

## ¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

*Is the fact that a pension private system's affiliate can access up to 95.5% of it's individual capitalization account funds constitutional?*

Recepción: 20.04.17 / Aceptación: 20.08.17



### Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil\*

**Resumen:** Mediante el presente artículo, la Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil realiza una aproximación al Sistema Privado de Pensiones en el Perú, las principales modificaciones introducidas por la Ley 30425 y, finalmente, se analiza la constitucionalidad de la disposición que permite que el afiliado pueda acceder hasta el 95,5% de sus fondos.

**Palabras clave:** seguridad social, sistema privado de pensiones, cuenta individual de capitalización, fondos privados.

**Abstract:** *Through this article, the Investigation Commission of the Commercial Law Team makes an approximation to the Private Pension System in Peru, the main changes introduced by Law 30425 and, finally, the constitutionality of the provision that allows the member can access up to 95.5% of its funds.*

**Key words:** *Social security, private pension system, individual capitalization account, private funds.*

---

\* Artículo realizado por los miembros de la Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil: Pía Stephania Calle Cabrera, Cristian Mauro Mora Cabrera, Pamela Bethsabé Antonio Vásquez, Helene María Juarez Valdez y Anyela Yesica Flores Yapuchura.

*¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?*

## I. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social, como es entendida en estos tiempos, es un término que tuvo su origen en el concepto 'Estado de Bienestar' el cual empezó a ser utilizado en Alemania a finales del siglo XIX; sin embargo, la poca precisión de este concepto producía su rechazo en gran parte de la sociedad, por lo que empezó a utilizarse el término 'Estado Social' el cual evitaba la confusión que se producía en Estados Unidos con los conceptos Welfare y Social Security<sup>1</sup>. De este modo, empezó a utilizarse el término 'Seguridad Social' pero no fue hasta el siglo XX en que los Estados modernos empezaron a utilizar el término como es conocido en la actualidad y asumieron mayor responsabilidad en ello.

Si bien a lo largo de la historia se ha visto que nuestro ordenamiento peruano ha tomado distintas posturas y nombres acerca del 'Estado', en la actualidad, nuestro ordenamiento ha adoptado la figura del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>2</sup>, la cual implica una nueva perspectiva del 'Estado Social' asumiendo, de este modo, la necesidad del Estado de brindar a la población un mínimo básico de bienestar a través de prestaciones positivas relacionadas con la salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, entre otras materias<sup>3</sup>.

- 1 GARCÍA, Jesús. (1999). Seguridad Social, Pobreza y Sector Informal en América Latina. Tesis doctoral en economía financiera y contabilidad. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y empresariales. pp.3.
- 2 Conforme a lo establecido en nuestra actual Constitución Política del Perú en su artículo 43, la cual indica que nuestro Estado es democrático y social, independiente y soberano (distinto de lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1979 que indicaba que era un Estado Liberal de Derecho).
- 3 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (11.02.2016). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007#1](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007#1)

Es importante tomar en cuenta el rol del Estado frente a la sociedad debido a que, en cuanto al tema de las Administradoras de Fondo de Pensiones, se aprecia que es deber del Estado el de velar por la seguridad social de los individuos que la conforman para proteger a los segmentos de la sociedad en la última etapa de sus vidas y evitar que las nuevas generaciones se vean afectadas por la necesidad de mantener a sus familiares de edad avanzada<sup>4</sup>.

Por lo anteriormente expuesto, las pensiones comienzan a tener mayor relevancia y no solo se empieza a concientizar a las personas de su importancia sino también se adoptan medidas de aportes voluntarios destinados a su futura pensión.<sup>5</sup>

En el Perú, las pensiones están integradas en regímenes entre los cuales destacan principalmente el Sistema de Cédula Viva, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. Precisamente este último régimen está regulado principalmente por el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones aprobado por Decreto Supremo 053-97-EF, publicado el 14 de mayo de 1997 en el Diario Oficial El Peruano y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 004-98-EF. Al respecto, el primero de ellos ha sido objeto de modificaciones legislativas a lo largo de los años, no obstante, la más polémica tuvo lugar durante el 2016, cuando mediante la Ley 30425, se dispuso que los afiliados de las Administradoras de Fondos de Pensión, a partir de los 65 años de edad, podrían retirar hasta el 95, 5% del total del fondo disponible en

[www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007#1](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007#1)

- 4 MENDIOLA, Alfredo y otros. (2013). Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor. Primera edición. Lima: Esan ediciones. pp.15.
- 5 BERNAL, Noelia y otros. (2008). Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones: Diagnóstico y propuestas. Primera edición. Lima: Metrocolor. pp.17.

su Cuenta Individual de Capitalización. Evidentemente, han surgido diversas posturas en torno a este tema, algunas de las cuales han cuestionado la constitucionalidad de la norma.

En ese sentido, el presente artículo pretende dar luces con respecto a la constitucionalidad de la Ley 30425. Para ello, se partirá presentando el escenario del Sistema Previsional en el Perú, el origen del Sistema Privado de Pensiones en el Perú y la finalidad de éste. Posteriormente, se analizarán las modificaciones a las que se ha sometido al Sistema Privado de Pensiones (en adelante, SPP). Y, finalmente, se analizará la constitucionalidad de la Ley 30425 a través de los valores y derechos que son la base del Sistema Previsional.

