos que podrían ser planteados a través del proceso de amparo:

- a) Los supuestos en que, habiendo la persona cumplido los requisitos legales para iniciar el periodo de aportes al SNP, se deniegue el acceso a la seguridad social.
- b) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de cesantía, jubilación o invalidez, pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad, años de aportación, etc.).
- c) Los supuestos en que la pretensión esté relacionada con el monto específico de la pensión, del sistema previsional público o privado, cuando esté comprometido el derecho al mínimo vital.
- d) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendiente), pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla.
- e) Los supuestos en que se afecte el derecho a la igualdad, cuando ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas, se brinde un tratamiento disímil -en el libre acceso a prestaciones pensionarías- a personas que se encuentren en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Este fallo redujo la cantidad de demandas en materia pensionaría, interpuestas en la vía del amparo, pero no los reclamos judiciales en sí, que representan la principal carga del Poder Judicial.

CAPITULO II: SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Como ha sucedido en otros países latinoamericanos, el Sistema Privado de Pensiones surgió en el Perú como una expresión de la ola económica neoliberal lanzada contra todo aquello que pudiera ser una realización del *Estado de bienestar*. Por consiguiente, en la lógica de sus mentores, no admite la cohabitación —valga el término tomado en préstamo a la terminología política francesa— con otros sistemas pensionarios, a los que debe aniquilar, sin que importen las graves, y casi siempre irreparables, consecuencias sobre los pensionistas de éstos. Más aún: es condición *sine qua non* de la supervivencia del Sistema Privado de Pensiones, como fuente de abundantes y fáciles ganancias, el debilitamiento y, a la postre, el derrumbe del Sistema Nacional de Pensiones, cuya sola presencia lo coloca ante la sombría perspectiva de la extinción. (Rendón Vásquez, 2008)

2. ANTECEDENTES

El Sistema Privado fue implantado en principio en Chile en el mandato del general Augusto Pinochet. Fue, por lo tanto, una imposición autoritaria. Su impulsor más decidido fue el entonces Ministro de Trabajo, José Pinera Echenique, quien había asumido esta cartera en diciembre de 1978 y promovido el llamado Plan Laboral para reformar en particular la legislación sindical, como parte de la ofensiva neoliberal que fue el *leit motif* 'del golpe de Estado contra Aliende. La reestructuración del sistema de pensiones dio origen a dos proyectos de ley: uno, para estructurar el sistema privado de pensiones, y otro, para normar la transición del antiguo al nuevo sistema. Sin embargo, a pesar de su control político casi absoluto, el gobierno prefirió esperar el resultado del referéndum de setiembre de 1980, convocado para aprobar la nueva Constitución. Alentado por esta "victoria" y luego de imponerse a los militares y políticos inclinados a confiar el nuevo sistema pensionario a los bancos, los proyectos indicados fueron aprobados por la Junta de Gobierno el 4/11/1980 y puestos en vigencia el 1/ 5/1981 por el Decreto Ley 3500. Como dice Pinera, apareció así una nueva industria entregada a un grupo determinado de capitalistas, llamada a arrojar fácilmente y sin riesgos, lo que ya no dice Pinera, ingentes ganancias, gracias a la

incorporación compulsiva y de por vida de los trabajadores al nuevo sistema. (Rendón Vásquez, 2008)

El Sistema Privado de Pensiones no fue una creación original de sus artífices chilenos. En Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña y otros países altamente desarrollados existen hace muchas empresas especializadas en la recepción de capitales y en su inversión en títulos valores adquiridos en las bolsas de valores. Las compañías de seguros y otras similares ofrecen programas de pensiones a ser financiadas con la inversión de las sumas aportadas en títulos valores y con sus rendimientos. Estos programas son voluntarios y complementarios de la jubilación general a cargo de entidades estatales o paraestatales. Lo ciertamente peculiar del sistema chileno es su imposición autoritaria por una dictadura y el aniquilamiento del sistema público o social de pensiones. Su reproducción en otros países de América Latina fue parte de la ofensiva del neoliberalismo, promovida o realizada por regímenes políticos de derecha. En cambio, las tentativas de introducirlo en Europa y en Estados Unidos fracasaron. (Rendón Vásquez, 2008)

En el Perú, el Sistema Privado de Pensiones nació también por la imposición de un gobierno de facto. Fue objeto del D. Ley 25897, del 27/11/1992. Por la gran cantidad de modificaciones que se le hizo, tuvo que darse un Texto Único Ordenado por el D.S. 054-97-EF, del 13/ 5/1997. El Reglamento del D. Ley 25897 fue expedido por el D.S. 004-98-EF, del 19/1/1998. (Rendón Vásquez, 2008)

3. FINES DEL SISTEMA DE AFP

3.1 Definición

El sistema se puede entender como la manera de captar por administradoras privadas recursos económicos de las remuneraciones de los trabajadores, con el fin primordial de obtener títulos valores, y crear, así, un origen de capital destinada invertirse en determinadas actividades económicas y en bonos del Estado. Su fin subsidiario es el pago al trabajador de pensiones de jubilación o, según el caso, de incapacidad, o de sobrevivientes a sus familiares, con la liquidación acreditados en su cuenta o libreta, integrados

con la parte que les correspondería del fondo constituido por los títulos valores adquiridos por la AFP. (Rendón Vásquez, 2008)

3.2 Naturaleza jurídica de las AFP

Las AFP se organizan como sociedades anónimas para realizar exclusivamente la actividad administradora de fondos pensionarios.

La Ley prohíbe a las siguientes entidades participar directa e indirectamente en la actividad reservada a las AFP:

- a) Las empresas bancarias y financieras o de seguros que operen en el Perú, comprendidas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros aprobada por Ley 26702;
- b) ESSALUD y la ONP;
- c) Las entidades que brinden servicios de guarda física de valores a las AFP;
- d) Las empresas clasificadoras de riesgo;
- e) Otras AFP y sus accionistas con una participación superior al 3% del capital de cada una de ellas;
- f) Los agentes de intermediación a que hace referencia el D.Legis. 861; y
- g) Las cajas de ahorro y crédito.

(D. Ley 25897, art. 16^o). (Rendón Vásquez, 2008)

Por otro lado, se sostiene que: El fin lucrativo de las AFP queda asegurado por los siguientes pagos establecidos libremente por cada una de ellas (TUO del D. Ley 25897, art. 24^o):

- a) Una comisión no porcentual obligatoria retenida por el empleador de la remuneración del trabajador para ser entregada a la AFP;
- b) Una comisión porcentual sobre los aportes voluntarios de cada afiliado, retenida y entregada por el empleador a la AFP;
- c) Una comisión deducida de las pensiones bajo la modalidad de renta temporal y retiro programado. (Rendón Vásquez, 2008)

Contrariamente, las AFP no asumen el riesgo de las pérdidas de valor de los títulos valores adquiridos con los aportes de los trabajadores afiliados.

El Sistema Privado de Pensiones no es propiamente un sistema de seguro, puesto que no hay riesgo a cubrirse de por medio; su obligación es devolver en la forma de pensiones el capital acumulado por el trabajador. Como su nombre lo indica, es un sistema de administración de fondos constituidos por las aportaciones de los trabajadores. Su actividad consiste en negociar con los títulos valores adquiridos, y registrar los saldos en las cuentas de los trabajadores afiliados.

4. AFILIACIÓN A LAS AFP

Pueden afiliarse a las AFP todos los trabajadores dependientes e independientes, incluso los trabajadores peruanos que presten servicios en el extranjero, temporal o definitivamente (Reg., art. 41°).

4.1 Libertad de afiliación

La afiliación a una AFP debe ser, en principio, optativa para el trabajador; e igualmente su retiro de ella para pasar a otra AFP o para inscribirse en el Sistema Nacional de Pensiones o retornar a éste (Constitución, art. 11°). Pero la norma de creación del Sistema Privado de Pensiones sólo admite la libertad de afiliarse a una AFP y de pasarse a otra (D. Ley 25897, art. 4°). (Rendón Vásquez, 2008)

La afiliación se efectúa por un acto formal cumplido mediante la suscripción por el trabajador y la AFP de un contrato cuyas condiciones fijan ésta sin la intervención de aquél, pues se trata de un contrato de adhesión (Reglamento art. 42°). Para la celebración de este acto, el trabajador no puede dar poder a otra persona. El trabajador puede elegir libremente la AFP (TUO del D. Ley 25897, art. 6°). Y la AFP elegida tiene la obligación de afiliarlo (TUO del D. Ley 25897, art. 7°).

Luego de haberse afiliado a una AFP, el trabajador puede pasarse a otra, y después a otras sucesivamente, cuantas veces lo desee, dando aviso a su empleador y a la AFP de la que se retira. En cada transferencia deberá firmar

el nuevo documento o contrato de afiliación, cuyo contenido es establecido por la siguiente AFP.

Para afiliarse a otra AFP, el trabajador debe tener seis o más cotizaciones mensuales consecutivas en la que desea dejar, darle un aviso con 80 días de anticipación antes de firmar el nuevo contrato de afiliación y pagarle los gastos del traspaso (Reglamento art. 47°; TUO del D. Ley 25897, art. 6°, modif. por la Ley 26504, art. II°).

Algunos asegurados del Sistema Nacional de Pensiones tienen derecho a un "bono de reconocimiento", al pasarse a una AFP, si cuentan con cierto número de años de aseguramiento y meses de aportación en este Sistema.

Por la libertad de afiliación, el trabajador no puede ser obligado a dejar el Sistema Nacional de Pensiones.

Sin embargo, la libertad de afiliación ha sido recortada, y en la práctica eliminada, al momento del ingreso a una relación laboral y en lo sucesivo.

4.2 Restricción de la libertad de afiliación al ingreso al trabajo

Inicialmente el D. Ley 25987 confería al trabajador la opción de retirarse del Sistema Nacional de Pensiones y de afiliarse a la AFP de su elección, o, si entraba por primera vez a una relación laboral, de afiliarse directamente a una AFP. Como, por estas disposiciones, los afiliados al Sistema Privado de Pensiones no fueron lo suficientemente numerosos para hacer rentable este negocio, las AFP presionaron al Gobierno para imponer la afiliación obligatoria a su sistema. Accediendo, en parte, a esta demanda, el grupo mayoritario del Congreso, del mismo signo político que el del Gobierno, aprobó la Ley 26504, del 17/7/1995, por la cual, entre otras medidas⁽⁸⁾ destinadas a relanzar al Sistema Privado de Pensiones, se dispuso que "El trabajador, al ingresar a laborar a un centro de trabajo, en un plazo improrrogable de diez (10) días naturales procederá a informar a su empleador si se encuentra incorporado al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones, y, en este último caso, la AFP a la que se encuentra afiliado. Caso contrario, el empleador lo afiliará a la AFP en la que tenga más trabajadores afiliados." (art. II°, modificadorio del art. 6° del

TUO del D. Ley 25897); norma complementada con otra dada por la misma Ley que establece: "Los trabajadores que ingresen por primera vez a la actividad laboral, para prestar servicios personales de modo subordinado a cambio de una remuneración, deberán informar a su empleador si optan por incorporarse al Sistema Nacional de Pensiones -SNP- o al Sistema Privado de Pensiones -SPP- dentro del plazo previsto en el artículo 6° del D. Ley N° 25897 (10 días), debiendo el empleador, en defecto de ello, proceder conforme a lo preceptuado en el dispositivo antes mencionado." (Ley 26504, 3° DT), es decir, afiliarlo obligatoriamente a una AFP.

Como tampoco estas disposiciones lograron sensibilizar a los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones para pasarse a las AFP en la cantidad esperada por los directivos de éstas, el Gobierno, a pedido de éstas, volvió a modificar el art. 6° del D. Ley 25897, por el D.Leg. 873, del 4/11/1996, en los términos siguientes: "Cuando un trabajador no afiliado al Sistema Privado de Pensiones ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente afiliarlo a la AFP que aquél elija, salvo que, expresamente y por escrito, en un plazo improrrogable de 10 días naturales manifieste su deseo de permanecer o incorporarse al SNP."

