

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



“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 optar el grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Luis Alberto Meza Espinoza

ASESOR

John Richard Pineda Galarza

JURADO

Bruno Edoardo Benedetti Lujan

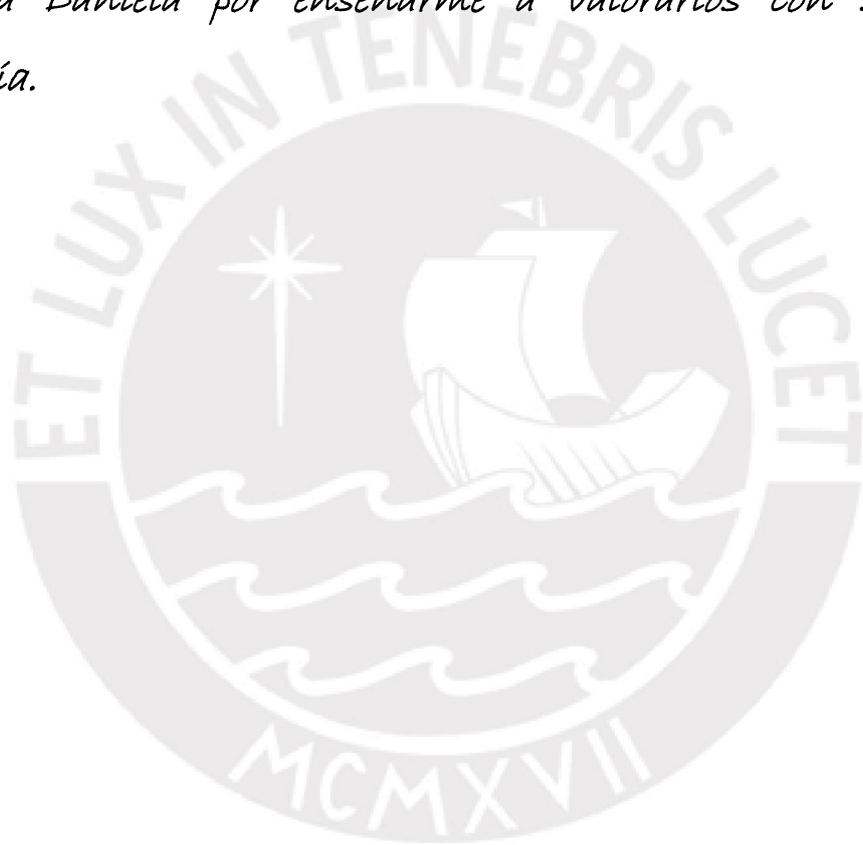
Julio Cesar Guzman Galindo

John Richard Pineda Galarza

LIMA –PERÚ

2018

*A mí padres Rosa y Luís por ser el pilar de mí vida. A mí
Luciana Daniela por enseñarme a valorarlos con su sola
presencia.*



RESUMEN

En el mes de abril del año 2016 se emitió la ley número 30425, ley que modificaba el sistema privado de pensiones a través del cual se dio nacimiento a derechos muy aceptados pero discutible desde el ámbito jurídico y económico, posteriormente mediante ley número 30478 se realizaron determinadas precisiones a la primera ley modificatoria.

Dentro de las modificatorias introducidas a la ley del sistema privado de pensiones se estableció que todo ciudadano tenía derecho al uso de hasta el 25% de los fondos de sus cuentas individuales de capitalización para la compra de un primer inmueble y a la libre disposición de sus aportes hasta en un 95.5% una vez el aportante haya cumplido la edad de jubilación. Estos dos nuevos derechos reconocidos al afiliado es materia de investigación en el presente trabajo.

Desde el ámbito jurídico el reconocimiento de estos dos derechos motivo a que me avocara a investigar, qué derechos debe de prevalecer en el derecho a la pensión; el derecho a la propiedad entre otros, por sobre el derecho a la seguridad social, o lo contrario.

La finalidad de la presente investigación es analizar y determinar qué derechos prevalecen en el derecho a la pensión. Se analiza desde el ámbito dogmático, la doctrina, jurisprudencia y normas correlacionadas al tema de investigación.

Esta investigación se encuentra justificada desde la perspectiva de si las últimas reformas llevadas a cabo son erradas; a largo plazo podrían conllevar el surgimiento de diversos problemas dentro del sistema de pensiones debido a una probable desnaturalización del Sistema Privado de Pensiones.

Una respuesta técnico jurídico ayudara a esclarecer esta disyuntiva y así mismo orientara a probables alternativas de solución más adecuadas.

El objetivo del trabajo es analizar y determinar si el derecho a disponer de los fondos de la cuenta individual de capitalización sea para la compra de un primer inmueble o hacer un uso libre de los fondos; vulnera o no el derecho a la pensión y los derechos conexos a este, como lo son el derecho a la seguridad social, la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social para finalmente llegar a determinar si existe una desnaturalización o no del sistema privado de pensiones; para ello se uso como método de investigación el método dogmatico.