## II. PANORAMA GENERAL DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ

El Sistema Previsional en el Perú tiene como finalidad ofrecer prestaciones a aquellas personas que se encuentran en la etapa de la vejez, hayan sufrido algún accidente o enfermedad, entre otros supuestos. En nuestro país, dicho sistema está conformado principalmente por tres regímenes:

- El Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990.
- El Sistema de Cédula Viva regulado por el Decreto Ley 20530.
- El Sistema Privado de Pensiones regulado por Decreto Supremo 054-97-EF.

Sistema Nacional de Pensiones<sup>6</sup>

El Sistema Nacional de Pensiones (en adelante, SNP) es administrado por la

6 El Sistema Nacional de Pensiones fue creado en Perú en abril de 1973 y comenzó a regir mayo del mismo año, sustituyendo los antiguos sistemas de pensiones: la Caja Nacional de Seguro Social

Oficina de Normalización Previsional (en adelante, ONP) y tiene como rasgo diferenciador que los aportes de los trabajadores sean destinados a un fondo común de carácter solidario e intangible. Asimismo, en dicho sistema, es necesario que el trabajador aporte un mínimo de veinte años para poder acceder a una pensión de jubilación.

Sin perjuicio de ello, el aportante debe haber cumplido los sesenta y cinco años de edad para solicitar la pensión. Esta regla puede flexibilizarse y se ha establecido que las mujeres que tengan cincuenta años de edad y hayan realizado aportes por lo menos por veinticinco años, también pueden solicitar la pensión de jubilación. Por otro lado, en el caso de los hombres aportantes, ellos podrán acceder a su pensión desde los cincuenta y cinco años de edad, siempre que haya hayan realizado aportes por treinta años como mínimo.

Asimismo, este régimen ofrece hasta cinco tipos de prestaciones: pensión por invalidez, por viudez, por orfandad y ascendencia, y por capital de defunción, para los cuales se ha establecido montos mínimos y máximos que oscilan desde S/. 415.00 hasta S/. 857.36, respectivamente.

Sistema de Cédula Viva

Encuentra su origen en disposiciones normativas pasadas, las cuales otorgaban, como recompensa por los servicios prestados al Estado, pensiones vitalicias a cargo del tesoro público a un conjunto muy selecto de funcionarios del aparato Estatal. Con el transcurso de los años se buscó eliminar este régimen, proyectándose que al fallecer el último beneficiario, el sistema se extinguiría.<sup>7</sup>

Obrero, la Caja Nacional del Seguro Social del Empleado y el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares.

7 DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS ECONÓ-

¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

Con dicha finalidad, en el año 1974, se promulgó el Decreto Ley 20530, el cual restringía el sistema, quedando solamente como sujetos beneficiarios aquellos servidores públicos que estuvieron laborando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962. Sin embargo, leyes posteriores ampliaron la cantidad beneficiarios comprendidos así como los beneficios que les correspondía por ley.<sup>8</sup>

### Sistema Privado de Pensiones

Es un sistema de capitalización individual administrado por las AFP, creado mediante Decreto Ley 25897 en noviembre de 1992 con el objetivo de estabilizar el presupuesto fiscal de la década de los noventa. Éste se caracteriza por ser un régimen de capitalización individual en donde los aportes que entregan los trabajadores derivan a una cuenta personal llamada Cuenta Individual de Capitalización (en adelante, CIC), la cual se incrementa no sólo con los aportes de los afiliados, sino también con la rentabilidad derivada de las inversiones realizadas con fondo acumulado<sup>9</sup>.

Cabe resaltar que la incorporación al Sistema Privado de Pensiones es voluntaria en tanto los trabajadores que opten por este régimen pueden elegir a la Administradora de Fondo de Pensiones (en adelante, AFP) que más convenga a sus intereses.

### III. EL ORIGEN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ

La Caja Nacional de Seguro Social Obrero, la Caja Nacional del Seguro Social del Empleado y el Fondo Especial de Jubi-

lación de Empleados Particulares son algunos de los sistemas que existieron en el Perú hace décadas, ellos estaban supeditados a la existencia obligatoria de una relación pensionista-trabajador; sin embargo, los cambios geográficos, laborales y económicos (el elevado número de trabajadores informales, el desempleo, entre otros factores) y el aumento de la expectativa de la vida de la población terminaron por afectar el financiamiento de este tipo de regímenes de pensiones<sup>10</sup>.

Por tal motivo, conforme a los objetivos del Estado Social mencionados anteriormente<sup>11</sup> y con la necesidad de crear un régimen que ayude a satisfacer las necesidades de la población que se encuentre en su periodo de jubilación se crea el Sistema Privado de Pensiones el cual deja de lado la existencia obligatoria de la relación pensionista-trabajador.

El Sistema Privado de Pensiones está “constituido por empresas privadas especializadas en la administración de fondos de inversión con base en el concepto de cuentas individualizadas de capitalización”<sup>12</sup>.

El primer país en el mundo que creó y aplicó este tipo de sistema fue Chile en 1980, privatizando su Sistema Previsional en 1981.

El sistema de las AFP o de capitalización individual<sup>13</sup>, conforme a lo señalado por la Superintendencia de Pensiones de Chile es caracterizado de la siguiente forma:

10 MENDIOLA, Alfredo y otros. Op.cit, pp.12.

11 Dichos objetivos son: velar por la seguridad social de los individuos que la conforman para proteger a los segmentos de la sociedad en la última etapa de sus vidas y evitar que las nuevas generaciones se vean afectadas por la necesidad de mantener a sus familiares de edad avanzada.