Por lo tanto, de conformidad con estas disposiciones, un trabajador puede ser llevado contra su voluntad a integrar una AFP, contraviniendo sus libertades de elección y de contratación, garantizadas por la Constitución (arts. 11° y 2°, 14). A ello se añade la presión de ciertos empleadores sobre sus trabajadores para afiliarlos a las AFP, contra la cual los trabajadores se encuentran inermes, puesto que la alternativa es perder el empleo o no ser contratados. Es por demás elemental que el Estado no puede disponer la afiliación de una persona a una entidad de derecho privado para cumplir obligaciones patrimoniales y asumir derechos que sólo pueden tener como origen un contrato para el que es esencial la emisión libre del consentimiento.

4.3 Posibilidad restringida de retirarse del SPP

De manera general, una vez firmado el documento de afiliación a la primera AFP, al trabajador ya no le es posible incorporarse o reincorporarse al Sistema

Nacional de Pensiones, incluso si deja su empleo para tomar otro u otros. (TUO del D. Ley 25897, art. 6°). (Rendón Vásquez, 2008)

Excepcionalmente, la Ley 28991, del 26/3/2007, permite el retorno al Sistema Nacional de Pensiones, pero sólo:

- a) A quienes hubieran ingresado al SPP al 31/12/1995 y tuvieran derecho a pensión independientemente de su edad (art. 1°); y
- b) A quienes al momento de su afiliación al Sistema Privado de Pensiones contaban con los requisitos para obtener una pensión del Sistema Nacional de Pensiones (art. 2°). (Rendón Vásquez, 2008)

Al trasladarse el trabajador al Sistema Nacional de Pensiones, la AFP debe transferir los saldos de la cuenta del afiliado, y éste deberá pagar al Sistema Nacional de Pensiones la diferencia de cotizaciones durante todo el tiempo de su permanencia en el Sistema Privado de Pensiones que será descontado de las pensiones que reciba en un porcentaje no mayor del 10% de ellas (art. 7°). (Rendón Vásquez, 2008)

5. FINANCIAMIENTO DEL SISTEMA DE AFP

- Capitalización

El financiamiento del Sistema Privado consiste en fondo de capitalización, en que el trabajador concede parte de sus ingresos a las administradoras privadas, a la cual previamente se afilio para la obtención a futuro de una pensión de jubilación e invalidez o sobrevivencia, y para gastos de administración. Con estos fondos, las administradoras invierten en mercados financieros. Al finalizar cada ejercicio económico anual, los rendimientos de las inversiones se distribuyen a sus afiliados de acuerdo a sus aportes y periodos de los mismos. (Rendón Vásquez, 2008)

Los saldos de los rendimientos deben reinvertirse, como capital, y así sucesivamente. Cuando el trabajador cumple 65 años, edad a la que puede acogerse recién a la jubilación, tiene derecho a recibir como pensión una suma mensual deducible de su cuenta, hasta que se agote, que incluye el valor de la venta o redención del bono de reconocimiento recibido del

Sistema Nacional de Pensiones, si antes de afiliarse a una AFP tuvo derecho a él. (Rendón Vásquez, 2008)

5.1 Aportes a la AFP

- Aportes obligatorios y voluntarios

Los aportes a la AFP pueden ser de dos clases: obligatorios y voluntarios. Son de cargo del trabajador y deducidos de sus remuneraciones por el empleador quien debe entregarlos a la AFP. Para ello, el trabajador, además del contrato de afiliación a la AFP, firma una "carta de instrucción irrevocable" autorizando el descuento, la misma que sólo puede ser modificada cada tres meses para variar el monto de los aportes voluntarios (Regí., art. 51°). Los trabajadores independientes deben pagar directamente sus cotizaciones a la AFP (Regí., art. 57°).

Las AFP pueden tener otros fondos constituidos por aportes distintos del trabajador. Cada fondo se maneja independientemente y no es de propiedad de la AFP, la que sólo lo administra, vale decir que opera o negocia con ellos, llevando su contabilidad por separado. Los fondos son inembargables (Regí., art. 60°).

Aportes obligatorios.- Los aportes obligatorios, en porcentajes sobre la remuneración asegurable, son los siguientes (TUO del D. Ley 25897, art. 30°):¹

a) Para jubilación (fijo, determinado por ley) ¹⁴	10.00%
b) Para invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio (variable, determinado por la AFP; promedio)	0.90 %
Total de aportes para prestaciones	10.90%
c) Para la AFP como comisión porcentual de administración (fijada por ella; D. Ley 25897, art. 24°)	1.78%
Total sobre la remuneración	12.98%

¹ Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, a diciembre 2007.

La base de cálculo es la remuneración y los subsidios que reciba el trabajador por cualquier causa.

Aportes voluntarios. - El trabajador, además, puede hacer aportes voluntarios a la AFP de dos clases sobre la misma base de cálculo que los aportes obligatorios (TUO del D. Ley 25897, art. 30°):

- a) Aportes con fin previsional inembargables; y
- b) Aportes sin fin previsional embargables de los afiliados con cinco años en el Sistema Privado de Pensiones y cincuenta años de edad, los que pueden ser convertidos en aportes con fin previsional.

- Cobranza judicial de aportes

Los empleadores tienen el deber de retener los aportes de sus obreros afiliados a las AFP y a entregarlos a éstas, las que, en caso, de demora, pueden aplicar una sanción igual al 10% del valor de una UIT. La falta de retención da lugar al pago por el empleador de las multas y recargos que resulten (TUO del D. Ley 25897, art. 35°).

De no hacer el pago el empleador, la AFP está obligada a seguir contra él una acción de ejecución ante el Juzgado de Paz Letrado, de conformidad con el procedimiento previsto por el Título II de la Sección Séptima de la Ley 26636, Ley Procesal de Trabajo. Para ello, la AFP emite una Liquidación para Cobranza que tiene el carácter de título ejecutivo, en la cual se indica el monto adeudado por aportes, el importe de los intereses moratorios y las multas. La acumulación de procesos procede en cualquier etapa. Las AFP están exoneradas de las tasas, aranceles y otros gastos judiciales. (TUO del D. Ley 25897, arts. 37° y 38°, según el texto dado por Ley 28470, del 24/2/2005).

- Libretas de saldos

La parte del fondo de pensiones de la AFP, correspondiente a los aportes obligatorios para jubilación (10%) y a sus rendimientos, se registran en una "Libreta de capitalización AFP"; la parte relativa a los otros aportes en una "Libreta complementaria de capitalización AFP" (TUO del D. Ley 25897, art. 21°). Los saldos anotados en las libretas expresan el importe

proporcional a sus aportes del valor nominal de los títulos valores adquiridos con ellos por la AFP, más la parte proporcional de sus rendimientos, si los hubo, o menos las pérdidas de capital, por ejemplo, por títulos adquiridos de sociedades que luego quiebran o se liquidan, o de bonos irredimibles que pierden su valor. "A solicitud del afiliado, la AFP debe anotar en las respectivas «Libretas de Capitalización AFP» los correspondientes saldos." Sin perjuicio de ello, "la AFP debe informar cuando menos cuatrimestralmente a los afiliados todos los movimientos y saldos registrados en sus Cuentas Individuales de Capitalización, distinguiendo la naturaleza de los aportes. Dicha obligación no resultará aplicable tratándose de afiliados por los cuales no se hayan realizado aportes durante los últimos doce (12) meses." (Regí. Art. 99°).

Las cotizaciones se anotan aparte, como datos cuyo valor es sólo referencial para controlar su pago por el empleador y el derecho del trabajador a participar del fondo de pensiones.

El trabajador no puede retirar su dinero aportado, ni los rendimientos que pudieran corresponderle. Ambos quedan convertidos en títulos valores adquiridos por la AFP, de cuya evolución se le informa por los asientos en las libretas de capitalización. Ni aun al llegar a la edad de la jubilación, 65 años, el trabajador puede disponer de esos títulos. A cuenta de los saldos de su libreta, le dan una suma como prestación mensual si decide jubilarse o si cae en una situación de invalidez.

- Traslado del trabajador de una AFP a otra
Si un afiliado desea pasar de una AFP a otra, la primera debe entregar a la segunda títulos valores representativos de una suma equivalente al valor acreditado en las cuentas del trabajador afiliado. Éste nunca recibe dinero. Esos valores se incorporan, a su valor nominal, en el fondo de pensiones de la segunda AFP, y así sucesivamente (TUO del D. Ley 25897, art. 6°).
- Exclusión del afiliado en la determinación de las operaciones con los fondos de la AFP

Los trabajadores afiliados a las AFP no intervienen, en absoluto, en las operaciones con los fondos de pensiones y otros, no tienen representantes en las AFP ni pueden oponerse en forma alguna a las operaciones efectuadas o por efectuarse. Más aún, tampoco pueden saber qué operaciones se realizarán. En este aspecto, las AFP actúan a su entero arbitrio, con las limitaciones de la ley y siguiendo las instrucciones de las entidades de control, en las cuales tampoco intervienen los trabajadores ni acreditan representantes.

- Rendimientos de los fondos de las AFP

Dependen de la calidad de los títulos valores adquiridos con ellos, vale decir de su productividad y de la seguridad del pago de sus rendimientos tras cada ejercicio financiero.

Si estos títulos valores son *bonos* del Estado o de entidades particulares, su rendimiento debe ser un interés fijo; si son *acciones* de empresas, su rendimiento es una parte proporcional de los beneficios de las correspondientes empresas.

En el caso de los *bonos*, se presentan dos riesgos:

- 1) Siendo su valor nominal fijo no son susceptibles de una revaluación periódica para mantener su valor real; por lo tanto, la inflación puede erosionarlo y hasta hacerlo desaparecer. Este peligro sólo podría ser conjurado con una tasa de interés más elevada que la inflación, lo que no parece del todo posible, tratándose de valores del Estado, pues éste no se inclina a pagar un interés superior a la tasa de inflación para tratar de evitarla.
- 2) A consecuencia de ello, la cotización de los bonos en las bolsas de valores podría ser baja cuando el trabajador desee jubilarse y estos bonos tengan que ser vendidos para que la AFP pueda pagarle sus pensiones, y entonces, probablemente, obtendría por ellos una cantidad diminuta.

En el caso de las *acciones*, los riesgos podrían ser que las compañías constituidas con esas acciones sufran pérdidas o quiebren, lo que no sólo

reduciría los rendimientos, sino que disminuiría el valor de las acciones. No es posible suponer que una empresa sólo pueda tener ganancias y nunca pérdidas.

Sin embargo, por una disposición legal, la rentabilidad mínima que debe lograr cada AFP no puede ser menor:

- 1) a la rentabilidad real de los valores o títulos de los fondos en los últimos 12 meses menos 3%; o
- 2) al 25% de la rentabilidad real de los últimos 12 meses promedio de todos los fondos.

Para determinar la rentabilidad real se resta de la rentabilidad nominal la variación del índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana, que es un indicador de la inflación.

(Reg., art. 85°) Cuando no se llega a la rentabilidad mínima, se debe compensar la diferencia con los recursos del Encaje, en cuyo caso la AFP debe reponerlos en un plazo no mayor de tres días. Si aún la rentabilidad mínima no es alcanzada, la AFP debe aportar al fondo recursos propios en la suma necesaria, hasta alcanzar la rentabilidad mínima en el plazo que determine la Superintendencia, bajo sanción. (Regí., art. 86°).

- **Criterios para la inversión de los fondos de las AFP**

Con las cotizaciones de los trabajadores, destinadas a los fondos de pensiones, y de invalidez y sobrevivientes, a las AFP sólo les es posible adquirir títulos valores en el país y en moneda nacional y extranjera. No están facultadas para comprar otros bienes, por ejemplo, muebles o inmuebles, puesto que su finalidad es reunir capitales para ponerlos a disposición del Estado o de sociedades de capital.

Los valores que las AFP pueden obtener con los fondos de pensiones no deben exceder, en conjunto ni individualmente, de ciertos porcentajes máximos señalados por la Ley y determinados por el BCR, según las disposiciones del Reglamento, y con la opinión favorable de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

- Control de las inversiones de las AFP

El control de la aplicación del dinero recogido por las AFP, de acuerdo a los fines previstos, queda a cargo de las siguientes entidades: el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Comisión Clasificadora de Inversiones.