ÍNDICE

RESUMEN-----	1
ÍNDICE-----	2
INTRODUCCIÓN-----	4
CAPITULO I-----	6
LA SEGURIDAD SOCIAL-----	6
1. La Pensión de Jubilación-----	7
2. Reseña histórica de la pensión de jubilación-----	9
3. Principales regímenes de sistemas de pensión de jubilación existentes en el Perú-----	11
3.1 Regímenes Públicos de Pensiones-----	11
a) Régimen previsional de pensiones del decreto ley N° 19990-----	11
b) Régimen previsional de pensiones del decreto ley N° 20530-----	12
c) Regímenes previsionales especiales-----	12
3.2. Régimen Privado de Pensiones-----	13
3.2.1. Orígenes del Sistema Privado de Pensiones-----	14
3.2.2. Diferencia entre el sistema de Cuenta Individuales de Capitalización y el sistema de reparto-----	14
4. Sistema de pensiones en el ámbito internacional-----	17
5. La Constitución y el Sistema Previsional de Pensiones de Jubilación-----	19
5.1 El fin previsional en el SPP-----	19
5.2. La intangibilidad de los fondos de las pensiones de jubilación en el SPP---	21
5.3. Principios constitucionales correlacionados al Sistema Privado de Pensiones	23
1. Principio de Dignidad-----	24
2. El derecho a la vida-----	26
3. Derecho a la Seguridad Social-----	27
4. Principio de progresividad-----	28
5. Derecho a la vivienda-----	29
6. En derecho a la propiedad y la pensión de jubilación-----	30
7. Principio de proporcionalidad-----	31
CAPITULO II-----	34
REFORMAS INCORPORADAS A LA LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES A TRAVÉS DE LAS LEYES N° 30425 Y 30478-----	34
2.1. Antecedentes de las leyes N° 30425 y 30478-----	34
2.2. Revisión de las Leyes 30425 y 30478 que modificaron la Ley del SPP-----	36
2.3. Análisis Constitucional, legal y doctrinal de las reformas incorporadas al SPP---	37
2.3.1 Análisis Constitucional-----	38
2.3.2 Análisis Legal-----	40
2.3.3 Análisis Doctrinal-----	41

2.3.4	El derecho de libre disponibilidad de fondos de pensiones en países de la región--	41
2.4	Análisis de la disposición del fondo de pensiones-----	42
a)	Sobre la incorporación del derecho de disponibilidad del 25% de los fondos pensionables para la compra de un primer inmueble-----	42
b)	Sobre la incorporación del derecho de disponer libremente de hasta el 95.5% de los fondos de pensiones una vez cumplido los sesenta y cinco años -----	43
1.	Sobre el fin previsional-----	43
1.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	43
1.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	43
2.	La intangibilidad de los fondos de pensiones-----	44
2.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	44
2.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	46
3.	La afectación al principio de Dignidad-----	46
3.1	sobre la disponibilidad del 25%-----	46
3.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	47
4.	La afectación al derecho a la vida-----	47
4.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	47
4.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	48
5.	La afectación al derecho de Seguridad Social-----	48
5.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	48
5.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	49
6.	La afectación al principio de progresividad-----	49
6.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	49
6.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	50
7.	El derecho a la vivienda ante el derecho a la pensión-----	50
7.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	50
8.	El derecho de propiedad sobre los fondos de las CIC-----	51
8.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	52
8.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	52
9.	Test de proporcionalidad o test de ponderación-----	53
9.1	Sobre la disponibilidad del 25%-----	53
9.2	Sobre la disponibilidad del 95.5%-----	55
	CONCLUSIÓN-----	60
	RECOMENDACIONES-----	64
	BIBLIOGRAFÍA-----	66

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es de corte constitucional económico, en el que se analizará si las reformas introducidas a la ley del Sistema Privado de Pensiones mediante las leyes 30425^o y 30478^o, específicamente el otorgar a los afiliados el poder disponer del 25% de la Cuenta Individual de Capitalización para la compra de un primer inmueble y la libre disposición del 95.5% de los fondos de la Cuenta Individual de Capitalización una vez llegado a la edad de jubilación vulneran la Constitución o no; específicamente los artículos 10^o, 11^o, 12^o de la Constitución, consecuentemente a ello se podrá determinar si existe una desnaturalización del fin previsional del Sistema Privado de Pensiones a causa de estas reformas; para ello se realizará un análisis de derechos y principios jurídicos correlacionados con el Sistema Privado de Pensiones, para finalmente llevar a cabo una ponderación de derechos a fin de arribar a la respuesta de si las reformas incorporadas a la Ley del Sistema Privado de Pensiones son idóneas, necesarias y proporcionales con el fin previsional que persigue.

Las reformas incorporadas trajeron a la palestra, el debate en cuanto que finalidad y sentido debe de tener el sistema privado de pensiones como parte del sistema de seguridad social.

La intangibilidad de los fondos de las cuentas individuales de capitalización como parte del sistema de seguridad social, con las reformas se vio cuestionada tanto en su objetivo como en las consecuencias que esta conlleva. Prontamente los afiliados, en determinadas circunstancias establecidas por ley, obtuvieron el derecho de disposición sobre los fondos de sus cuentas individuales de capitalización, a fin de poder adquirir un inmueble, o de hacer un uso libre sobre dichos fondos; con ello varias interrogantes surgieron. Entre estas las siguientes. ¿Cuál es la naturaleza del sistema privado de pensiones?, ¿Qué finalidad debe de perseguir el sistema privado de pensiones?

El análisis a llevar a cabo será referente a si estas reformas conlleva una vulneración de normas constitucionales y de derechos fundamentales, se determinará si las reformas a la ley vienen desnaturalizando o no el fin previsional del sistema privado de pensiones.

En el primer capítulo se aborda conceptos básicos sobre las cuales recae el análisis del problema, conceptos como que debe de entenderse por seguridad social, fin previsional, sistemas de pensión, principios y derecho constitucionales como el principio de proporcionalidad, entre otros.

En el segundo capítulo se analiza directamente el problema planteado, se analiza lo referente al derecho del afiliado de disponer el 25% de los fondos de pensiones para la compra de un primer inmueble, luego se pasa a analizar el derecho del afiliado de disponer de forma libre el 95.5% de los fondos de su CIC.

Se aplica el método de ponderación o principio de proporcionalidad, mediante el cual se puede establecer si las medidas adoptadas son congruentes o no, con la constitución.