12 Idem.

13 La capitalización individual es el sistema de pensiones administrado por las AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones), en el cual cada afiliado posee una cuenta individual donde se depositan sus cotizaciones.

MICOS Y SOCIALES – MEF. (2004). Los Sistemas de Pensiones en el Perú (Informe trimestral).

Recuperado de [https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/sistemas\\_pensiones.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf). pp.5.

8 Íbidem, pp.6.

9 Íbidem, pp. 29.

“Considera como principales beneficios las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia. Su objetivo fundamental es asegurar un ingreso estable a los trabajadores que han concluido su vida laboral, procurando que dicho ingreso guarde una relación próxima con aquél percibido durante su vida activa.

En el Sistema de capitalización individual, cada afiliado posee una cuenta individual donde se depositan sus cotizaciones previsionales, las cuales se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones que las Administradoras realizan con los recursos de los Fondos.

Este sistema ofrece a los trabajadores un conjunto de oportunidades de elección. En primer lugar, al ingresar al sistema, los trabajadores deben elegir una administradora de fondos de pensiones entre las que existen se afiliarán y escoger entre los distintos tipos de fondos, aquel al que desean ser asignados. Si así lo desean, podrán traspasarse a un nuevo fondo, una nueva administradora o ambos.

En segundo lugar, la edad para el retiro de la vida laboral no es fija; en efecto, es posible adelantar o retrasar la edad de jubilación.

Finalmente, una vez cumplidos los requisitos para pensionarse, los afiliados pueden elegir entre cuatro modalidades de pensión<sup>14</sup>.

El segundo país que acogió el Sistema Privado de Pensiones fue Perú en noviembre de 1992 a través del Decreto Ley 25897. La

14 SISTEMA DE AFP - Orientación. Superintendencia de Pensiones. Recuperado de <http://www.safp.cl/portal/orientacion/580/w3-propertyvalue-6069.html>

principal diferencia entre ambos países es que Chile cuenta con un único sistema previsional obligatorio; mientras que Perú cuenta con un sistema mixto, es decir, el afiliado puede elegir entre dos sistemas:

- El Sistema Nacional de Pensiones: el cual acoge el modelo del Beneficio Recibido, donde la pensión resultante estará relacionada con los años de contribución del afiliado.
- El Sistema Privado de Pensiones: que toma como modelo el Sistema de Contribución Definida, la cual considera únicamente los aportes que hace el trabajador a lo largo de su vida.

Es importante señalar que si bien Perú cuenta con un sistema mixto, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones son excluyentes, por lo que el afiliado deberá elegir entre alguno de esos dos sistemas permitidos en el país.

Otras diferencias relevantes entre los sistemas previsionales de ambos países están relacionadas al microentorno, el macroentorno y los stakeholders<sup>15</sup>. Ello debido a que el éxito de ambos sistemas está vinculado con factores económicos como el poder adquisitivo, aportes, nivel de ingresos, informalidad, etc<sup>16</sup>.

Para efectos de esta investigación nos limitaremos a utilizar los cuadros elaborados en el 2011 por Alfredo Mendiola, los cuales muestran el panorama completo de las principales diferencias entre ambos países:

- 15 Los stakeholders son personas o grupos de personas que tienen objetivos propios, de manera que la consecución de dichos objetivos está vinculada con la actuación de la empresa.
- 16 BERNAL, N., Muñoz, Á., Perea, H., Tejada, J. & Tuesta, D. (2008). Una mirada al sistema peruano de pensiones. Diagnóstico y propuestas. Lima: BBVA.

¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

**Cuadro 1: Principales diferencias del macroentorno entre Perú y Chile**

<b>Factor</b>	<b>Sistema previsional del Perú</b>	<b>Sistema previsional de Chile</b>
Sector informal	79% de los trabajadores	20% de los trabajadores
Distribución de la riqueza	Coficiente de Gini de 48.0 el 2011	Coficiente de Gini de 52.1 el 2011
PEA	16 millones	98 millones
Cultura previsional	Inexistente	Escasa
Afiliación al sistema previsional	8,5 millones de personas pertenecen al sistema previsional	Todos está afiliados al sistema previsional
Sistema previsional	Dos sistemas previsionales público y privado	Un sistema previsional privado
Régimen laboral	Poco flexible: incrementa el costo en 45%	Flexible: con un sobrecosto de 38%
Mercado Laboral	78% de la PEA empleada microempresas y/o independiente	48% de la PEA empleada en microempresas y/o independiente

Fuente: Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor<sup>17</sup>.

**Cuadro 2: Principales diferencias del microentorno entre Perú y Chile**

<b>Factor</b>	<b>Sistema previsional del Perú</b>	<b>Sistema previsional de Chile</b>
Poder del cliente	Nulo. El cliente no puede negociar precios ni condiciones de servicio	Nulo. El cliente no puede negociar precios ni condiciones de servicio; pero puede tener información sobre todo el sistema
Productos sustitutos	Solo las AFP administran ahorros previsionales, obligaciones o voluntarios.	Empresas diferentes a las AFP están autorizadas a administrar productos de ahorro previsional voluntario.
Potenciales competidores	Bajo. Existen altos costos administrativos y comerciales La tercerización de actividades es limitada.	Alto. La licitación permite obtener un lote económico de afiliados que cubre los gastos operativos. La legislación autoriza la tercerización de actividades
Intensidad de la rivalidad	Bajo. El mercado crece, no aumentan los competidores y las utilidades se incrementan constantemente.	Bajo. Los competidores no han disminuido su comisión con la licitación ante un producto homogéneo.