El Estado se sobrepone, así, a un mercado de valores con magras posibilidades de colocación de capitales, por la recesión y el incipiente desarrollo económico de nuestro país. La posibilidad de creación de un flujo de inversión de cierta magnitud en actividades productivas generadoras de empleo se torna, en tal caso, mínima.

6. ORIGEN DEL SPP: IMITANDO UN MODELO DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE PENSIONES

Intentar proporcionar ingresos estables en la vejez es un reto en un mundo cambiante. Los sistemas de pensiones están expuestos a muchos riesgos, por ello, ningún mecanismo previsional puede alcanzar completamente el objetivo de formar una fuente fiable de recursos. Los primeros riesgos que afectan en el tema pensionario, son los siguientes:

- a) Riesgos demográficos, originado de la variación en las tasas de natalidad y de mortalidad.
- b) Riesgos económicos, originado a los cambios de las tasas de crecimiento de los salarios, de los precios o la rentabilidad de los mercados financieros.
- c) Riesgos políticos, generados por la ruptura de la continuidad en los procesos de decisión gubernamental, que imposibilitan desarrollar planes a largo plazo.
- d) Riesgos institucionales, por los posibles errores en los organismos que administran o fiscalizan el control de las prestaciones.
- e) Riesgos individuales, generados de la incertidumbre acerca del desarrollo de la futura vida laboral de los individuos. (Abanto Revilla , 2013)

“La presencia de una o más de estas variables en la realidad de cada país-tienen que ser debida y cuidadosamente analizadas, de acuerdo a sus características

propias inherentes, antes de decidir el sistema de pensiones más adecuado” (Abanto Revilla , 2013).

En los últimos treinta años vimos como la importación de una realidad por plagiar legislación externa para plasmarlas a nuestro país, lo que ocasiona una desviación en sus efectos, pues cada país tiene variables demográficas, económicas, políticas sociales y jurídicas que deberán ser tomadas en cuenta antes de aprobar una reforma.

En tal sentido, no podemos restringirnos a activar un modelo aplicado en otro país y tentar funcionamiento en el nuestro, pues el panorama cultural es diferente. Deberá estimarse previamente su progreso, cotejando los sistemas con nuestra sociedad, confrontar factores interiores y exteriores, y, después de ello, optar por el sistema más apto. (Abanto Revilla , 2013)

Lamentablemente, soslayando estos pasos previos, se implementó en el Perú -a inicios de los noventa- el diseño de capitalización individual con administración privada de las pensiones creado en Chile en 1980, mecanismo de aseguramiento previsional -carente de solidaridad- que eximia al Estado de la gestión directa de la seguridad social, disposición que resultaba acorde con la tendencia económica del gobierno de turno. (Abanto Revilla , 2013)

En efecto, el 8 de noviembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 724, que creaba el SPP, bajo los parámetros establecidos en el artículo 14° de la Constitución de 1979, es decir, como régimen alterno -pero voluntario- al SNP.

En sus considerandos iniciales se reconocía que el Estado no estaba en términos de cumplir, por sí solo, el mandato constitucional, que destinaba el derecho de todos a la seguridad social, y, al existir un alto grado de desconformidad e inseguridad en materia pensionaría, resultaba necesario comprometer a los diversos sectores de la sociedad en la prestación de tales servicios. (Abanto Revilla , 2013)

Este primer intento se vio fallido por la oposición política y porque las reglas para su manejo se ajustaban a los factores previstos por la anterior Carta Magna, lo cual resultaba poco encanto para los inversionistas. Por estas razones, y con una nueva constitución a punto de ser aprobada, el 6 de diciembre de 1992 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Ley N° 25897, que

reestructuró al SPP sobre la base de juicios más convenientes para el Estado y la actividad privada, pero que -en su ejecución- ha denotado no ser el instrumento previsional más sólido para todos los trabajadores, en especial, para aquellos de bajos ingresos. (Abanto Revilla , 2013)

En esa misma época se dictó el Decreto Ley N° 25967, que modificó diversas normas fijadas para la percepción de pensiones en el SNP, elevándose el número de años de aportación y la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia, con el propósito de desalentar la permanencia de los trabajadores en el régimen estatal y estimular su traslado al SPP. Como se estima, si bien el SNP no fue eliminado y subsistió como un sistema paralelo, en aparente competencia con el nuevo régimen privado, en la práctica, el Estado procuró colocarlo en una situación de clara desventaja. (Abanto Revilla , 2013)

El SPP empezó a operar en junio de 1993 con ocho AFP: El Roble, Horizonte, Integra, Megafondo, Nueva Vida, Profuturo, Providencia y Unión; de las cuales a la fecha solo subsisten cuatro: Integra, Prima, Profuturo y Habidad.

CAPITULO III: PRESTACIONES DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: ANÁLISIS DE SUS MODALIDADES Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: CARACTERÍSTICAS Y MODALIDADES

Al llegar a una avanzada edad, las facultades físicas y mentales reducen, por ello, resultaría injusto obligar a una persona a que continúe laborando, por ello, es indispensable tener un reemplazo de sus ingresos. Esta aprehensión fue la que inspiró la construcción de la pensión de jubilación. (Abanto Revilla , 2013)

La vejez es un problema que ha ido en aumento en las últimas décadas, debido al avance de la ciencia, que ha permitido prolongar la vida humana más allá de los parámetros históricos, convirtiendo a la senectud en un problema de financiamiento de los sistemas de pensiones, pues los recursos efectuados en la vida laboral activa de los trabajadores resultan cada vez más insuficientes para el pago de una pensión adecuada, tanto para los afiliados como para sus derechohabientes. (Abanto Revilla , 2013)

El vocablo "jubilación" proviene del hebreo "yobel" (jubileo o alegría), que era el nombre de una festividad solemne que los antiguos israelitas conmemoraban cada 50 años -siguiendo una ley de Moisés-, en que los campos no se cultivaban, los esclavos recuperaban su libertad y las tierras expropiadas retornaban a sus dueños. (Abanto Revilla , 2013)

En nuestra opinión, la jubilación es una prestación dineraria de carácter vitalicio que se otorga cuando se genera la contingencia, entendida esta, cuando el trabajador cumple la edad mínima y/o acredita los años de servicios o aporte establecidos por ley, según el régimen previsional al cual se afilio.

Si bien la vejez fue el origen de este concepto, en el tiempo se ha consentido la validez de otras modalidades, como la jubilación por años de servicios, que se aplica en el Perú en los regímenes de pensiones de los Decretos Leyes N° 19846 y N° 20530, o el modelo mixto -edad más años de servicios o aportes-, que se utiliza en el SNP.

En el Sistema Privado, régimen que acoge el esquema tradicional, la edad de jubilación regular es de 65 años, empero, la norma prevé presupuestos de adelanto de la edad.

Uno de los principales objetivos de los sistemas de pensiones es suministrar protección en la vejez, por tanto, una cuestión de primera importancia en los regímenes que prevén la jubilación consiste en determinar la edad mínima en que reconocerán dicha pensión. (Abanto Revilla , 2013)

Gerig (como se citó en Abanto, 2013) expresa que la edad mínima que se determine tendría consecuencias en un país, pues limita el grado de satisfacción del régimen para los afiliados, al asegurar que cobrarán su prestación a partir del momento en que ya no puedan trabajar; igualmente influye en costo del sistema y en las cargas que esta fija a los trabajadores activos y los contribuyentes. El problema decisivo esta en determinar dicha edad. Para este autor, los dos factores principales a tener en consideración son el deterioro de la capacidad para trabajar y la imposibilidad de encontrar un nuevo trabajo.

Si bien no todos los individuos envejecen al mismo ritmo, pues para algunos llegará a los 50 años, mientras que para otros recién a los 70 u 80, dependiendo de su condición física, razones hereditarias, entre otras causas, debe dejarse de lado los casos específicos para establecer una edad referencial. Nunca podrá determinarse con precisión la edad en que empieza a registrarse un fuerte índice de incapacidad, en consecuencia, la decisión a tomar al fijar la edad mínima será arbitraria. (Abanto Revilla , 2013)

Jubilación anticipada: cuestiones generales:

De acuerdo al artículo 41 de la Ley del SPP, tienen derecho a percibir una pensión de jubilación los afiliados cuando cumplan 65 años de edad, lo que no impide que soliciten su derecho con posterioridad a su contingencia.

Esta regla general tuvo, desde inicios del sistema, una excepción que permitía el acceso a una pensión anticipada cuando el afiliado así lo disponía, siempre que tuviera en su CIC los fondos suficientes para obtener una pensión de jubilación cuyo monto sea igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas en los últimos 120 meses, debidamente actualizadas. La Ley N° 29903 ha modificado el artículo 42, que prevé esta excepción, reduciendo dicho porcentaje a un 40%. (Abanto Revilla , 2013)

Como respuesta a los reclamos sociales que pretendían el reconocimiento de beneficios similares entre el SPP y el SNP, se incorporan al sistema privado algunas modalidades de jubilación anticipada, empezando -en el 2000 (Ley N° 27252)- con los trabajadores que realizaban labores de riesgo para la vida o salud, como los mineros y los de construcción civil.

Posteriormente, para apaciguar los pedidos de desafiliación del SPP, que incrementaron hacia finales de los noventa, en el 2002, la Ley N° 27617 aprobó dos modalidades para el acceso a la jubilación anticipada, bajo determinados supuestos específicos, que serán desarrollados más adelante, a saber:

- Jubilación adelantada del Decreto Ley N° 19990.
- Jubilación anticipada para desempleados. (Abanto Revilla , 2013)

Para hacer viables estos mecanismos, en la mayoría de casos el Estado realiza aportes a través de los Bonos Complementarios (BC), que poseen características especiales y son aplicables solo a determinados afiliados del SPP. A diferencia del BDR, el BC no es un título valor, sino -en la práctica- una modalidad de subsidio. (Abanto Revilla , 2013)

Jubilación anticipada para trabajadores que realizan labores de riesgo para la vida o salud: minería y construcción civil

Siguiendo, en parte, los criterios establecidos por la Ley N° 25009 - Ley de Jubilación Minera, aplicable al SNP, el 7 de enero de 2000 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 27252, que prevé para el SPP supuestos de jubilación anticipada para los trabajadores que realizan labores que implican riesgo para la vida o salud, como la minería y la construcción civil.

En cuanto a los trabajadores de la actividad minera, la norma prevé dos regímenes:

a) Régimen extraordinario

El Estado reconoce al trabajador un beneficio extraordinario por los aportes efectuados durante su permanencia en el SNP, realizando trabajo pesado, a través de un BC. Los requisitos exigidos para acceder a esta modalidad jubilatoria son los siguientes:

- (i) **Edad:** Que al 31 de diciembre de 1999 el afiliado haya cumplido los parámetros fijados por el Decreto Supremo N° 164-2001-EF, de acuerdo al siguiente cuadro, que varían en función a las actividades desarrolladas:

Labores	Edad
En minas metálicas subterráneas.	40 años
Directamente extractivas, en minas de tajo	45 años
En centros de producción minera, metalúrgica y siderúrgica, expuestos a	45 años : 7 años de exposición al riesgo 46 años: 6 años de exposición al riesgo 49 años : 3 años de exposición al riesgo 50 años: 2 años de exposición al riesgo
En actividades de construcción civil.	50 años

- (ii) **Densidad de aportación:** Que con anterioridad al 31 de diciembre de 2004 haya reunido al menos 20 años de aportación entre el SNP y el SPP.
- (iii) **Periodo mínimo de labores:** Que con anterioridad al 31 de diciembre de 2004 haya desempeñado labores en las modalidades de trabajo previstas por la ley, según los parámetros establecidos en el siguiente cuadro:

Labores	Periodo mínimo de labores
En minas metálicas subterráneas.	10 años
Directamente extractivas, en minas de tajo	10 años
En centros de producción minera, metalúrgica y siderúrgica, expuestos a	15 años
En actividades de construcción civil.	15 años

Para tener derecho al BC, los afiliados deben haber estado incorporados al SPP antes del 1 de enero de 2003.

b) Régimen genérico

Es una modalidad que permite adelantar la edad de jubilación mediante la realización de aportes complementarios. Los requisitos de acceso son:

(i) Edad: Adelanto en función a los aportes complementarios.