Al final de la investigación se arriba a las conclusiones pertinentes mediante las cuales se da respuesta al problema planteado. Si la reforma legal introducida a la Ley del SPP vulnera la constitución y si a consecuencia de ello existe una desnaturalización del sistema privado de pensiones como parte del sistema de seguridad social implementado por el Estado.

La presente investigación pretende aportar un cierto esclarecimiento sobre el problema planteado, y si bien existe un consenso casi generalizado por parte de la población y sobre todo de los afiliados al SPP, de que la medida adoptada por los legisladores fue la más convenientes a razón de que son los dueños y legítimos propietarios de sus aportes, ello no es óbice para dejar de realizar un análisis técnico jurídico sobre el tema, ya que las consecuencias de una desnaturalización del sistema de pensiones conllevara al surgimiento de nuevos problemas.

Aunque exista en la actualidad una pacificación sobre este tema, no necesariamente por ello se puede concluir que la reforma realizada por el legislador fue la correcta.

CAPITULO I

LA SEGURIDAD SOCIAL

Leída diversas conceptualizaciones sobre que debe de entenderse por Seguridad Social, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial tomando como referencia los conceptos desarrollados por el Tribunal Constitucional; la seguridad social puede ser definida como el fin solidario que tiene toda sociedad de tratar de proteger a sus miembros de determinados riesgos que les son comunes y frecuentes y que probablemente en determinado momento de sus existencias tendrán que afrontar. Básicamente busca otorgar a las personas un nivel de bienestar estándar que conlleve a una seguridad común o generalizada a fin de aspirar a un desarrollo social estable y permanente. Si bien conlleva por principio un fin solidario entre los miembros de la sociedad a fin de ayudar o proteger a la persona que lo necesite, la finalidad básica en la aplicación de las medidas de protección es que la sociedad se proteja a sí misma y vele por su existencia y bienestar como sociedad.

Dentro de la normativa nacional e internacional la seguridad social es reconocida como un derecho, pero en la práctica funciona como una garantía institucional que viene a englobar toda una estructura jurídica que busca proteger a las personas y a la sociedad de riesgos comunes y afines. Dentro de esta estructura se busca prever riesgos de salud, económicos y otros que la sociedad vaya considerando factibles de protección de acuerdo a la progresividad en la aplicación de las diversas medidas que buscan proteger a la persona y a la vez otorgarle un nivel de vida adecuado.

El Tribunal Constitucional define a la seguridad social como una;

Garantía institucional que tiene por finalidad u objeto manifestar el carácter social de las funciones que puede cumplir el Estado. Este carácter social se ve reflejado en el reconocimiento de toda una estructura normativa y política contenido en el ámbito constitucional mediante el reconocimiento del derecho a la seguridad social, reconocimiento que toma como sustento y base la doctrina de la contingencia y la calidad de vida que debe de inspirar el carácter social de las funciones que cumple el Estado, requiriendo así mismo de supuestos facticos a fin de que esta garantía se plasme en la realidad; entre estos supuestos facticos el principal es el estado de necesidad que debe de manifestar el individuo a fin de que la garantía se plasme. La presunción de estado de necesidad se reflejará por un (cese en el empleo, viudez, orfandad,

invalidez, entre otras) los cuales condicionan el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial. Se rige por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y se funda en la exigencia del mantenimiento, elevación de la calidad de vida y de la seguridad social. Siendo un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo, con el propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Como garantía institucional está blindada contra toda reforma que la anule o la vacíe de contenido. (Tribunal Constitucional, Exp. 0050-2004-AI/TC, párr.54).

Cuando una sociedad dentro de la estructura institucional que es la seguridad social, crea un sistema de protección a fin de prever riesgos como vendría a ser el sistema previsional de pensiones, si bien se busca proteger a la persona, la finalidad esencial es que la propia sociedad se vea protegida.

En el caso del Sistema Previsional de Pensiones la seguridad social a previsto que es necesario otorgar a las personas, una seguridad económica de forma progresiva en determinadas circunstancias en las que se vean impedidas de obtener los recursos económicos suficientes con que poder solventar sus necesidades básicas.

La seguridad social mediante el sistema previsional de pensiones busca proteger a los miembros de la sociedad; siempre y cuando cumplan con determinados requisitos exigidos por ley; de los riesgos que conllevan que una persona no cuente con los recursos económicos suficientes con que solventar sus necesidades básicas. Esta medida pretende prever en un primer momento que la persona no afronte penurias a fin de cubrir sus necesidades básicas y a la vez que la sociedad no se vea afectada económicamente al tener que cubrir necesidades que pudieron ser previstas y evitadas.

El sistema previsional de pensiones plasma en la realidad la pretensión de prever contingencias mediante el pago de una pensión de jubilación, la cual vendría a definirse como una prestación monetaria fija, periódica y permanente que percibe una persona que deja de ser laboralmente activo.

1. La Pensión de Jubilación

Pensión es la acción de pagar periódicamente un monto dinerario y jubilación es la acción de retirarse o de cesar de determinada función que la persona viene ejerciendo o cumpliendo. La unión de estos dos términos “Pensión y Jubilación” conllevan como

significado. El pago periódico de determinado monto de dinero a toda persona que cesa o se retira de las funciones que venía ejerciendo.

Las funciones de las que puede cesar o retirarse una persona son de las actividades laborales, sea por una incapacidad que provoque una minusvalía que impida seguir laborando o por llegar a una determinada edad; pero en la actualidad existe un acuerdo tácito de entender como jubilado a la persona que cesa de sus actividades laborales por razón de la edad y no por minusvalía.