Fuente: Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor<sup>18</sup>.

17 MENDIOLA, Alfredo y otros. Op.cit. p .61.

18 MENDIOLA, Alfredo y otros. Op.cit .pp. 64.

**Cuadro 3: Principales diferencias de los stakeholders entre Perú y Chile**

<b>Factor</b>	<b>Sistema previsional del Perú</b>	<b>Sistema previsional de Chile</b>
Reguladores de las AFP	No supervisa ni regula los conflictos de interés. No propone medidas para incentivar la competencia.	Implementó medidas para mitigar la asimetría de información, asignar el SIS de forma eficiente e incentivar a las AFP a competir.
Políticos	Atacan el SPP en pro del SNP para favorecer sus intereses personales. Expresan que las ganancias de las AFP no son proporcionales al beneficio de los afiliados.	Velan por la competencia en el sistema previsional y el beneficio del afiliado.
Accionistas	No hay diferencia. Buscan resultados del negocio y sinergias con compañías vinculadas	
Afiliados	No hay diferencia. No presentan interés en el producto previsional.	

Fuente: Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor.<sup>19</sup>

De acuerdo a los cuadros mostrados, se puede observar que hay un bajo grado de cultura previsional en ambos países, siendo Chile el país que cuenta con un 100% de su población afiliada al sistema previsional, lo cual se relaciona, a su vez con el régimen laboral y el grado de informalidad de cada país.

Del mismo modo, se aprecia que si bien ambos países cuentan con un bajo nivel de rivalidad, Chile cuenta con un sistema de licitaciones que incentivan el ingreso de competidores al mercado, lo cual le permite reducir gastos comerciales y operativos.

#### **IV. FINALIDAD DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES**

Para comprender la finalidad que cumple el sistema privado de pensiones en la sociedad, es necesario primero entender por qué los Estados se hicieron responsables de la seguridad social. Así, existen principalmente tres motivos.

En primer lugar, existe un mandato constitucional establecido en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú el cual dispone que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social. Es decir, toda persona puede exigir ese derecho en caso el Estado no cumpla con su rol.

En segundo lugar, el Estado tiene el deber de proteger a las personas que lleguen a la vejez y no necesariamente cuenten con los suficientes recursos económicos que les permitan llevar una vida digna.

En tercer lugar, se busca que los familiares de las personas en desamparo tengan que afrontar gastos que afecten su economía.<sup>20</sup>

Es así el Estado crea el SNP para afrontar lo anteriormente mencionado. Sin embargo, los problemas de pensiones que se evidenciaban (los aportes que realizaban en su periodo de actividad no cubrían el monto pensionable que necesitaban en su etapa del

<sup>19</sup> MENDIOLA, Alfredo y otros. Op.cit. pp. 66.

<sup>20</sup> Ídem.



¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

retiro) con este sistema hacen que en 1992 el Estado, mediante Decreto Legislativo 25897 cree el SPP, un modelo previsional autofinanciado.<sup>21</sup> Así, este sistema ya no tiene al Estado como el administrador de pensiones sino a privados denominados AFP.

Las AFP, a diferencia de lo que ocurre en el SNP, ofrecen a sus afiliados la posibilidad de ser el único dueño de su fondo por medio de una CIC. Asimismo, no le ponen límite a la pensión en tanto que esta dependerá de su aporte y rentabilidad ganada, además, le dan la opción de dar aportes voluntarios con o sin fin previsional, entre otros beneficios.

De este modo, el SPP emergió como una alternativa con beneficios que no eran posibles en un sistema administrado por el Estado. Sin embargo, en los últimos años se han producido modificaciones legislativas a dicho sistema, las cuales conviene exponer con el fin de tener un panorama del estado actual del SPP.

## V. MOTIVACIONES Y CAMBIOS INTRODUCIDOS AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 30425

En lo que va del presente artículo se ha hecho un breve recuento de las características del Sistema Previsional peruano, su origen y finalidad.

Al respecto, en esta parte se va señalar las modificaciones introducidas por la Ley 30425 – Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada, la cual fue publicada el 21 de abril de 2016.

21 VEGA – CENTENO, Máximo y María REMENYI (1996 Julio – Diciembre). El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs Sistema Privado de Pensiones. Economía. Vol. XIX(n° 37-38). pp. 299.

Sin perjuicio de ello, previamente comentaremos las modificaciones legislativas más relevantes a las que a lo largo de la historia han alterado el funcionamiento de nuestro SPP. En ese sentido, debemos señalar que la Ley 26504 – Ley que Modifica el Régimen de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones, el Sistema Privado de Fondos de Pensiones y la estructura de contribuciones al FONAVI publicada el 18 de julio de 1995 en el Diario Oficial El Peruano, estableció, a través de su artículo 9<sup>22</sup>, que para acceder a una pensión de jubilación, el afiliado debía haber cumplido los 65 años de edad, dicha condición aplicaba tanto a varones como a mujeres.