(ii) Tasa de aporte complementario y densidad de aportación: De acuerdo con los parámetros fijados por el Decreto Supremo N° 094-2002-EF, a saber:

Tasa de aporte a la CIC + %	Labores	Anticipo edad jubilación
8% + 4%	En minas metálicas subterráneas. Directamente extractivas, en minas de tajo abierto. En centros de producción minera, metalúrgica y siderúrgica, expuestos a riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad.	2 años de la edad legal (65 años) por cada 36 meses de aportación.
8% + 2%	En actividades de construcción civil.	1 año de la edad legal (65 años) por cada 36 meses de aportación.

Jubilación anticipada para trabajadores desempleados:

El derecho tiene por finalidad regular las necesidades que se presentan en una sociedad.

La situación del mercado laboral, a finales de la década de los noventa, era inestable, lo que originaba informalidad, desempleo y pocas probabilidades de re-inserción para las personas mayores de 40 o 50 años de edad.

En dicho escenario, tomando en cuenta propuestas postuladas desde la teoría, la Ley N° 27617 incorporó dos modalidades de jubilación anticipada, dentro de las cuales destacó aquella que permitía a los afiliados desempleados, bajo determinados requisitos, acceder a una pensión. (Abanto Revilla , 2013)

Este era un mecanismo de carácter transitorio que estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2005°-casi tres años-, que posteriormente ha sido restituido, con

algunas variaciones y también por periodos específicos, como veremos más adelante.

Los requisitos para que los afiliados accedieran a esta modalidad fueron los siguientes:

- a) Edad: Mínimo 55 años cumplidos al momento de presentar la solicitud.
- b) Condición laboral: En situación de desempleo durante no menos de 12 meses.
- c) Tasa de aporte: 10% de la remuneración asegurable.
- d) Densidad de aportación: Que los recursos acumulados en la CIC más el valor de redención del BDR fueran suficientes para obtener una pensión superior al 30% del promedio de la remuneración de los últimos 5 años o, una pensión superior a dos veces el valor de la RMV. (Abanto Revilla , 2013)

- **Segundo periodo: Ley N° 28991**

Dentro del proceso de implementación de la (libre) desafiliación informada, aprobado por la Ley N° 28991, el artículo 17 de dicha norma reguló nuevamente el Régimen especial de jubilación anticipada para desempleados (REJA), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008.

Los requisitos para que los afiliados accedieran a esta modalidad fueron:

- a) Edad: Mínimo 55 años cumplidos al momento de ingresar la solicitud.
- b) Condición laboral: En situación de desempleo durante al menos 12 meses.
- c) Tasa de aporte: 10 % de la remuneración asegurable.
- d) Densidad de aportación: Que la pensión calculada sea igual o superior al 30 % del promedio de las remuneraciones y rentas declaradas en los últimos 120 meses (10 años), actualizadas por la inflación, o que cuando menos el 60 % de sus aportes se hayan realizado en dicho periodo.

Como se aprecia, existió una variación en cuanto al cálculo del monto de la pensión por otorgar, que condicionaba el acceso a dicho beneficio, pues el

afiliado debía cumplir los requisitos concurrentes señalados, de lo contrario, era denegada su solicitud. (Abanto Revilla , 2013)

- **Tercer periodo: Ley N° 29426**

El 27 de octubre de 2009 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29426, que reguló por tercera vez el REJA para desempleados, con una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2012 -poco más de tres años-, que ha sido prorrogada en su aplicación, por la Ley N° 29903, hasta el 31 de diciembre de 2013.

Los requisitos para que los afiliados accedan a esta modalidad son los siguientes:

- a) Edad: Mínimo 50 o 55 años, según sea un afiliado mujer u hombre, cumplidos al momento de ingresar la solicitud.
- b) Condición laboral: En situación de desempleo durante al menos 12 meses.
- c) Monto de la pensión: Que sea igual o mayor a una RMV.

Esta nueva norma introduce tres variaciones fundamentales, respecto a los supuestos de REJA previstos anteriormente:

- (i) Incorpora una diferenciación de edad por razón del género, tomada del supuesto de Jubilación Adelantada del SNP (Decreto Ley N° 19990, artículo 44), que era justificable en 1973, por el limitado acceso de la mujer al mercado laboral en esa época, pero carente de sustento en la actualidad. Debió fijarse la misma edad para hombres y mujeres, como en los modelos anteriores (55 años).
- (ii) Reemplaza a la densidad de aportación, como referente para determinar el monto o porcentaje de la pensión a otorgar, precisando en su lugar que bastará con tener una pensión igual o mayor a la RMV para acceder a dicho beneficio.
- (iii) Permite que a los afiliados que no tengan una pensión igual o mayor a una RMV, y, por tanto, no accederían al REJA, la AFP les devuelva hasta

el 50% de los fondos de su CIC, sin incluir el BDR. El 50% restante les será entregado cuando cumplan la edad jubilatoria regular: 65 años.

Esta medida intermedia parece razonable, pues se entrega a los afiliados desempleados una suma de dinero que podría paliar su situación de carencia, pero sin desprotegerlos -del todo- de una garantía previsional para el futuro. La CIC no es una cuenta de ahorros bancaria, por tanto, sus recursos tienen una finalidad futura de sustento financiero de la pensión de jubilación, que debe ser resguardada por la normativa previsional. (Abanto Revilla , 2013)

Jubilación adelantada del Decreto Ley N° 19990:

Esta es la cuarta modalidad especial para jubilarse de forma anticipada en el SPP. Está orientada a aquellos trabajadores que al momento de afiliarse a una AFP ya contaban con los requisitos para acceder a la jubilación adelantada en el SNP, por tanto, su traslado al SPP constituyó -en teoría- la pérdida de un beneficio ya adquirido. (Abanto Revilla , 2013)

Para acceder a esta modalidad, prevista por la Ley N° 27617, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos concurrentes:

- Haberse afiliado al SPP con anterioridad al 2 de enero de 2002.
- Haber cumplido con los requisitos para obtener a una jubilación adelantada en el SNP, antes del ingreso al SPP.
- No encontrarse en los supuestos fijados para obtener una pensión de jubilación anticipada en el SPP, ni por labores de riesgo comprendidas en la Ley N° 27252.

Para el financiamiento de este supuesto se creó un Bono Complementario de Jubilación Adelantada (BCJA), que asegura que el afiliado obtenga una pensión cuyo monto no sea inferior de aquella que hubiera percibido en el SNP. (Abanto Revilla , 2013)

Potozén (como se citó en Abanto, 2013) expresa que el BCJA conlleva a una redención progresiva, en la medida que se aplicará al pago de la pensión del afiliado al agotarse los fondos de su CIC, incluido el BDR, si lo hubiera. Por ello, algunos autores afirman que -en la práctica- es un pago de forma fraccionada.

Elementos que determinan el monto de una pensión de jubilación:

Para determinar la cuantía de una pensión de jubilación, la SBS considera la influencia de varios factores:

- a) Edad: El valor de la pensión está en función a la expectativa de vida, por tanto, cuanto más joven se jubile una persona, mayor será la cantidad de recursos que se necesitará distribuir, razón por la cual, si existen dos afiliados del mismo sexo con distintas edades, pero tienen igual saldo acumulado en sus cuentas, la pensión del más joven será menor.
- b) Composición del grupo familiar: La declaración y acreditación de beneficiarios es de importancia para determinar las obligaciones que se generarán producto de la contratación de una pensión. Si omitieran declarar a alguno y, posteriormente, se presentará como tal, el valor de la pensión -del afiliado y los beneficiarios- se verá afectada por el recalcule que se realizará para regularizar dicha condición.
- c) Densidad de cotizaciones: Cuanto mayor regularidad pueda mostrar un afiliado en la realización de aportes, tiene mejores probabilidades de recibir una pensión de jubilación mayor. Por ejemplo, si en el transcurso de 10 años se realizaron 72 aportes (6 años), la densidad de cotizaciones será 60 %, por tanto, cuanto mayor sea la cantidad de aportes, mayor será también el saldo de la cuenta.
- d) Derecho al BDR: Si el afiliado tiene derecho a un bono, al momento de jubilarse va a tener mayores recursos en su CIC para financiar su pensión.
- e) Perfil de ingresos: Cuanto mayor sea la remuneración del afiliado, mayor será su nivel de acumulación de recursos.
- f) Tiempo de permanencia: Entendido como el número de años durante los cuales se puede -potencialmente- trabajar y generar ingresos. Mientras más joven sea el afiliado, su horizonte de aportes será mayor y también su capacidad para ahorrar.
- g) Modalidad elegida: Como el pago de pensiones se realiza en base al monto que se ha acumulado en la CIC, las diferencias entre las distintas opciones de percibir pensión, llamadas "modalidades de pensión" -que analizaremos más adelante-, se deben a la forma como se distribuye el

dinero en el tiempo. Esta decisión debe tomarse de acuerdo a las necesidades particulares de cada persona.

- h) Rentabilidad: Este factor que depende tanto del desempeño de la economía como de la capacidad de la AFP en materia de inversiones. A mayor rentabilidad, será también mayor el nivel de capitalización, por tanto, aumentará el saldo de la CIC. En este aspecto juega un papel importante la elección del tipo de fondo.

2. PENSIÓN DE INVALIDEZ.

La invalidez, según la SBS, es la condición médico-administrativa-laboral determinada por los comités médicos del SPP, que se presenta cuando el afiliado ha sufrido la pérdida del 50 % o más de su capacidad para trabajar. (Abanto Revilla , 2013)

Teniendo en cuenta el grado del menoscabo, puede ser parcial o total, y, según el nivel de recuperación, temporal o permanente.

- a) Invalidez parcial, cuando la disminución en la capacidad para trabajar es igual o mayor al 50 %, pero por debajo a los dos tercios.
- b) Invalidez total, cuando el deterioro en la capacidad para trabajar es igual o mayor a dos tercios (66.66 %).
- c) Invalidez temporal, cuando el examen médico considera que es capaz de recuperación en el tiempo.
- d) Invalidez permanente, cuando la evaluación médica considera que no es susceptible de recuperación. (Abanto Revilla , 2013)

La pensión de invalidez tiene tres fuentes de financiamiento: el saldo acumulado por el afiliado en su CIC, el BDR, si lo hubiera, y, el aporte adicional financiado por la empresa de seguros, en el supuesto que el asegurado cuente con cobertura.

En efecto, como hemos señalado anteriormente, el afiliado asume mensualmente no solo el pago de su aporte y de la comisión por administración a la AFP, sino también la prima del contrato de seguro de administración de riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, que obliga a la empresa de seguros

correspondiente a afrontar el pago de las pensiones transitorias y para completar el capital que se necesite -y no haya podido ser cubierto con el saldo de la CIC- para otorgar la pensión definitiva.

3. PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA: SUPUESTOS Y REFORMAS:

Es la prestación otorgada a determinados derechohabientes o dependientes del afiliado o pensionista que fallece, en tanto cumplan los requisitos previstos por la ley. Constituye un sustituto del ingreso que percibía -o hubiera percibido-el causante.

Las modalidades de pensión de sobrevivencia reconocidas, son las siguientes:

- a) Pensión de viudez.
- b) Pensión de orfandad.
- c) Pensión de ascendientes.

El derecho a una pensión de supervivencia o derivada no se adquiere por el solo hecho de tener un nexo sanguíneo con el causante, sino que es indispensable acreditar los requisitos fijados por la norma previsional. No estamos ante un beneficio del derecho sucesorio.

En su texto original, la Ley del SPP y sus normas reglamentarias preveían que la pensión de sobrevivientes solo sería otorgado al cónyuge o concubino, hijos menores de 18 años, hijos mayores de 18 años incapacitados de manera total y permanente para el trabajo, según dictamen del comité médico competente, y al padre y/o madre del afiliado o pensionista fallecido.