La pensión de jubilación entendida como el acto de cesar de la actividad laboral por razón de la edad, actualmente es tomada en cuenta a fin de reconocer el derecho social a la pensión a toda persona que cesa de su actividad laboral una vez arribado a determinada edad, mediante el cual se le reconoce el derecho a percibir el pago de un monto de dinero de forma periódica, permanente y fija.

El derecho a la pensión de jubilación deriva de la interpretación que las naciones y los organismos internacionales han venido dando de ella de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Si bien la declaración Universal de Derechos Humanos no se refiere específicamente al derecho a la pensión de jubilación, este puede ser interpretado del derecho a los seguros de vejez en casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes a la voluntad. (Declaración Universal de Derechos humanos, 1948, Art. 25º)

Cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos habla de asegurar la subsistencia de las personas de avanzada edad, implícitamente viene a reconocer el derecho a una pensión de jubilación, ya que el medio básico para poder subsistir en tiempos modernos es el contar con el dinero necesario que permita acceder a la persona a los productos y servicios necesarios para la subsistencia; sin el dinero necesario la subsistencia de la persona no está asegurada.

Partiendo de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución Política del Perú subsecuentemente de reconocer los derechos a la seguridad social garantiza el acceso a las pensiones.

Si bien el reconocimiento del derecho a la pensión no es explícito en nuestra carta magna, esta deriva de la interpretación realizada por el máximo Intérprete de esta; el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional reconoce al Derecho de pensión como parte de la estructura de derechos que conforma la garantía institucional del derecho de seguridad social. Mediante el derecho de pensión se busca prever la contingencia de carecer de recursos económicos que permitan solventar las necesidades de las personas.

Impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial (...). Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana. Nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo. El derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico. (Tribunal Constitucional, Expediente 1417-2005-AA, Fundamento 32)

La pensión de jubilación de acuerdo a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es un derecho fundamental, por encontrarse correlacionado directamente con la protección a la vida, porque al hacerse efectivo permite al beneficiario acceder a un recurso económico necesario para poder satisfacer sus necesidades. Al encontrarse correlacionado con la protección a la vida también se correlaciona con el Principio de Dignidad por el fin que se persigue; defender al ser humano. Pudiéndose establecer que el derecho a la pensión de jubilación emerge como el derecho fundamental mediante el cual se busca proteger a toda persona de la contingencia de no contar con los recursos económicos necesarios al llegar a determinada edad.

2. Reseña histórica de la pensión de jubilación

Prever cubrir las necesidades básicas de las personas a largo plazo fue por mucho tiempo de interés familiar; en un inicio las familias trataban de asegurar la vida de sus miembros mediante la posesión de tierras, los cuales servían para asegurar el sustento diario.

Con el devenir del tiempo y el desarrollo de las civilizaciones el interés por asegurar la vida de las personas se fue generalizando. La primera sociedad en crear políticas para afrontar este tipo de problemas sociales fue la sociedad Romana.

La sociedad Romana al sostenerse en un sistema militar imperialista vio la necesidad de crear sistemas de jubilación para poder mantener atractivas el servicio militar en sus legiones. Los ciudadanos romanos se ponían al servicio del imperio con la esperanza de que si sobrevivían después de veinticinco años de servicio en la legión se beneficiarían de una pensión de jubilación. (Hypatia, 2010)

Esta fue la primera forma de pensión de jubilación que un Estado organizado otorgaba o reconocía a determinados miembros de su sociedad; si bien no tenía un fin altruista sino el de mantener atractivo el enlistarse al servicio militar del imperio, este tipo de políticas generó el reconocimiento al derecho de pensión, el cual volvió a ser retomado en tiempos modernos.

A finales del siglo diecinueve, aproximadamente en los años 1880 en la naciente Alemania bajo el gobierno del canciller Otto Von Bismarck se promovió la creación de un sistema de seguridad social el cual conllevaba como fin previsional asegurar a los trabajadores con una pensión de jubilación, un seguro de salud, y uno de desempleo; con este tipo de políticas Alemania dio nacimiento al sistema previsional de pensiones de jubilación moderno el cual viene desarrollándose y adaptándose a la coyuntura y realidad de los tiempos actuales tomando diversos matices de acuerdo al tipo de sistema que viene adaptando cada país en base a sus intereses y realidad imperante, no siendo ajeno a ello el Perú (OIT, 2009, Revista Trabajo 67).

En el Perú el régimen de pensiones de jubilación se remonta a los inicios de la época republicana.

El primero de agosto de 1830 el presidente Agustín Gamarra mediante decreto emitió el "Reglamento provisional de retiros, de inválidos y premio para el ejército y arma nacional." Mediante dicho decreto se reconoció el derecho a una pensión de jubilación a los miembros del ejército y la armada nacional, y el 22 de enero del año 1850 el presidente Ramón Castilla ordenó publicar la Ley emitida por el congreso de aquella época mediante el cual no solamente se reconoce el derecho de pensión de jubilación a los militares, sino que también amplía dicho derecho a los empleados públicos.

Entrado el Siglo XX, el 13 de junio del año 1936 el presidente Oscar Raymundo Benavides Larrea promulga la ley N° 2384 a través del cual se crea el seguro social. Con el transcurrir del tiempo el Estado reformó el sistema pensionario a fin de ampliar las bases de beneficiarios siendo dadas las principales reformas mediante ley N° 25530, y ley N° 19990 entre otras leyes.

El 27 de noviembre del año 1992, mediante decreto ley N° 25897, se crea el Sistema Privado de Pensiones, como una alternativa al sistema público de pensiones de jubilación.

Con la creación del Sistema Privado de Pensiones el Perú pasó a tener un sistema mixto de pensiones mediante el cual los trabajadores dependientes tienen la opción de escoger entre el sistema público o el SPP.