Según Morón, la Ley 26504 determinó que los nuevos trabajadores debían comunicar a su empleador sus preferencias respecto al sistema al que deseaban afiliarse, además estableció una fecha límite para que los afiliados al SPP retornen al SNP<sup>23</sup>; es decir, si el trabajador no manifestaba su preferencia, sería afiliado a la AFP que el empleador considerará más adecuada de forma automática. Debido a ello, el número de afiliados al SPP se elevó durante el año 1995; en efecto, las cifras se vieron incrementadas respecto a la cantidad de afiliados a inicio y final del mismo año, las cuales ascendieron de 4,000 a 1'130,492 afiliados respectivamente, de los cuales alrededor del 67% eran menores de 35 años de edad<sup>24</sup>. Con el ingreso de las AFP, el Estado se vio liberado de una carga presupuestal, la cual pasaría a ser asumida por los propios trabajadores, toda vez que son ellos quienes a través de su trabajo garantizan el pago de sus pensiones futuras,

22 Ley 26504 Diario El Peruano, Lima, Perú. julio de 1995  
Recuperado de [https://www.onp.gob.pe/seccion/centro\\_de\\_documentos/Documentos/340.pdf](https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentos/Documentos/340.pdf)

23 Morón, Eduardo y Carranza, Eliana. (2003). Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): avances, retos y reformas, pp. 27.

24 Morón, Eduardo y Carranza, Eliana. (2003). Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003):avances, retos y reformas, pp 28.



mientras que las AFP debían asegurar la rentabilidad de los aportes.

Adicionalmente, la Ley 26504 introdujo la afiliación a través de las CIC, las cuales consisten en cuentas a nombre del afiliado que registran los aportes obligatorios, voluntarios y adicionales. Ello permite al trabajador verificar el crecimiento de su fondo. Por lo que, la AFP invierte el capital obtenido por los aportes, y la rentabilidad generada es distribuida a las CIC. Cabe resaltar que los aportes voluntarios u obligatorios no se encontraban exentos de pagar impuestos. Por último, dicha ley consideraba que la afiliación era obligatoria en caso de los trabajadores dependientes, mientras que la afiliación de los trabajadores independientes era voluntaria pues consistía en aportes calculados en base a un ingreso de referencia; por lo tanto, al llegar a la jubilación los afiliados tenían derecho a recibir una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia en el caso de los beneficiarios indicados por ley<sup>25</sup>.

Respecto a los tipos de jubilación, como se mencionó anteriormente, la Ley 26504 comprendía supuestos de vejez, invalidez y sobrevivencia:

- Supuesto de vejez: exigía como requisito de jubilación contar con 65 años o más, cumplido dicho requisito el trabajador podía elegir la modalidad en la que le sería otorgada la pensión, a través de retiro programado<sup>26</sup>, renta vitalicia<sup>27</sup>

25 Morón, Eduardo y Carranza, Eliana. (2003). Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003):avances, retos y reformas, pp. 32-34.

26 Como señala Morón en su libro “Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003):avances, retos y reformas”, el retiro programado, renta vitalicia y renta temporal con renta vitalicia diferida:

“consiste en que el trabajador mantenga el saldo de su CIC invertido en cuotas del Fondo de Pensiones, efectuando retiros mensuales” (2003,pp.36)

27 “consiste en que el trabajador traspase el saldo de su CIC a una compañía de seguros para

o renta temporal<sup>28</sup> con renta vitalicia diferida, que previamente era calculada considerando su expectativa de vida y el fondo acumulado debido a los aportes realizados.

- Supuesto de invalidez: requería que el afiliado haya aportado como mínimo cuatro veces durante los ocho últimos meses y que a pesar de no alcanzar la edad de jubilación, se vea imposibilitado de generar ingresos debido a la pérdida del 50% de capacidad motora o intelectual.
- Supuesto de sobrevivencia: en el caso de fallecimiento del afiliado, el fondo acumulado era otorgado como pensión de sobrevivencia a los beneficiarios directos, cónyuge o conviviente sobreviviente así como padres, hijos menores de edad, por ser dependientes directos, e hijos mayores de edad siempre y cuando se encuentren incapacitados para generar sus propios ingresos.

Con el fin de garantizar al afiliado una pensión mínima que cubra sus necesidades básicas, durante la vigencia de la ley antes mencionada, el Estado estableció el otorgamiento de un bono complementario al fondo del afiliado. Sin embargo, este mecanismo generó muchos problemas al

---

adquirir una renta vitalicia [...] pierde la propiedad sobre su fondo y esta situación es irrevocable”(2003,pág.36)

28 “el afiliado contrata con una compañía de seguros el pago de una renta mensual, servicio que entrará en vigencia a partir de una fecha posterior al momento en que el trabajador se jubila. Entre la fecha en que se jubila y la fecha en que se activa el servicio de renta vitalicia, el trabajador recibe mensualmente una pensión financiada con el saldo de su CIC. Así, el trabajador puede mantener la propiedad de su fondo durante un período y evitar riesgos financieros y de sobrevida. La única condición para acceder a esta modalidad de prestación es que la pensión que se obtenga de la renta vitalicia no sea inferior al 50% ni superior al 100% del primer pago de la renta temporal.” (2003,pp.37)

¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

tesoro público, como señala Morón para ese entonces el Estado desembolsó alrededor de US\$ 1,400 millones que tenían como destino el pago de pensiones del SNP<sup>29</sup>.

Hasta el momento, se puede afirmar que el SPP ha atravesado cambios, sin embargo algunas figuras se mantienen incólumes, por ejemplo: la pensión por vejez, pensión anticipada, entre otros.