La Ley N° 29903 incorporó en esa norma a la Vigésima Disposición Final y Transitoria, que dispone equiparar la condición de acceso -en edad- de los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia del SPP, con aquellas aplicables al Decreto Ley N° 19990 (SNP), para que los beneficios previstos en ambos regímenes previsionales sean análogos.

Esta norma, reglamentada por el Decreto Supremo N° 068-2013-EF y complementada por el Decreto Supremo N° 166-2013-EF y la Resolución SBS N° 4831-2013, precisa que también serán beneficiarios de pensión de orfandad los

hijos mayores de 18 años que sigan estudios del nivel básico o superior de educación, en forma ininterrumpida y satisfactoria, dentro del periodo regular lectivo.

Se entiende por estudios de nivel básico o superior y centros de enseñanza que brindan estos, a los establecidos como tales en la Ley N° 28044 - Ley General de Educación.

Dejamos constancia que no están incluidos en dicho beneficio los estudios de posgrado, segunda profesión, ni segunda carrera técnica.

El carácter satisfactorio de los estudios se establece en función a la aprobación de todos los cursos o materias que forman parte del plan de estudios y tienen carácter obligatorio en el periodo regular lectivo anual o semestralmente, según corresponda.

Las AFP pueden verificar el cumplimiento de la continuidad en el estudio en el periodo regular, suspendiendo el pago de la pensión en caso de existir interrupción de estos. Se exceptúa de la sanción aquellos casos en que el beneficiario dejó de estudiar por motivos de salud, debidamente sustentados, o razones de fuerza mayor que no le sean atribuibles.

Cabe señalar, que en el tercer párrafo del artículo 44-A del Título VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del SPP, que es incorporado por el Decreto Supremo N° 166-2013-EF, se precisa que el beneficio de pensión de orfandad para los hijos mayores de 18 años que siguen estudios básicos o superiores será percibido solo hasta la edad máxima de 28 años, tomando como referencia el artículo 424 del Código Civil; sin embargo, cuando las normas previsionales (Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530) que contemplan igual prestación no establecen límite alguno, al seguir las pautas previstas por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC.

"Artículo 424.- Subsiste la obligación de proveer el sostenimiento a los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad (...)"

En efecto, cuando las Leyes N° 28389 y N° 28499 dispusieron, respectivamente, que se reforme tanto la Constitución como las reglas del Decreto Ley N° 20530, ambas normas fueron sometidas a un proceso de inconstitucionalidad, en el cual uno de los argumentos de inconstitucionalidad era el fijar como edad máxima para percibir pensión de orfandad por estudios los 21 años, ante lo cual el Tribunal expuso lo siguiente:

“La permisión de que los hijos que siguen estudio básico o superior puedan mantener una pensión de orfandad, incluso luego de haber cumplido la mayoría de edad, se fundamenta en cuando menos tres criterios concurrentes:

El derecho y el deber de los padres de mantener a sus hijos (artículo N° 6 de la Constitución);

El reconocimiento de la educación como un derecho y una garantía institucional del Estado social y democrático de derecho, que 'promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte', y que '[prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad]' (artículo 14 de la Constitución);
y,

La consideración de orden fáctico, según la cual, en el común de los casos, los hijos mayores de edad que siguen estudio básico o superior, no tienen la experiencia ni el tiempo que permitan generar un ingreso suficiente para cubrir tales estudios, además de sus necesidades básicas.

De ahí que exista una presunción de que (...) el monto de la pensión representa un ingreso indispensable.

En tal sentido, la finalidad primordial (...) consiste en que los hijos que sigan estudios básico o superior, puedan mantener el ingreso que les permita afrontar sus necesidades básicas, esto es, el ingreso que, en última instancia, les asegure, durante dicha etapa, mantener una vida acorde con el principio-derecho de dignidad.

Sucede que la medida que el legislador ha adoptado para alcanzar ese fin no resulta idónea, pues no se toma como referencia para el decaimiento de la

pensión el momento en el que el hijo culmina sus estudios, sino la fecha en la que cumple veintiún años. En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto".

Si bien la norma cuestionada en dicha oportunidad fijaba como límite máximo los 21 años de edad, el criterio es el mismo: la partida para el abatimiento de la pensión debe ser la oportunidad en que el hijo termina sus estudios. Este aspecto podría ser materia de una futura demanda de Acción Popular contra dicho decreto supremo, a menos que sea modificado oportunamente por el Ministerio de Economía y Finanzas. (Abanto Revilla , 2013)

4. PENSIÓN MÍNIMA Y MODALIDADES DE PAGO

4.1 Pensión mínima en el SPP

El SPP carece de una solidaridad intrínseca, pues no existen mecanismos asumidos por sus afiliados y/o las AFP que reconozcan o asuman el pago de beneficios para aquellos que no cuentan los fondos suficientes en sus CIC para acceder a una pensión. Todos los gastos adicionales que genera el sistema privado fueron asumidos por el Estado a través de bonos -regulares y complementarios- que son pagados con cargo al Tesoro Público.

Como justificación por la omisión de regulación del beneficio de la pensión mínima en el SPP peruano, Alfredo Romero, asesor del Ministerio de Economía y Finanzas, y uno de los responsables de la elaboración del anteproyecto de ley del SPP, señaló que ello correspondía a los modelos en los cuales el Estado ofrece dicha prestación como ventaja adicional, y en nuestro caso, la oferta -o beneficio- del Gobierno la constituía el BDR, criterio que carece de todo sentido técnico, más aún si tenemos en cuenta que la pensión mínima está presente en el SPP chileno, copiado por el Perú, junto con dichos bonos. (Abanto Revilla , 2013)

Para Morón y Carranza (como se citó en Abanto, 2013), la garantía de un ingreso mínimo tiene como finalidad cubrir a los afiliados ante la eventualidad que el fondo acumulado en sus CIC no sea suficiente para asegurarles un nivel

determinado -esencial o básico en el futuro. La obtención de este beneficio corresponderá solo a aquellos trabajadores que, a pesar de los esfuerzos realizados a lo largo de su vida laboral, no alcancen un monto suficiente de pensión a causa de los bajos salarios percibidos o la alta rotación laboral. Por ello, con el fin que esta prestación mínima contemple un grado justo de responsabilidad de los afiliados con su propia previsión, se establecen ciertos requisitos para acceder al citado beneficio.

Los afiliados que cumplieran estos requisitos, pero cuyos fondos fueran insuficientes en la CIC para financiar dicha prestación, tendrían derecho a un Bono Complementario de Pensión Mínima (BCPM), pagado por el Estado, que cubriría el diferencial. (Abanto Revilla , 2013)

Para Romero (como se citó en Abanto, 2013) afirma que, el SPP no ha sido capaz de otorgar -por sí mismo- una pensión mínima, y ha recurrido al Estado para que la subsidie con el dinero de todos los peruanos, pese a que -en sus palabras- la ausencia total de solidaridad de este sistema, reemplazada por la individualidad, ha logrado persuadir a los trabajadores que la evaluación del modelo de seguridad social tradicional era la medida más conveniente para tutelar sus derechos.

Morón (como se citó en Abanto, 2013) expresa que algunos autores consideran que las nuevas generaciones de trabajadores que se afilien al SPP no necesitarán de una pensión mínima, pues en un horizonte de 30 a 40 años de aportación su fondo previsional logrará capitalizar recursos suficientes, sin importar sus actuales niveles de ingreso. Este grupo estaría compuesto por los trabajadores menores de 25 años, afiliados desde 1993 hasta la actualidad -y a futuro- a una AFP.

4.2 Modalidades de pago de pensión

Los pensionistas del SPP pueden elegir entre cinco modalidades para el pago de sus prestaciones, las cuales tienen las siguientes características:

- a) Retiro programado: Es la modalidad dirigida por una AFP, mediante la cual el afiliado, manteniendo la propiedad sobre los fondos de su CIC,

efectúa retiros mensuales contra el saldo de dicha cuenta hasta que se extinga, en función a su expectativa de vida y a la de su grupo familiar.

- b) Renta vitalicia personal o familiar: Es la categoría por la que la afiliada contrata con una empresa de seguros una renta que se otorgará hasta el fallecimiento del último de sus beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivencia. Para dicho efecto, el afiliado traslada el saldo de su CIC a dicha empresa. Es irrevocable.
- c) Renta temporal con renta vitalicia diferida: Es la categoría por la que el afiliado mantiene en su CIC una parte del capital para que la AFP le pague una pensión por un número de años determinado (renta temporal) y utiliza la otra parte para contratar una renta vitalicia con una empresa de seguros.
- d) Renta mixta: Es la modalidad por la cual el afiliado -con una parte del saldo de su CIC)- contrata el pago de una renta mensual, a cargo de una empresa de seguros, bajo la modalidad de renta vitalicia familiar en Dólares Americanos, en tanto que con el fondo que permanezca en la CIC se otorgará una pensión bajo la modalidad de retiro programado. En este caso, la pensión total corresponderá a la suma de los montos de pensión percibidos por cada una de las modalidades.
- e) Renta vitalicia bimoneda: Es aquella modalidad por la cual el afiliado contrata, dos rentas vitalicias de manera simultánea: una en moneda nacional y la otra en dólares americanos, ambas otorgadas por la misma empresa de seguros.

Como se aprecia, a lo largo de los años el SPP ha procurado incorporar mecanismos que faciliten, de acuerdo a nuestra realidad, el pago de las pensiones a sus afiliados, pero ello no impide que se sigan presentando cuestionamientos a las cuantías de las mismas.

CAPITULO IV: REFORMAS A LA LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES POR LAS LEYES N° 30425 Y 30478

En el presente se precisara, si la reestructuración dada por los legisladores al Sistema Privado de Pensiones fue acertada o no; analizando la libertad en la disposición de los abonos de la cuenta de capitalización, primordialmente del 25% de los fondos para la adquisición de un primer inmueble y del 95.5% de los fondos sobre su desnaturalización o no de la finalidad previsional del Sistema Privado de Pensiones.

1. ANTECEDENTES:

Por el año 2014 la comisión de economía y finanzas del legislativo, expide dictamen por el que se acuerda acopiar iniciativas de ley con similar ofrecimiento, que buscaban cambiar la Ley del Sistema Privado de Pensiones.

De los comentarios recibidas por la comisión, se ubica el de la Superintendencia y AFP, quien determino que la modificación a la Ley del sistema privado no resultaría conveniente ni necesario para la finalidad de la seguridad social y el SPP, perjudicando radicalmente a los afiliados en cuanto a la cuantía de su pensión por reducción a los recursos de su CIC.

En diciembre del año 2015, la comisión, expide un pronunciamiento mediante el que incorpora el derecho de los aportantes al SPP de disposición del 25% de los abonos para adquirir un primer inmueble, y del 95.5% de sus aportes al cumplir 65 años de edad. En el mismo mes, envía el ológrafo de la ley 30425° al ejecutivo para promulgación, presentando este último objeciones a la ley 30425° al congreso.

En las objeciones del ejecutivo se incide en que la disponibilidad de los fondos pensionarios desnaturaliza la finalidad del sistema previsional, teniendo el estado que cubrir ciertas necesidades económicas de aquellos que decidieron disponer de su fondo y no le dieron un buen uso, para salvaguardas la vida e integridad de sus personas, finalizando que la ley vulnera la Carta Magna.

En abril del año 2016 la comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia financiera expide nuevamente opinión incidiendo en promulgar la ley 30425°, determinando que el derecho de libre disponibilidad de los ahorros de la CIC es una alternativa correcta, que lo prescrito constitucionalmente en tanto a la intangibilidad de fondos de la seguridad social, esta consiste en el uso no adecuado no de los asegurados sino de terceros, siendo que por insistencia se aprobó dicha Ley.