En ese contexto, se aprecia que, desde que existieron las normas previsionales, tanto en el exterior como en Perú, todas, recogieron la naturaleza de un pago gradual, a fin de asegurar la vejez de las personas (entendiendo la norma, en un contexto histórico evolutivo; donde se examina la naturaleza de su origen).

3. Principales regímenes de sistemas de pensión de jubilación existentes en el Perú

Actualmente el Perú coexisten el sistema público de pensiones y el sistema privado de pensiones.

3.1. Regímenes Públicos de Pensiones

En el sistema público de pensiones coexisten varios regímenes pensionarios, entre las cuales tenemos.

a) Régimen previsional de pensiones del decreto ley N° 19990

Este régimen aprobado mediante Decreto Ley N° 19990 fue creado el 24 de abril del año 1973, en el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado; tenía por finalidad “Unificar los sistemas de pensiones de las cajas de pensiones de la caja nacional de seguro social y del seguro social del empleado y del fondo especial de jubilación de empleados particulares” (Decreto Ley 19990,1973).

Este régimen sigue abierto a todos los trabajadores que quieran afiliarse al sistema público de pensiones.

Las características más resaltantes que tiene es que para afiliarte no tienes que haber estado afiliado al SPP, ofrece un monto mínimo y máximo de pensión de jubilación por más que tus aportes realizados hayan sido sumas superiores a las de los demás afiliados, para gozar de una pensión de jubilación el mínimo de aportes que debes de haber realizado es el de veinte años y haber cumplido los 65 años de edad.

b) Régimen previsional de pensiones del decreto ley N° 20530

Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 25530 también fue promulgado en el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado el 26 de febrero del año 1974. Estaba orientado hacia los trabajadores del sector público no incorporados al régimen del Decreto Ley N° 19990, se caracterizaba por ser un régimen de reparto cerrado, ello quiere decir que solo un grupo determinado de trabajadores podía acceder a este régimen y los aportes iban a un fondo común el cual servía para cubrir las pensiones de jubilación. (Decreto Ley 25530, 1974)

A este régimen previsional se le conocía con el nombre de régimen de “Cedula Viva” debido a que los incrementos en las remuneraciones de los trabajadores activos se veían reflejados en las pensiones de los cesantes. Actualmente se encuentra cerrado por lo que ningún trabajador puede acceder a este.

Mediante ley de reforma constitucional N° 28389 del 17 de noviembre del año 2004, se modificó la primera disposición final y transitoria de la Constitución, a través del cual se declaró cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, no permitiéndose desde dicho momento nuevas incorporaciones ni reincorporaciones.

c) Regímenes previsionales especiales

Aparte de los regímenes de los Decretos Leyes N° 20530 y N° 19990, el Estado peruano cuenta con otros regímenes previsionales especiales cerrados, los cuales tienen como objeto, cubrir el régimen pensionario de ciertos sectores laborales, entre estos tenemos al régimen especial pesquero que fue creado mediante Ley N° 30003, dirigido a los trabajadores pesqueros que laboran en empresas pesqueras reconocidas por el Estado, se encuentra administrado por la Oficina de Normalización Previsional, así también encontramos a la caja de pensiones militar policial creado mediante Decreto Ley N° 19846, decreto emitido por el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado el 26 de setiembre del año 1972; este régimen se encarga de velar por las pensiones de los militares y policías que pasan a retiro, cuenta con una administración especial.

Otro régimen especial del sistema previsional es el régimen de pensiones de jubilación de los trabajadores mineros creado mediante ley N° 25009 en el gobierno del presidente Alan García Pérez el 25 de enero del año 1989, prevé los riesgos y enfermedades a los que se encuentran expuestos los trabajadores mineros y de acuerdo a ello se determina las formas para acceder a una pensión de jubilación.

3.2. Régimen Privado de Pensiones

Tomando como base el modelo chileno creado en el año 1980 por el economista José Manuel Piñera Echenique, mediante Decreto Ley N° 25897 el 28 de noviembre de 1992 el gobierno del presidente Alberto Fujimori Fujimori decide crear el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

El SPP funciona a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones o AFP; las AFP vienen a ser entidades financieras privadas creadas especialmente para administrar los fondos de pensiones.

La forma de administrar los fondos de pensiones en el SPP es distinta a la del sistema público de pensiones, mientras el sistema público funciona mediante un sistema de reparto, el SPP funciona mediante la administración de cuentas individuales de capitalización o simplemente CIC.

Las CIC vienen a ser fondos de pensiones individuales creados a favor década afiliado al SPP a fin de que los aportes que realicen así como los intereses que ganen dichos fondos se acumulen y capitalicen para que en un futuro pueda beneficiarse de una pensión de jubilación en base al total de los fondos acumulados.

Las AFP al administrar las CIC están facultados a invertir los aportes que los afiliados realicen en sus CIC a fin de obtener un mayor rédito económico y así obtener mayores beneficios para los fondos de pensiones.

En base al monto que se logre acumular en las CIC se establecerá el monto de pensión de jubilación que podrá percibir el pensionista.

En el SPP el Estado se libera de la obligación de realizar aportaciones a favor de los afiliados; en ese sentido, la función que cumple el Estado es de ser un ente regulador de mercado a fin de mantener un cierto control sobre este (velar por su adecuado funcionamiento).

Con la creación del SPP el Estado creó una opción más en cuanto a regímenes previsionales de pensiones existentes, dando paso a que la inversión privada coadyuve en la progresividad y universalización del sistema previsional de pensiones.

En la actualidad el SPP cuenta en el mercado con cuatro entidades administradores de fondos de pensiones.