Habiendo repasado ciertos aspectos que resultantes del SPP, a continuación describimos las modificaciones introducidas por la Ley 30425:

- En primer lugar, se busca prorrogar el Régimen de Jubilación Anticipada para desempleados hasta el 31 de diciembre de 2018, extendiéndose a lo señalado por la Ley 29426.
- En segundo lugar, a través de la incorporación de la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria al TUO de la Ley, se busca otorgar al afiliado la posibilidad de elegir entre recibir su pensión en las modalidades ya existentes o solicitar la entrega del 95.5% del CIC<sup>30</sup>.

29 Morón, Eduardo y Carranza, Eliana. (2003). Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): avances, retos y reformas, pp 57.

30 Opciones del afiliado  
VIGÉSIMO CUARTA. El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de aportes obligatorios, en las armadas que considere necesarias. El afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal.

El monto equivalente al 4.5% restante de la CIC de aportes obligatorios, deberá ser retenido y transferido por la AFP directamente a Essalud en un período máximo de 30 días a la entrega señalada en el párrafo anterior, para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo

- En tercer lugar, se incorporó un párrafo al TUO de la Ley con el fin de determinar la imprescriptibilidad de los aportes descontados que no fueron aportados por el empleador.
- En cuarto lugar, se agregó un párrafo al artículo 40 al TUO de la Ley que da la posibilidad al afiliado de retirar hasta el 25% de la CIC y utilizar dicho monto como garantía de la cuota inicial de un crédito hipotecario destinado para la adquisición de una primera vivienda. Cabe resaltar dicha acción se puede tomar en cualquier momento de la afiliación.
- Por último, se añadió el artículo 42-A al TUO de la Ley para indicar que procede la jubilación anticipada y devolución de aportes por enfermedad o diagnóstico de cáncer siempre y cuando la enfermedad reduzca la expectativa de vida del afiliado, por lo que será necesario que el estado de salud sea comprobado por el Comité Médico Evaluador de la Superintendencia de Banca, Seguros y

de la seguridad social en salud señalado en la Ley 26790, sin perjuicio que el afiliado elija retiros por armadas y/o productos previsionales. En este último caso, el aporte a Essalud por las pensiones que se perciban quedará comprendido y pagado dentro del monto equivalente al porcentaje señalado en el presente párrafo para no generar doble pago por parte de los afiliados.

El tratamiento previsto en los párrafos anteriores se aplica a los recursos que se acrediten a la CIC de aportes obligatorios con posterioridad a la decisión del afiliado.

Lo dispuesto en la presente disposición se extiende a los afiliados que hubieran accedido al Régimen Especial de Jubilación Anticipada respecto a su saldo o que se acojan a este régimen independientemente del monto de la pensión calculada, así como también a los jubilados que hayan optado por la modalidad de retiro programado total o parcial, respecto al saldo que mantengan en su CIC.

Quedan exceptuados de la retención y transferencia del 4.5% a Essalud los fondos de aquellos afiliados asegurados que cuenten con pensión de sobrevivencia (viudez y orfandad) dentro del régimen de la Ley 26790.

AFP (en adelante, SBS) y aun cuando no haya obtenido una pensión igual o superior al 40% del promedio de las remuneraciones percibidas y declaradas en los últimos diez años, siempre y cuando no pueda acceder a una pensión de invalidez. Asimismo, en caso que el afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer solicite la pensión bajo por invalidez o jubilación bajo análisis, y, además, no cuente con beneficiarios de pensión de sobrevivencia, podrá solicitar adicionalmente la devolución de hasta el 50% de sus aportes incluyendo su rentabilidad. Cabe señalar que en éste último caso, la cotización de su pensión se efectuará considerando el retiro de aportes antes referidos.

Los cambios señalados han sido objeto de mucha crítica, ya que hay sectores que señalan que la Ley 26504 es inconstitucional y que habrían otros intereses ajenos al de los afiliados detrás de del cambio normativo. Por tanto, antes de finalizar esta parte del análisis, consideramos importante resaltar las motivaciones detrás de otros cuerpos normativos que también modificaron el TUO de la Ley, los cuales pasamos a describir a continuación:

- Ley 26504 – Ley que Modifica el Régimen de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones, el Sistema Privado de Fondos de Pensiones y la estructura de contribuciones al FONAVI, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de julio de 1995.
- Ley 29426 – Ley que crea el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados en el Sistema Privado de Pensiones, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de octubre de 2009.
- Ley 29903 – Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada el 19 de julio de 2012.

Como se señaló anteriormente la Ley 26504 es relevante por sentar las bases necesarias para los posteriores cambios normativos, además, un factor importante es que introdujo la edad de jubilación estándar, 65 años, que sigue vigente en el SPP hoy en día.

Por otro lado, la Ley 29426<sup>31</sup> que crea el Régimen Especial de Jubilación Anticipada (en adelante, REJA) para desempleados del SPP, coincide con el criterio de la Ley 26504, debido a que busca brindar a los afiliados la posibilidad de retirar sus fondos antes de la edad señalada en la norma. Surgió como un régimen temporal que tendría como vigencia desde el 27 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, asimismo, tenía como finalidad, otorgar a sus afiliados el derecho de redención de bonos de reconocimiento siempre y cuando hayan cumplido con los siguientes requisitos: el afiliado debía haber cumplido cincuenta y cinco años de edad en el caso de que fuera varón y cincuenta años, en el caso que se tratara de una mujer. Además, el interesado debía acreditar ante su AFP que el periodo de tiempo que había estado desempleado era igual o mayor a doce meses. Una vez que se hubiera acreditado todo lo mencionado, se convertiría en acreedor de una pensión no menor a una remuneración mínima vital, y de un bono de reconocimiento. Dicho procedimiento ha resultado beneficioso para cierto sector de los afiliados, es por ello que la Ley 30425, a través de su artículo 1, prorroga el plazo del REJA hasta el 31 de diciembre de 2018.