Aprobado la Ley N° 30425°, se generaría una incertidumbre respecto de que pasaría con el 4.5% restante de la CIC; por ello, se presentaron proyectos mediante el que se solicitaban que el saldo restante de 4.5% de los fondos sean derivados a Es Salud, no presentándose oposición en los proyectos de ley, la comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia emitió un dictamen favorable y con fecha 16 de junio el presidente del congreso aprueba la autógrafa de la norma ordenando publicarse, publicándose dicha modificatoria a la Ley del SPP el 29 de junio del año 2016. (Meza Espinoza, 2018)

2. REVISIÓN DE LEYES:

La Ley N° 30425 añadió dos derechos para los afiliados al SPP.

En primer lugar, otorgo el beneficio de disponibilidad de hasta por el 25% de la cuenta individual para cancelar una primera cuota por la adquisición de un hogar. En segundo lugar, determino que los afiliados que alcancen los 65 años de edad opten entre el otorgamiento de una pensión o la disponibilidad del 95.5% de su cuenta individual. (Meza Espinoza, 2018)

Por la Ley N° 30478, se clarifico algunas particularidades de la Ley N° 30425 que fueron omitidas. En el artículo 40 párrafo final de la Ley del SPP, fijaron la disponibilidad del 25% de la cuenta para cancelar primera cuota de la adquisición de una primera casa solo si se trata de un crédito otorgado por entidades financieras o para amortizar una hipoteca y respecto el 4.5% resultante del 95.5% que disponga el asegurado se determinó que se remitirá a Es Salud. (Ley N° 30478, 2016).

La modificación de tales beneficios para los afiliados genera que los ahorros de las cuentas individuales de capitalización sean empleados para adquirir un primer inmueble y utilizándose a la libertad los fondos sin importar el fin que se les da.

Las situaciones descritas originan incertidumbre sobre si los beneficios otorgados ponen en peligro al SPP por no permitir el cumplimiento del objetivo diseñado por el Sistema Privado de Pensiones.

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS INCORPORADAS AL SPP

Nivel Constitucional

Para la Constitución, la seguridad social es una organización jurídica que conecta otros derechos, como la pensión que trata de otorgar respaldo económico a las personas cuando no pueden seguir desenvolviéndose en la actividad laboral; reconociéndose que ante la afectación de la pensión la seguridad social se vería perjudicada igualmente.

“El derecho a la seguridad social como garantía institucional cuenta con una normativa constitucional que trata de proteger sus fines, entre estos se encuentra la intangibilidad de los fondos destinados a la seguridad social” (Meza Espinoza, 2018).

Cuando se incluyó el cambio de libertad de disponibilidad de la cuenta individual a sus asegurados, se pudo notar que la disponibilidad podría colisionar con la intangibilidad de los fondos de pensiones y de seguridad social. La intangibilidad de los recursos busca proteger no solo el mal uso de los fondos por parte de terceros sino también por parte del propio afiliado, teniendo un resultado de vulneración de la finalidad previsional que busca el sistema privado. (Meza Espinoza, 2018)

En el caso de la disponibilidad del 25% de la cuenta para la adquisición de una primera casa, la limitación a la garantía de intangibilidad de recursos se justifica por cuanto la finalidad que se busca coadyuva a la finalidad que buscan los fondos de pensiones y el derecho a la pensión. Con la obtención adelantada de una casa

se previene los egresos posteriores de un cesante, por cuanto los gastos para cubrir la necesidad de una casa serán mínimos por ya encontrarse anticipadamente cubierta. (Meza Espinoza, 2018)

“Mediante el derecho a la pensión se busca brindar una seguridad económica a la persona a fin de que satisfaga sus necesidades” (Meza Espinoza, 2018).

En el caso del beneficio de disponibilidad del 95.5% de los fondos cumplido los 65 años de edad; si bien los afiliados conservan un derecho patrimonial sobre los ahorros de la cuenta individual, este derecho no puede equipararse con el derecho de propiedad, por las particularidades que conserva el derecho a la pensión.

Los ahorros sumados en la CIC; sirve para el mantenimiento y soporte de la pensión de jubilación, si a estos fondos se les da una finalidad distinta aun cuando se tiene conocimiento que la CIC no percibirá más ingresos del afiliado por haber llegado a la edad necesaria, el objeto y fin previsional del sistema privado se desnaturaliza.

La normatividad analizada, la misma que introdujo modificaciones a la Ley del SPP dirige a un atropello de la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de pensiones, como consecuencia, altera la finalidad previsional del sistema privado vulnerando el derecho a la seguridad social el mismo que mandaba al sistema privado de pensiones cuidar a las personas frente a riesgos. Si la eventualidad que se quería prever era asegurar económicamente al afiliado, este no podrá ser posible con el beneficio de la libertad de disponibilidad de los ahorros del afiliado. (Meza Espinoza, 2018)

Nivel legal

El primer artículo de la Ley del sistema privado de pensiones prescribe:

“El SPP tiene por objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones, a efectos de otorgar protección ante riesgos de vejez” (Meza Espinoza, 2018).

Si la ley del SPP inicia del supuesto de que su objeto es contribuir al desarrollo de la seguridad social, autorizar al afiliado la disponibilidad de su cuenta de capitalización para cubrir una necesidad que perdurara en el tiempo. Al aprobar que se disponga del 25% de los fondos para la adquisición de una primera vivienda, el objeto del SPP no se ve quebrantado ya que se reserva la mayor parte de los ahorros de la CIC, garantizando con ello una pensión de jubilación.

Los fondos del afiliado incrementaran por los aportes que seguirán realizándose y también aprobara al afiliado cubrir una necesidad básica como la del hogar, el cual será costado por el afiliado con sus ingresos como trabajador, no afectando sus ingresos como pensionista. (Meza Espinoza, 2018)

En cuanto al derecho de disponibilidad de por hasta el 95.5% de sus aportes una vez obtenido los 65 años, surgen algunas interrogantes.

¿Si el afiliado dispone de sus fondos, como costearía el SPP una pensión de jubilación? ¿Como el SPP cumpliría con el objetivo de contribuir a que el sistema de seguridad social se desarrolle y fortalezca si por la libertad de disposición el SPP actuaría como un sistema obligatorio de ahorros?

Si el sistema privado no cuenta con los fondos de la cuenta de capitalización no podrá asistir a la consolidación ni al crecimiento del sistema de seguridad social viéndose alterada con esta disposición la progresividad del sistema de pensiones, ocasionando perjuicio de que los afiliados que dispongan los ahorros de su cuenta despilfarren su dinero y luego se acojan al Estado en busca de ayuda.

Por raciocinio existe una mayor posibilidad que una persona de edad avanzada despilfarre su dinero al no contar con el discernimiento ni experiencia para invertir a la medida para constituir negocios o empresas, aumentando el peligro de que los afiliados que dispongan sus fondos pierdan su dinero.

“El reconocimiento del derecho de libre disposición del 95.5% de la CIC al afiliado desnaturaliza tanto el objetivo como el sentido del SPP” (Meza Espinoza, 2018).

La ley del sistema privado resulta incongruente al fijar primero que tiene por objetivo coadyuvar a la seguridad social en el ámbito de pensiones por intermedio de la cuenta individual que sirven para sujetar una pensión de jubilación y al final de la misma fijar la existencia de un derecho de libertad de disponibilidad de los fondos por los afiliados una vez alcanzado los 65 años por ser de su propiedad.

Nivel doctrinal

El desarrollo doctrinal sobre la disponibilidad de los fondos de pensiones mínima, no accediendo a información trascendental, en el ámbito de la jurisprudencia solo existe un enfoque sobre conceptos no así sobre la libre disposición de la CIC.

3. LIBERTAD DE FONDOS EN PAÍSES DE LA REGIÓN:

El tema en estudio, es una innovación respecto a la libertad de disposición de recursos de la CIC a nivel de países de la región. Verificando legislaciones no se han encontrado antecedentes legislativos ni políticos en los países sudamericanos que permitan a sus afiliados acceder a un porcentaje de sus cuentas, por lo que, la decisión adoptada en nuestro país servirá como experimento para que futuros países puedan acoger e implementar o no estas medidas.

Por consignar algunos ejemplos en Chile, la legislación no permite que afiliados al sistema privado dispongan de algún tipo de porcentaje para fines distintos a los seguros de pensiones y salud; por su parte, en Argentina, las administradoras de fondo de pensiones tampoco autorizaron el retiro de fondos para fines distintos al de pensión, aun cuando en dicho sistema se implementaron reformas por inconvenientes en los manejos de los fondos, administrando actualmente el sistema privado el sistema público argentino.

4. ESTUDIO DE LA DISPONIBILIDAD DEL FONDO DE PENSIONES:

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

“El fin previsional del SPP al disponerse del 25% de la CIC no se ve afectado; el objetivo de disponer el 25% de la CIC es cubrir una contingencia futura, cubrir la necesidad de vivienda de forma anticipada” (Meza Espinoza, 2018)

El sistema privado cuando aprueba cubrir anticipadamente al afiliado el apuro de vivienda de manera indirecta cubre una necesidad que acompañara aun cuando sea pensionista, con ello al proteger una necesidad prevé una reducción de gastos de la pensión. La disponibilidad del 25% para adquirir un primer inmueble se justifica al cubrir el costo que implicaría al afiliado el apuro de la vivienda con los ingresos de su cesantía.

La finalidad del sistema privado no se afectaría por cuanto los recursos del afiliado incrementarían por los aportes que seguirán realizándose y también aprobará al afiliado cubrir una necesidad básica como la del hogar, el cual será costado por el afiliado con sus ingresos como trabajador, no afectando sus ingresos como pensionista

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

Si la esencia previsional del sistema privado es velar por un soporte económico para el afiliado a través de una pensión de jubilación; cuando se permite la disponibilidad del 95.5% de su cuenta al cumplir la edad, la finalidad previsional pierde su objetivo al no prever problema alguno, para convertirse en fondo de ahorros obligatorios, vulnerándose el fin del sistema prescrito artículo primero de su legislación, afectándose la seguridad social como garantía constitucional. Esta disposición resulta incongruente y riesgosa; se pone en riesgo al sistema y al afiliado. La libertad de disponer del 95.5% de los fondos vulnera la esencia previsional al adulterar el objeto de su creación, desamparando a sus afiliados por el no apoyo a la seguridad social. (Meza Espinoza, 2018)

5. INTANGIBILIDAD DE LOS FONDOS DE PENSIONES:

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

Si afirmamos que el fondo de pensión al ser parte de la organización constitucional del derecho a la seguridad social, es intangible por orientarse a prevenir alguna contingencia. Cuando se concede la libertad de disposición del 25% de la cuenta individual para la adquisición de un primer inmueble, la ley opone dos normas constitucionales; el derecho a la vivienda y la intangibilidad de los fondos de pensiones.

El derecho a la vivienda es reconocido por la Constitución de 1993, vinculado con la dignidad humana que permite tener un ambiente adecuado en donde poder acrecentar, desplegarse, buscando el bienestar personal; permite gozar y aceptar de forma más acomodada a otros derechos fundamentales.

La intangibilidad de los fondos de pensiones al ser garantía constitucional de la seguridad social crea igualmente un soporte para el afiliado a futuro para la adquisición de una pensión.

Si se finaliza que la pensión busca un soporte económico al afiliado a fin de cuidarlo de las contingencias provenientes de la edad avanzada y se busca diferente destino a los ahorros de la cuenta individual; el nuevo modelo debe de ser más notable que la seguridad económica prevista.

La jubilación busca proteger económicamente al afiliado a fin de cubrir sus necesidades. Con el empleo del 25% de su cuenta se busca otorgar al afiliado la manera de que pueda acceder a un primer inmueble o a un crédito que facilite su adquisición.

Esta norma resulta razonable puesto que cubre un apuro del afiliado cuando se encuentra trabajando; faculta al asegurado continuar contribuyendo a su fondo para su futura cesantía y adicional tener disponibilidad a adquirir un hogar, cancelándolo con sus ingresos como trabajador en actividad para posterior cuando

se jubile sus ingresos no se afecten al solventar la adquisición de un inmueble o la cancelación de alquiler de un inmueble para uso vivienda. (Meza Espinoza, 2018)

El sistema privado cuando aprueba cubrir anticipadamente al afiliado el apuro de vivienda de manera indirecta cubre una necesidad que acompañara aun cuando sea pensionista, con ello al proteger una necesidad prevé una reducción de gastos de la pensión. La disponibilidad del 25% para adquirir un primer inmueble se justifica al cubrir el costo que implicaría al afiliado el apuro de la vivienda con los ingresos de su jubilación.