3.2.1. Orígenes del Sistema Privado de Pensiones

Con el fenómeno del decrecimiento de la tasa de natalidad, el número de aportantes en los sistemas públicos de pensiones también fueron decreciendo, esto motivó a que diversos países se planteasen reformas en sus sistemas de pensiones ya que con el devenir del tiempo mantener un sistema de pensiones que funcione con un sistema de reparto al no contar con la suficiente cantidad de aportantes activos era insostenible.

El economista José Manuel Piñera Echenique, en el año 1980, en pleno auge del gobierno militar de Augusto Pinochet fue el gestor de un nuevo sistema de pensiones denominado Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones. Este nuevo sistema consistía en que cada persona debía de aportar obligatoriamente a un fondo individual denominado cuenta individual de capitalización, el cual sería administrado por una institución privada, la que se encargaría de brindar la pensión de jubilación correspondiente al afiliado una vez llegado la edad de jubilación cumplido los requisitos de ley tomando como sustento para solventar económicamente la pensión, los fondos acumulados de la Cuenta Individual de Capitalización.

Si bien el sistema privado de administración de fondo de pensiones – AFP tuvo su nacimiento en Chile, con el transcurrir de los años otros países adoptaron este sistema. El Perú lo adoptó en el año 1992, Colombia en el año 1994, Uruguay en el año 1996, México en el año 1997. En cada uno de los países el sistema fue adoptando ciertas particularidades a fin de adaptarse a las necesidades de la sociedad, así también el éxito del sistema no necesariamente ha ido de la mano con la satisfacción de los afiliados un claro ejemplo de ello es lo sucedido en Argentina país que adoptó el SPP amoldándolo a sus necesidades; sin embargo, en el año 2008 fue eliminada por no satisfacer las necesidades debidamente.

3.2.2. Diferencia entre el sistema de Cuenta Individuales de Capitalización y el sistema de reparto

El sistema de reparto es usado en el sistema público de pensiones, en este tipo de sistema los afiliados que son laboralmente activos aportan a un fondo común o solidario a fin de solventar las pensiones de los afiliados que pasan a ser jubilados. Este sistema es aplicado en la mayoría de países, sin embargo en los países donde la tasa de natalidad viene disminuyendo el sistema empieza a entrar en crisis.

En el sistema de reparto es necesario que el número de afiliados laboralmente activos sea mayor al número de afiliados jubilados ya que los aportes de los activos subvencionan las pensiones de los jubilados, para que el sistema funcione normalmente es necesario que haya más de dos afiliados aportantes a fin de subvencionar la pensión de un afiliado jubilado. Este sistema necesita que la tasa de natalidad este en constante crecimiento, por más que exista una sociedad superpoblada, claro ejemplo de este efecto es China. Si bien China cuenta con más de mil millones de habitantes la política de un solo hijo por pareja hizo que la pirámide demográfica reflejase un envejecimiento de su población proyectándose en el tiempo de que la cantidad de personas longevas superaría a la de personas jóvenes, ello implicaría que en un futuro habrían más personas jubiladas que personas laboralmente activas que aporten al sistema a fin de subvencionar la pensión de los jubilados, esto conllevaría a una grave crisis social y económica. Este fenómeno hizo que China retrocediera en su política de un solo hijo por pareja y si bien este cambio de política podría significar una solución a corto tiempo para países como China, a largo plazo no es una solución valedera; las experiencias recientes señalan que mientras más se desarrolle una sociedad la tasa de natalidad disminuye, este efecto es natural e irreversible en todas las sociedades que aspiren al desarrollo. Probablemente la disminución de la tasa de natalidad en países desarrollados y en vías de desarrollo se deba a que las mujeres también ingresan al mercado laboral, disminuyendo en tiempo con que podrían contar para criar más hijos de los que puede siendo laboralmente activa, así mismo el desarrollo implica un mayor nivel de educación y conciencia sobre la realidad, esto conlleva a que una pareja prevea el bienestar de su descendencia disminuyendo la cantidad de hijos a fin de brindar un mayor bienestar a los que logre tener.

Ejemplo de lo señalado es lo que viene sucediendo en Europa; en el continente Europeo no existe impedimento para tener hijos, sin embargo la tasa de natalidad ha disminuido al alcanzar mayor desarrollo, este hecho ha puesto en crisis los sistemas públicos de pensiones.

El sistema de reparto como sistema de pensiones es inviable a futuro a razón de que mantener en constante crecimiento a la población de una sociedad es un suicidio a largo plazo ya que los recursos con los que cuenta disminuirá mientras la población crezca más.

El sistema de Cuentas Individuales de Capitalización funciona de forma distinta al de sistema de reparto, en el sistema de CIC se crea una cuenta individual para cada afiliado; todos los aportes que realice el afiliado a la CIC durante toda la etapa que laboralmente activo, se van capitalizando hasta formar un caudal suficientemente grande para solventar una pensión de jubilación, una vez que el afiliado llega a la edad de jubilación, los fondos económicos acumulados en la CIC servirán de colchón para cubrir la pensión del afiliado que pasa a ser jubilado.

Los fondos de las CIC aparte de contar con los aportes que realice el afiliado también contarán con los intereses que estas pudiesen ganar de las inversiones que hagan las entidades que administran los fondos.

Mediante la CIC se deja en manos del afiliado proyectarse la cantidad de pensión que deseen percibir. Si los aportes que realice son altos la pensión de jubilación será alta, si los aportes a la CIC son mínimas la pensión de jubilación será mínima. La principal desventaja en el sistema de CIC es la insatisfacción de un porcentaje de afiliados al saber que la futura pensión de jubilación a percibir no será de altas cifras por los aportes bajos que realizan al sistema.