Por último, para comentar la Ley 29903<sup>32</sup>, es necesario repasar el espíritu

31 Ley 29426. Diario El Peruano, Lima, Perú, 27 de octubre de 1986.

Recuperado de [http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/rejad\\_disposicioneslegales/Ley29426.pdf](http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/rejad_disposicioneslegales/Ley29426.pdf)

32 Ley 29903. Diario El Peruano, Lima, Perú. 19 julio de 2012

¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

de los proyectos de Ley que viabilizaron la existencia del cuerpo normativo. Uno de ellos fue el Proyecto de Ley 2573/2013-CR, el cual tenía como propósito fortalecer el SPP a través de la difusión de información, en busca de un beneficio social<sup>33</sup>. El mencionado proyecto fue aprobado el 27 de agosto de 2013 y tenía como objetivo principal suspender la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes, renta de cuarta categoría y cuarta-quinta categoría, debido a que mediante reforma del año 2012 se había introducido la afiliación obligatoria al SNP o SPP de aquel trabajador independiente que no superara los cuarenta años de edad. Asimismo, era obligatorio que el trabajador que producía renta de cuarta categoría acredite su inscripción en el SPP o el SNP frente a quien contratara. Como consecuencia, dicho contratante debía realizar la declaración y pago dentro de los cinco primeros días útiles del siguiente mes.

Por otra parte, la Ley 29903 buscaba la incorporación de un sistema provisional para los trabajadores independientes, de manera que el fondo actuara como una cobertura en los supuestos de muerte o invalidez. Asimismo, se buscaba efectivizar la igualdad entre los trabajadores en observancia de los artículos 2.2, 10 y 11 de la Constitución Política del Perú, los cuales se refieren a la seguridad social. No obstante, la norma establecía que los trabajadores independientes menores de cuarenta años debían aportar al SNP o SPP de manera obligatoria lo cual generó mucha controversia, ya que se podía llegar a descontar hasta el 23% del sueldo de los independientes que

no siempre era fijo. Finalmente, se derogó la disposición que disponía la obligatoriedad de la afiliación y ésta pasó a ser opcional.

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que el SPP ha atravesado modificaciones a lo largo del tiempo, algunas más acertadas que otras, pero finalmente lo que se busca es proteger a las personas ante supuestos de invalidez, vejez o fallecimiento. Esta vez, por medio de la Ley 30425 se pretende evitar las falencias de las normas predecesoras y añadir componentes favorables a los afiliados, más adelante se analizará qué tan beneficiosa podría resultar para las personas aportantes a partir de conceptos constitucionales.

## **VI. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN QUE PERMITE RETIRAR HASTA EL 95,5% DEL TOTAL DE FONDOS DISPONIBLES DEL AFILIADO ESTABLECIDA EN LA LEY 30425**

A continuación, se desarrollará las cinco modificaciones que establece la Ley y se analizará si el artículo 2 de la misma que fue el más polémico, contraviene los derechos o valores en materia previsional consagrados en la Constitución Política del Perú tales como el acceso a la seguridad social, el derecho a la pensión, la intangibilidad de los fondos pensionarios, entre otros.

A continuación se detalla los cambios al TUO de la Ley:

- En el artículo 2 de la ley se dispuso que el afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, o solicitar a la AFP la entrega de hasta el 95, 5% del total del fondo disponible en su CIC en las armadas que considere necesarias. El 4,5% restante se destinaría a cubrir su atención médica en Essalud. Cabe resaltar que el afiliado que ejerza dicha opción

Recuperado de [https://www.mef.gob.pe/contenidos/prensa/boletines/reforma\\_spp/Ley29903.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/prensa/boletines/reforma_spp/Ley29903.pdf)

33 Proyecto de Ley 2573/2013-CR, Lima, Perú, 27 de agosto 2013. Análisis costo-beneficio. pp 7. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocest-proc/contdoc02\\_2011\\_2.nsf/0/b96b4e87da292e8205257bd500663569/\\$file/pl02573280813.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocest-proc/contdoc02_2011_2.nsf/0/b96b4e87da292e8205257bd500663569/$file/pl02573280813.pdf)

no tendría derecho a ningún beneficio de garantía estatal.

- Asimismo, se estableció que las pretensiones que buscan recuperar los aportes efectivamente descontados a los trabajadores y no abonados o depositados por el empleador en forma oportuna a las AFP son imprescriptibles.
- Por otro lado, se indicó que, excepcionalmente, el afiliado de una AFP podrá usar el 25% del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización como garantía para la cuota inicial de un crédito hipotecario para la compra de una primera vivienda en cualquier momento de su afiliación.
- Además, la norma extiende la vigencia del REJA, creado por la Ley 29426 hasta el 31 de diciembre de 2018.
- Por último, la norma establece que se permitirá la jubilación anticipada o el acceso a la devolución de aportes hasta el 50% de la CIC en el caso de que el afiliado tenga el diagnóstico de una enfermedad terminal o de cáncer.