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

En el sistema de capitalización que administran las AFP sus fondos y reservas también tienen carácter intangible por disposición constitucional, lo que quiere decir que sus fondos no pueden ser utilizados para fines distintos al otorgamiento de una pensión de jubilación alcanzada la contingencia de sus afiliados. Si se autoriza a sus integrantes disponer libremente de por hasta el 95.5% de su cuenta el fin de la seguridad previsional se vería imposibilitado de realizarse, por cuanto ya no existirían recursos para que se pueda conceder el pago de una pensión no existiendo fondos económicos. Si nuestra Carta Magna prescribe que los recursos de la seguridad social son intangibles y las cuentas de capitalización son parte integrante de la seguridad social, dejar al libre albedrio de los inscritos al régimen privado el retiro de sus fondos, vulnera la garantía constitucional de su intangibilidad. En el sistema privado lo que se busca es generar recursos para cuando sus afiliados se encuentren imposibilitados de continuar una vida laboral activa, por edad, incapacidad e incluso fallecimiento, cuenten con soporte económico para solventar su pensión e incluso la de sus familiares, finalidad que no cumpliría con el retiro total de sus aportes.

6. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD:

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

Por el principio de dignidad, todas las personas nos debemos respeto en tanto todos somos iguales ante la Ley, estos derechos deben verse materializados en nuestra sociedad y a través de las políticas de gobierno en bienestar de todos. Al concederse la oportunidad de que los integrantes del sistema privado puedan adquirir un primer inmueble disponiendo hasta el 25% de su cuenta, el principio de dignidad no se afecta, por el contrario, se refuerza, mejorando el nivel de vida al cubrir una necesidad fundamental, reforzando la dignidad de las personas. Asimismo, la economía del afiliado se ve aliviada generando bienestar que se reflejaría en un ahorro y el llenar otras carencias que conducirían a un mejor estilo de vida.

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

“El Estado también tiene la obligación de proporcionar, cauces mínimos para que la persona pueda lograr su desarrollo y bienestar” (Tribunal constitucional, Exp.2016-2004).

El legislador al autorizar que los miembros del Sistema Privado retiren hasta el 95.5% de su fondo, si bien deja al libre albedrío el retiro de un bien que es parte del patrimonio del afiliado, adicional a ello lo desampara de cualquier eventualidad y necesidad, descuidando su bienestar. La disponibilidad del retiro de este porcentaje, perjudica el patrimonio económico de los adscritos al SPP vulnerando el principio de dignidad del ser humano y el objetivo del sistema de proteger el bienestar del individuo cuando el administrado no logra dar un buen uso al fondo retirado. Adicional al riesgo de la dignidad del administrado este retiro y su mal uso pone en riesgo su propia vida; aun cuando este se encuentra en la última etapa de su vida, la vejez, permitirle disponer de los fondos pone en riesgo su subsistencia y su nivel de vida, resultando una mala decisión el autorizar e incluso el retirar los fondos de la CIC.

7. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA:

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

Autorizar al afiliado la disponibilidad de un porcentaje de sus ahorros de su cuenta individual afecta la vida como derecho, en una manera positiva. Tener un bien como hogar que constituye una vivienda aprueba afirmar una mejora en la calidad de vida del afiliado, puesto que, remediará una necesidad primordial.

Tomando a consideración lo determinado por el TC en que la vida como derecho implica de igual manera sostener una calidad y estándar de vida, manteniendo una altura de bienestar acomodado, cuando el sistema privado concede al afiliado acceder a un inmueble propio, facilita al afiliado mejorar su nivel de vida cubriendo necesidad básica.

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

Cuando se autoriza la disposición del 95.5% de los fondos del afiliado al SPP alcanzada los 65 años la vida como derecho comprendido como estándar de bienestar adecuado o vida digna en la que se pueda cubrir las necesidades del afiliado y el peligro de perder la vida en sí, se ven afectados ya que al entregarse los ahorros pone en peligro al afiliado de que en un determinado momento no cuente con la economía suficiente con que sobrevivir y en el peor supuesto peligrar su existencia al no contar con ingresos para subsistir. Conceder la libertad de disposición de un fondo al afiliado, el que está destinado a su subsistencia alcanzada la última etapa de su vida, el envejecimiento, es riesgoso para el afiliado, así como para el sistema. Si una persona en el transcurso de su vida activa laboralmente no administrado conscientemente su ingreso resulta imposible lo haga en etapa de jubilación, esto conlleva a que la persona ponga en riesgo los fondos económicos necesarios para sobrevivir, exponiendo además de su estándar su existencia.

8. AFECTACIÓN AL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL:

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

Autorizar al aportante al sistema privado use un porcentaje de sus ahorros de su cuenta a adquirir un primer bien como hogar no altera las políticas de seguridad social ni el derecho mismo. Acceder a un inmueble – hogar propio integra la esencia de seguridad social del País y la sociedad. La libertad de disponibilidad del 25% al no afectar la finalidad previsional del sistema privado no afecta tampoco el derecho a la seguridad, por tener en claro que una casa es parte de las necesidades que para el aportante perduran en el tiempo aún al ser cesante o pensionista.

Es importante tomar en cuenta que una parte esencial de la organización de la seguridad social es integrada por el derecho a la vivienda, el cubrir esta obligación de manera íntegra permite asistir con los demás derechos que protege. Debe tenerse claro que el aportante que accede a este beneficio, seguirá aportando a su CIC lo que permitirá seguir incrementando sus fondos para un otorgamiento digno de su pensión. (Meza Espinoza, 2018)

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

Cuando se faculta a los aportantes que al cumplir los 65 años de edad pueden disponer del 95.5% de sus ahorros de su cuenta individual, se altera la finalidad del sistema previsional privado por vulnerar el fin del derecho a la seguridad social. El fin de la seguridad social es el de la protección de sus afiliados frente a contingencias, si el sistema privado los desprotege de cualquier eventualidad transgrede el fin que la seguridad social le encomendó como parte del sistema.

Este derecho como salvaguarda constitucional se ve alterada por la libertad para el retiro de fondos en un 95.5% primeramente, cuando la misma Ley se auto vulnera al evidenciar que su objeto no pueda reflejarse en la realidad al autorizar, al aportante entre optar por una pensión o retirar sus fondos. Es así que la intangibilidad de los fondos se ve lesionado al considerarse que son parte de la

seguridad social, consecuentemente al no recaudar fondos necesarios la finalidad previsional que buscaba el sistema privado no se cumpliría por insuficiencia de fondos para este objeto. Estos hechos continuos alteran al la seguridad social como protección constitucional que intenta salvaguardar a los seres frente a los avatares de la vida. (Meza Espinoza, 2018)

9. DERECHO A LA VIVIENDA Y DERECHO A LA PENSIÓN

DISPONIBILIDAD DEL 25%:

El hogar entendido como un derecho está vinculado a la dignidad humana permitiendo el derecho a obtener un ambiente adecuado en el que se pueda desenvolver libremente. Es punto de partida para que se pueda adquirir y gozar de otros derechos. El derecho a recibir una pensión es aquel que protege a una persona generándole seguridad económica, desde que cesa laboralmente, cumpliendo con los requisitos legales hasta la dación de un pago mensual que adquiere el nombre de pensión de jubilación.

La pensión como un derecho busca cubrir ciertas fatalidades de los jubilados, dentro de las obligaciones a proteger se encuentran aquellas que se necesita de recursos económicos para su cancelación, encontrándose la de tener un hogar – vivienda.

Los desembolsos de contar con un hogar generan en un jubilado en caso de no tener una, desembolsar dinero por alquiler o compra con sus ingresos pensionarios. La casa es una obligación que nace y muere con el ser humano, manteniéndose a través del tiempo, es así que el Estado a través de programas sociales promueven la adquisición de viviendas para disminuir gastos al buscar alquilar una. Al encontrarse en un conflicto de prevalecía entre el derecho a la vivienda y el de la pensión, el derecho a la vivienda predominara.

Autorizar que los integrantes del sistema privado utilicen sus ahorros de su cuenta individual con fines previsionales para adquirir un primer inmueble es adecuado, no se encuentra razón para predominar la intangibilidad de sus fondos a una

pensión a futuro, si los pagos de esta pensión reducirán para cubrir gastos de hogar.

Aun cuando el legislador habla de inmueble y no de lugar de residencia, esta mención debe entenderse como bien destinado a un hogar por ser la finalidad de la Ley. Conceder a los adscritos al sistema privado autorización para adquirir un primer inmueble disponiendo de sus fondos, es lógico que se utilice el término inmueble acorde a vuestra realidad; muchas veces las personas prefieren comprar un terreno y construir luego en este su vivienda. (Meza Espinoza, 2018)

10. LOS FONDOS DE LAS CIC Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

DISPONIBILIDAD DEL 25%

“Los afiliados si bien tienen un derecho patrimonial sobre los fondos de la CIC, ello no es óbice para establecer que tienen un derecho de propiedad” (Meza Espinoza, 2018).

Cuando la Ley prescribe la disponibilidad del 25% por parte del aportante al sistema privado para adquirir un primer inmueble no reconoce la propiedad de los fondos, lo que busca es predominar un derecho avalando un interés superior, el cual es la seguridad social. No se puede afirmar que esta disposición reconoce implícitamente la propiedad de las cuentas, por cuanto la libertad de disponibilidad está circunscrita a cubrir ciertas necesidades legalmente parametrizadas, (primer inmueble, crédito hipotecario, entidad del sistema financiero).

Para imaginar que la Ley de disponibilidad de este porcentaje concede un derecho de propiedad debería existir derecho de uso y disfrute de los fondos, lo cual no existe, la disponibilidad tiene limitaciones legales direccionando el fondo a la adquisición de un primer inmueble.

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

Otorgar el derecho al afiliado del sistema privado de disponer hasta el 95.5% de sus ahorros razonando que son de su propiedad, es errado, los aportes al SPP tienen como finalidad crear un fondo individual para cuidar al aportante de los riesgos propios de la vida y la edad, y no ser una cuenta con devolución al cumplir 65 años de edad.

Cuando se faculta a los aportantes que al cumplir los 65 años de edad pueden disponer del 95.5% de sus ahorros de su cuenta individual, se altera la finalidad del sistema previsional privado por vulnerar el fin del derecho a la seguridad social. El fin de la seguridad social es el de la protección de sus afiliados frente a contingencias, si el sistema privado los desprotege de cualquier eventualidad transgrede el fin que la seguridad social le encomendó como parte del sistema. Al permitir la ley, la disponibilidad de estos fondos se está reconociendo un derecho de propiedad a que el aportante haga uso de estos fondos, disfrutar y tener una libre disponibilidad.

Este reconocimiento conlleva una violación a la naturaleza previsional. Reconocer el derecho de usar y disfrutar sus fondos, vulnera el objeto trazado por la ley previsional privada de asistir a la seguridad social, ya no estaríamos ante el sistema previsional sino de ahorro con devolución.

11. TEST DE PONDERACIÓN

DISPONIBILIDAD DEL 25%

- Idoneidad

La vivienda es un derecho fundamental para todo ser humano, es necesario que toda persona cuente con un hogar, desde su nacimiento hasta su muerte. Configura un ambiente de desarrollo personal y de interrelación entre familias, sin una vivienda resulta casi imposible que se constituya un hogar, por ser un aprieto trascendental califica como derecho fundamental.

Autorizar que los integrantes del sistema privado utilicen sus ahorros de su cuenta individual con fines previsionales para adquirir un primer inmueble es idóneo, no se encuentra razón para predominar la intangibilidad de sus fondos a una pensión a futuro, si los pagos de esta pensión reducirán para cubrir gastos de hogar.