Comparando ambos sistemas si bien el sistema de repartos brinda en determinados casos una mayor satisfacción a los afiliados que aportan mínimas cantidades al sistema, este ya no es viable en el tiempo, mientras que las CIC si lo es, por depender del propio afiliado, en diversos países los sistemas de reparto vienen siendo cerrados y están siendo remplazados por el sistema de CIC, países como Chile y México vienen dejando atrás el sistema de reparto para concentrarse en el sistema de CIC. Desde la perspectiva económica este sistema también ha significado un avance en la economía ya que el ahorrarse fondos en las CIC, las entidades encargadas de administrarlas se han convertido en grandes inversores dentro del mercado financiero inyectando grandes flujos de dinero al mercado.

Algunos países vienen implementando un tipo de sistema mixto o público privado, mediante el cual el sistema de pensiones funciona con CIC pero al mismo tiempo el estado otorga una prima de seguro mediante el cual se asegura al afiliado de que la pensión que percibirá será de un monto adecuado, con ello se prevé que el afiliado no solo aporte mensualmente de los descuentos que se haga de sus ingresos, sino que

realice aportes voluntarios a fin de aspirar a una pensión de jubilación más alta. El trabajo mancomunado entre la empresa privada y el Estado viene generando muy buenos resultados y una satisfacción entre los afiliados, un claro ejemplo de este tipo de sistemas es el sistema de pensiones de Australia.

4. Sistemas de pensiones en el ámbito internacional

En el mundo los países han optado por diversas formas de sistema de pensiones entre los cuales tenemos

Alemania

El sistema de pensiones en Alemania se sustenta en un sistema de reparto. Los aportes que se realiza al sistema de pensiones implican que el 50% de los aportes lo haga el afiliado y el otro 50% lo haga el empleador (Pensiones Alemán: Como funciona).

El sistema de pensiones alemán funciona como una especie de impuesto ya que al trabajador se le descuenta automáticamente un porcentaje del sueldo que percibe, básicamente viene funcionando como un sistema de reparto, sin embargo por el envejecimiento de la población el sistema Alemán también pretende ser reformado ya que a la tasa actual de envejecimiento de la población será poco probable que el sistema sobreviva a futuro. Sin perjuicio de ello, se aprecia que este sistema prevé el pago de una pensión, gradualmente durante la vida del pensionista.

Australia

El sistema de pensiones australiano se llama "Superannuation", fue creado en el año 1986 en remplazo del sistema público de pensiones. Este sistema de pensiones está considerado como uno de los mejores del mundo por su funcionalidad y nivel de satisfacción de los afiliados. Superannuation funciona de la siguiente forma.

Todo trabajador debe de aportar el 9% de su ingreso a una cuenta personal de jubilación mediante el cual se financiará su pensión, aquí también podemos hablar de una CIC.

El sistema trabaja con fondos o pilares económicos: la primera es la contribución obligatoria que debe de hacer el afiliado, la segunda son las posibles contribuciones adicionales que decida realizar cada trabajador, para ello el Estado promueve este tipo de contribuciones disminuyendo los impuestos y por ultimo existe un fondo de

seguridad, creado por el Estado con los presupuestos públicos el cual garantiza al afiliado una pensión mínima.

Los aportes del Estado para las pensiones mínimas se han ajustado progresivamente para que solamente aseguren un nivel básico, evitando así que el complemento fomente aportes menores y una cultura asistencialista. El sistema de "Superannuation" está gestionado por miles de entidades, de las que unas 350 manejan fondos de tamaño significativo. La atomización del mercado garantiza una variedad notable que permite perfilar mejor el perfil de inversión de las cuentas de ahorro. Existe incluso la posibilidad de hacer una cuenta *Do it Yourself* en la que el propio trabajador se puede reunir con un pequeño grupo de cotizantes y así formar su propia administración, siempre que funcione de acuerdo con las regulaciones marcadas por el organismo supervisor. (Libre Mercado, Sanchez De La Cruz, página web)

El sistema de pensiones de jubilación australiano es un sistema en la que el interés particular como público se fusiona a fin de brindar un mayor bienestar a los pensionistas. (Henneo, La información. Com, página web)

Chile

El sistema de pensiones en Chile funciona mediante CIC, desde la reforma llevada a cabo en el sistema de pensión es chileno, el SPP ha relevado al sistema público de pensiones, habiéndose dejado en manos del sistema privado, el sistema de pensiones ya que el sistema público ha sido cerrado. (Asociación de AFP Chile, pagina web)

España

El sistema de pensiones de España funciona mediante un sistema de repartos; al igual que muchos países, el sistema de repartos español se encuentra en crisis debido a la disminución de la tasa de natalidad, esto ha conllevado que el sistema sea subvencionado por el Estado. (BBVA, Como funciona el sistema de pensiones en España, pagina web)

Argentina

El sistema de pensiones argentino funciona mediante el sistema de reparto. En el año 1993 en la argentina se creó el sistema privado de administración de fondos de pensiones denominado Administradoras de Fondos de pensiones y jubilaciones, este sistema funcionaba mediante cuentas individuales de capitalización este sistema estuvo vigente hasta el año 2008 año en el que el gobierno argentino decidió

eliminarlo por considerar que no era beneficioso para los afiliados, habiendo sido absorbido por el sistema público de pensiones.

Los países tienen diversos sistemas de pensiones, adecuando cada uno a su realidad. En Chile impera un sistema privado, en Australia un sistema mixto, mientras que en España un sistema de reparto; más en ninguno de ellos existe la figura de libre disposición de los fondos de pensiones a favor de los afiliados. Los fondos de pensiones se preservan sean cual fuere la administración que tuviesen, con el objeto de poder brindar al afiliado una pensión de jubilación una vez cumplido los requisitos de ley, no existe un derecho del afiliado de disponer libremente de los fondos de pensiones, derecho que si existe en el SPP del Perú desde que se reformó la Ley del SPP.