Habiendo señalado las modificaciones que la Ley 30425 introdujo, vamos a centrarnos en su aspecto más polémico que es aquel indicado en el inciso a), que se refiere a la posibilidad que los afiliados, a partir de los 65 años de edad podrán elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, o solicitar a la AFP la entrega de hasta el 95,5% del total del fondo disponible en su CIC. Asimismo, se enfatizó que el afiliado que ejerza dicha opción no tendría derecho a ningún beneficio de garantía estatal, como el Programa Social Pensión 65, por ejemplo. En ese sentido, consideramos que la constitucionalidad de dicha norma debe analizarse bajo tres premisas <sup>34</sup>

34 ABANTO, César (2016). La inconstitucionalidad

El primero de ellos es la Seguridad Social<sup>35</sup> que constituye un derecho social económico exigible a todo Estado, ya sea a través de su rol como rector del sistema o supervisor. Es así que el ser humano, en tanto actúa dentro de una sociedad, pasa a ser un “ciudadano social”. Por tanto, a quien se protege a través del derecho bajo análisis no es a la persona de manera individual, sino a la sociedad en su conjunto.

La Constitución Política del Perú de 1993 ha consagrado este derecho en su artículo 10: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.”

A partir de ello, se puede señalar que la Seguridad Social tiene una doble finalidad; por una parte, busca protección ante determinadas contingencias y, por el otro, persigue elevar la calidad de vida de las personas.

En esa línea, ese mandato que contiene el artículo 10 se estaría contraviniendo al permitir que los afiliados con 65 años a más de edad puedan retirar hasta el 95.5% de los fondos de su CIC. De esa forma, se les estaría condenando a no percibir una pensión cuando la liquidez que obtenga de dicho retiro de agote, ya que nada asegura que el afiliado tendrá éxito en el caso de que quiera invertir en un negocio o que priorizará ahorrar para tener una previsión en el futuro. Además, una vez que se agote dicho retiro, el afiliado no tendría el auxilio del Estado, debido a que para retirar dichos fondos renunció a cualquier beneficio estatal que pudiera requerir en el futuro.

de la ley que libera los fondos de las AFP: ¿Ahorro Forzoso Previsional vs. Libertad Individual?

Recuperado de [http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/Boletin\\_68\\_191016.pdf](http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/Boletin_68_191016.pdf)

35 *Ibidem*.



¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

El segundo aspecto es el Derecho a la Pensión<sup>36</sup> que está consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política del Perú de 1993 que establece lo siguiente: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)”. Así, el Derecho a la Pensión es considerado también como un derecho constitucional y económico que constituye la base de la estructura jurídica de un país.

Según el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias STC 00050-2004-AI/TC y STC 01417-2005-AA/TC ha expresado que el Derecho a la Pensión estaría conformado por tres elementos<sup>37</sup>:

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

Todo ello constituiría en núcleo duro del derecho a la pensión. Por tanto, se estaría vulnerando el núcleo duro del derecho cuando al individuo, a pesar de haber alcanzado la edad jubilatoria de 65 años, no se le permite acceder a la pensión como consecuencia de la decisión de retirar hasta el 95.5% de los fondos de la CIC.

Un tercer aspecto a considerar es la intangibilidad de los fondos de pensión<sup>38</sup>. En este punto, el artículo 12 de la Constitución Política del Perú de 1993 nos puede dar mayores alcances, el mismo ha dispuesto lo siguiente: “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.”

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

Así, los fondos de la CIC, a pesar de ser propiedad del afiliado, están sujetos a una finalidad establecida desde la Constitución que es el pago de la pensión. Según la STC 00050-2004-AI/TC, la pensión, así como los fondos previsionales no pueden ser objeto de compraventa, permita, donación, entre otros, en general, cualquier tipo de acto de disposición; debido a la finalidad que debe cumplir.

En ese sentido, el artículo 45 de la Ley del SPP reconoce la propiedad de los afiliados sobre los fondos de pensión, sin embargo, desde la Constitución se les da un carácter de intangibilidad y se les destina a un fin previsional<sup>39</sup>.

Por lo tanto, es inconstitucional que las cuentas previsionales se utilicen para algo distinto a su fin, sobretodo, se corre un gran riesgo si personas después de haber cumplido los 65 años de edad, quedan desprotegidos y sin un ingreso mensual que pueda asegurar necesidades esenciales para su supervivencia como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En conclusión, por todo lo expuesto, se puede afirmar que el artículo 2 de la Ley 30425 es inconstitucional, debido a que afecta el derecho a la seguridad social, a la pensión y a la intangibilidad de los fondos de la seguridad social.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Hace algunos años en nuestro país se adoptó la figura del Sistema Privado de Pensiones con el fin de hacer más eficiente nuestro sistema previsional, ello no quiere decir que las normas que lo componen deban permanecer inamovibles, por el contrario, el sistema se debe ir perfeccionando, siempre tomando en consideración la seguridad social como instrumento para que los individuos logren una existencia

39 *Ibidem*.



digna libre de contingencias como la vejez, enfermedad, accidente, entre otros.

De las modificaciones introducidas por la Ley 30425, resulta inconstitucional la disposición que permite que el afiliado

pueda solicitar a la AFP la entrega de hasta el 95,5% del total del fondo disponible en su CIC, ya que se deja desprotegido al afiliado y se destina el dinero de la CIC para una finalidad distinta a la previsional desvirtuando su carácter intangible.