- Necesidad

Los desembolsos de contar con un hogar generan en un jubilado en caso de no tener una, desembolsar dinero por alquiler o compra con sus ingresos pensionarios. La casa es una obligación que nace y muere con el ser humano, manteniéndose a través del tiempo, es así que el Estado a través de programas sociales promueven la adquisición de viviendas para disminuir gastos al buscar alquilar una. Al encontrarse en un conflicto de prevalecía entre el derecho a la vivienda y el de la pensión, el derecho a la vivienda predominara.

Con la disponibilidad del 25% se incentiva a los afiliados al sistema privado adquirir un primer inmueble, ampliando oportunidades a personas que realizan actividad económica independiente que no cuenten con una vivienda.

- Ponderación en sentido estricto

Primar el derecho a una vivienda por encima de la intangibilidad de fondos previsionales, se justifica en el hecho que con disponer de un porcentaje de estos ahorros se cubre una necesidad básica (hogar) que perdura aun cuando el aportante pasa a ser jubilado, limitando un gasto significativo y fortaleciendo la seguridad social. Bajo esta regla, este principio ratifica que su legislación es idóneo, necesario y ponderado en sentido estricto.

DISPONIBILIDAD DEL 95.5%:

- Idoneidad

La seguridad social vista como una garantía constitucional y protector de recursos previsionales intangibles, buscan la dación de un pago de jubilación; está garantía vela por el respaldo de un seguro a sus afiliados a través de un pago mensual de una pensión, evitando la disposición inadecuada y el despilfarramiento de estos fondos para fines distintos.

Autorizar a los aportantes al sistema privado la facultad de retirar el 95.5% de su cuenta, reconoce implícitamente la propiedad de sus fondos, vulnerando la intangibilidad de los aportes previsionales, no resultando idónea esta medida porque quebranta un derecho constitucional que busca proteger de cualquier contingencia sus a los afiliados al SPP.

Si el sistema previsional privado tiene por objeto coadyuvar a la seguridad social, resulta imposible la finalidad si con esta disponibilidad ya no existirían fondos para la protección. Al conceder al aportando un derecho de propiedad de su cuenta, el SPP se desnaturaliza a sí misma.

- Necesidad

El retiro del 95.5% de la cuenta individual no es una medida necesaria ni mucho menos idónea para el objetivo y finalidad del sistema previsional privado, atentando contra la propia subsistencia de sus afiliados, violentando el derecho fundamental a la seguridad social, debiendo analizarse otras medidas más adecuadas acorde con la protección constitucional.

- Proporcionalidad en sentido estricto

La libertad de disposición analizada no resulta prudente, vulnera derechos constitucionales como la seguridad social y a una vida digna, aumentando riesgo de subsistencia de los afiliados.

Para concluir se puede afirmar que esta libertad de fondos no resulta proporcional, por no ser una medida con fines protectores socialmente, por el contrario, desnaturaliza el sistema, desprotegiendo y desamparando a los afiliados. La medida dictada por los legisladores no solo resulto inadecuada sino también desproporcionada para la finalidad constitucional de la seguridad social.

III. CONCLUSIONES

1. El derecho a la seguridad social y el de vivienda no se oponen, por el contrario, se asisten. Autorizar que los integrantes del sistema privado utilicen el 25% de sus ahorros de su cuenta individual con fines previsionales para adquirir un primer inmueble es adecuado, no se encuentra razón para predominar la intangibilidad de sus fondos a una pensión a futuro, si los pagos de esta pensión reducirán para cubrir gastos de hogar.
2. La seguridad social y la intangibilidad de las aportaciones resultan contrarias al derecho de propiedad que ejercitan los afiliados sobre sus fondos al poder disponer del 95.5%. Cuando se faculta a los aportantes que al cumplir los 65 años de edad pueden disponer del 95.5% de sus ahorros de su cuenta individual, se altera la finalidad del sistema previsional privado por vulnerar el fin del derecho a la seguridad social. El fin de la seguridad social es el de la protección de sus afiliados frente a contingencias, si el sistema privado los desprotege de cualquier eventualidad transgrede el fin que la seguridad social le encomendó como parte del sistema. Al permitir la ley, la disponibilidad de estos fondos se está reconociendo un derecho de propiedad a que el aportante haga uso de estos fondos, disfrutar y tener una libre disponibilidad sobre estos.
3. La Ley del Sistema Privado de Pensiones al reconocer a los afiliados el derecho de libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC, vulnera el carácter intangible de los fondos de pensiones. No interesa si los fondos de pensiones provienen de una CIC administrada por el Sistema Privado, al formar parte de la estructura de garantía de seguridad social su objeto es el de prever contingencias. Los fondos de pensiones tienen por norte prever una seguridad económica al afiliado a fin de que en un futuro cuando por circunstancias de edad o invalidez al verse impedidos de ser laboralmente activo, tengan la seguridad de contar con un ingreso económico, fijo, periódico y permanente que le permita cubrir sus necesidades básicas. La intangibilidad de los fondos de pensiones tiene por objeto proteger y construir un fondo que sirva para que el afiliado goce de una pensión futura. Los fondos de una CIC no pueden ser destinados a un fin distinto al previsto por la norma, salvo que dicho destino o uso que puede darse coadyuven con la finalidad del SPP.

4. No resulta coherente conceder la disponibilidad de los fondos de la cuenta a los aportantes del sistema previsional privado por encima del carácter constitucional de la intangibilidad de fondos. Si el fin del sistema previsional es cuidar económicamente a sus afiliados cuando cesen en sus labores, como cumplir la meta si no existirían fondos suficientes para ello. Lo que se crea con la facultad de disponibilidad de los aportes es un riesgo para sus aportantes y desnaturalizar el sistema previsional, por cuanto funcionara como una simple cuenta de ahorros al devolver sus fondos, sin importar su garantía ni protección constitucional.

5. Con la libertad de utilización de los fondos de las cuentas individuales, el Estado pierde su función primordial de garante de la seguridad social, desamparándolo constitucionalmente y vulnerando su intangibilidad. La Ley del sistema privado de acuerdo a lo abordado en el presenta resulta inconstitucional por vulnerar su finalidad y objetivos prescritos en los artículos 10º, 11º, 12º de la Constitución.

IV. RECOMENDACIONES

- El Sistema Previsional Privado requiere una reforma que permita a los aportantes obtener una pensión más justa y equitativa a las necesidades actuales del País. Con la facultad de disposición de los aportes de la cuenta individual, se desampara y atenta en su mayoría contra la vida y dignidad de la persona, por cuanto alcanzada una determinada edad y al no llevar una adecuada administración de su dinero, caerían en una desprotección cuya carga y responsabilidad debe ser asumida por el Gobierno.
- La reforma al Sistema Previsional Privado debe mantener los fines de su creación, no desnaturalizarlo. El nuevo esquema previsional, podría generar un sistema de pensiones más fuerte a los problemas y asegurar la idoneidad de pensiones, un sistema de reparto tiene mejor gestión en temas de protección social y ayuda entre diferentes estratos de la población, y un sistema de capitalización individual privado marcha mejor con el mercado de trabajo. Fusionando ambos sistemas se abordan distintos problemas.
- La disponibilidad del 95.5% de los fondos de la cuenta del afiliado fijado por Ley de acuerdo a la finalidad y objetivos del Sistema Previsional resultaría inconstitucional y debería ser declarado así por el máximo Tribunal del País, ordenando su inaplicación y ratificando la intangibilidad de los fondos de pensiones y su protección constitucional prescrita en los artículos 10°, 11° y 12° de nuestra Carta Magna.

V. BIBLIOGRAFIA

- Suplemento Especial. (27 de Agosto de 1992). *Diario Gestión*, pág. 2.
- Abanto Revilla , C. (2013). *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Aguirre, H., Ávila S., F., & Del Rio A., G. (1995). *Pensión de invalidez. Proceso de evaluación y calificación de la pérdida en la capacidad de trabajo*.
- Barco , D., & Iberico, J. (2010). *Pensiones en nuevos soles: Ampliando las alternativas de los pensionistas*. Revista Moneda, Banco Central de Reserva del Perú.
- Bernal, N., Perea, H., Tejada, J., & Tuesta , D. (2008). Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones: Diagnóstico y propuestas. *Estudios Previsionales del BBVA*.
- Cinelli, M. (2007). *Diritto della previdenza sociale*. Torino: Giappichelli Editore.
- Cruz Saco, M. A., Seminario, B., Leiva, F., Moreno, C., & Zegarra, M. A. (2018). *El porvenir de la vejez: Demografía, empleo y ahorro*. Lima: Fondo editorial, Universidad del Pacífico.
- Doublet, J. (1957). *Sécurité sociale*. Paris: PUF.
- Dupeyroux, J. (2005). *Droit de la sécurité sociale*. Paris: Dalloz.
- Durand, P. (1953). *La politique contemporaine de sécurité sociale*. Paris: Dalloz.
- Fajardo Cribillero, M. (1992). *Teoría general de la Seguridad Social*. Lima: Ediciones Luis Alfredo.
- Gálvez Barrenechea, J. (1985). *Nuestra pequeña historia*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Gerig, D. (1995). *La edad de pensión en los regímenes de pensiones de vejez*.
- Grzetich Long, A. (2005). *Derecho de la seguridad social: Concepto y evolución histórica de la seguridad social Antonio Grzetich Long*. Fundación de Cultura Universitaria.

- Martí Buffil, C. (1964). *Derecho de la Seguridad Social: Las prestaciones*. Madrid: Diana.
- Masías, L., & Sánchez, E. (2006). *Competencia y reducción de comisiones en el sistema privado de pensiones: El caso peruano*.
- Mendiola, A., Aguirre, C., Buendía, D., Chong Shing, J., Segura, M., & Segura, M. (2013). *Análisis del Sistema Privado de Pensiones: Propuesta de reforma y generación de valor*. Lima: ESAN EDICIONES.
- Meza Espinoza, L. A. (31 de Mayo de 2018). Obtenido de "La naturaleza del fin previsional del Sistema Privado de Pensiones frente a la libre disponibilidad del 25% y 95.5% de los fondos de pensiones implementado mediante ley N° 30425 y 30478" (Tesis de posgrado): http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12122/MEZA_ESPINOZA_NATURALEZA_PENSIONES.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- Miranda Salas, E., & Rodríguez Silva, E. (1997). *Análisis del Sistema de Fondos de Pensiones: Perspectivas e interrogantes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Montoro, C. (1999). *Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas*. Estudios Económicos. Banco Central de Reserva del Perú - BCRP.
- Montoya Chávez, V. (2008). El principio previsional de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional. *IUS La Revista*, 315-316.
- Morón, E., & Carranza, E. (2003). *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): Avances, retos y reformas*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Neves Mujica, J. (1987). *La Seguridad Social en la Constitución*. Lima: Cultural Cuzco Editores.
- Olivera Angulo, J. (2010). *Recuperando la solidaridad en el sistema de pensiones peruano: Una propuesta de reforma*. Piura: CIES.

- Palacios Rodríguez, R. (1998-2000). *Aproximación histórica al quehacer político del Perú moderno: 1930-1968, en historia del Perú republicano*. Lima: Universidad de Lima.
- Perpiña, A. (1972). *Socióloga de la seguridad social*. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorro.
- Piñera Echenique, J. (1991). *El cascabel al gato: La batalla por la Reforma Previsional*. Zig-Zag.
- Plá Rodríguez, A. (1999). *Estudios de la Seguridad Social*. Estados Unidos: Fundación de Cultura Universitaria.
- Potozén Braco, B. (2011). *La jubilación adelantada en el Sistema de Pensiones Peruano*. Lima.
- Rendón Vásquez, J. (2008). *Derecho de la Seguridad Social*. GRILEY.
- Saintjours, Y. (1980). *Le droit de la sécurité sociale*. Paris: LGFJ.
- Salvador Valdés, P. (2002). *Políticas y mercados de pensiones: Un texto universitario para América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Wong Fupuy, C. F. (1994). Notas sobre la estimación de prestaciones a otorgarse en el Sistema Privado de Pensiones. *DIALNET*, 121-148.