5. La Constitución y el Sistema Previsional de Pensiones de Jubilación

5.1. El fin previsional en el SPP

El SPP tiene un reconocimiento especial por parte del Estado y la sociedad, como sistema se encuentra reconocido por la Constitución Política del Perú, a través del artículo 11º “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.” (Constitución Política del Perú, 1993, Art. 11º)

El reconocimiento de rango constitucional permite prever que el SPP forme parte de la estructura institucional del derecho a la seguridad social; por dicho origen, al igual que el sistema público de pensiones el objeto del SPP es proteger a las personas frente a las contingencias que precise la ley.

La Ley del SPP, cumpliendo el mandato de la Constitución estableció en su primer artículo que;

“El Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (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 los riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento.”(Ley del Sistema Privado de Pensiones, Decreto Supremo N° 054-97-EF, art.1º)

El SPP al igual que el sistema público de pensiones se encuentra plenamente correlacionado con la estructura del derecho a la seguridad social por el objetivo que

persigue; el cual es asegurar o prever la contingencia de que el afiliado al SPP cuenten con una pensión de jubilación cumplido los requisitos establecidos por ley, a fin de prever el riesgo de no contar con los recursos económicos suficientes con el cual solventar el costo de cubrir necesidades básicas cuando el afiliado deje de ser laboralmente activo, quedando con ello plenamente establecido que el SPP persigue un fin previsional, debiendo de entenderse este como el objeto de prever riesgos en favor del afiliado al SPP. Este fin previsional se encuentra reconocido por la Constitución en su artículo 10º.

“El estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida” (Constitución, 1993, Art. 10º).

Ubicándose esta finalidad dentro del marco constitucional cuando el artículo hace referencia a la protección que debe de brindar el sistema frente a contingencias que precise la ley.

El fin previsional en el SPP funciona como un sistema de contingencia porque busca asegurar o prever que los afiliados cuenten con un ingreso económico.

Un sistema de pensiones que no cumpla con el objetivo de “asegurar al individuo un ingreso económico fijo y periódico” desnaturaliza su finalidad.

En el caso del SPP la ley precisa que el objetivo es fortalecer el sistema de seguridad social, en el área de pensiones otorgando a los afiliados protección ante los riesgos de vejes e invalidez; con ello se reconoce que el SPP forma parte del sistema de seguridad social, hecho que motiva una protección a su fin y objeto de creación.

Una clara reafirmación a este fin previsional es la garantía de intangibilidad que gozan los fondos de la CIC. En la sentencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada por un grupo de congresistas en contra de la Ley 28991 ante el Tribunal Constitucional, en el análisis realizado sobre el uso de los fondos de las CIC estableció que:

La intangibilidad a la que alude el artículo 12º 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 acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1º de la Norma Fundamental. Y es justamente dicho fin el perseguido por el artículo 14º de la ley impugnada, permitiendo que parte de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, permitan asegurar una pensión

mínima para los pensionistas del SPPrP. (Tribunal Constitucional, Exp. 0014-2007-PI/TC, Fundamento 31)

5.2. La intangibilidad de los fondos de las pensiones de jubilación en el SPP

De acuerdo al Tribunal Constitucional, la intangibilidad como garantía que forma parte de la estructura del sistema de seguridad social que nuestra Constitución reconoce, debe de ser entendida como aquella limitación por la cual no se puede disponer del bien, objeto o masa monetaria, por conllevar determinadas características; o por la finalidad u objeto que se persigue.

La intangibilidad en el sistema de pensiones debe de ser entendido como la prohibición que realiza la norma de disponer de los fondos acumulados que tendrán como destino la pensión de jubilación del afiliado. Esta intangibilidad reconocida constitucionalmente conlleva un fin primordial, y es el de evitar que el estado o terceros dispongan del caudal acumulado afectando con ello el propósito que tenían.

El artículo 12º de la Constitución Política del Perú establece, que: “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” (Constitución Política del Perú, 1993, Art. 12)

En un SPP se acostumbra hablar de fondos de seguridad social, hablar de reserva conlleva afirmar la preexistencia de un fondo aparte del conformado por los fondos de la CIC que sirvan para asegurar la pensión a los afiliados, reservas que no existen en el SPP.

Los fondos de las CIC administrados por las AFP si bien de forma individual no constituyen un fondo de seguridad social por solo estar cautelando que la persona afiliada cuente con una pensión de jubilación, visto en su conjunto constituyen un fondo de seguridad social por el objeto que persigue el SPP, que es administrar fondos de pensiones a fin de prever que los afiliados lleguen a contar con un ingreso económico a través de una pensión de jubilación.

Las CIC fueron creadas dentro del SPP como parte de una política nacional de seguridad social, caso contrario si no se hubiese pensado ello, el Estado hubiese dejado al libre albedrio de las personas poder ahorrar o no los recursos económicos suficientes con el cual poder afrontar el riesgo de no contar con un ingreso económico suficiente para cubrir sus necesidades cuando se es laboralmente inactivo y no crear un SPP para la administración de fondos de pensiones.

La intangibilidad de los fondos del SPP nace en el objetivo o fin del SPP, el cual es prever la contingencia de que el afiliado cuente con un ingreso económico mediante una pensión de jubilación.

Si bien existe posiciones contradictorias que sostienen que el carácter intangible de los fondos de seguridad social al que se refiere la Constitución Política del Perú, es de referencia a los fondos y reservas públicas del sistema público de pensiones por tratarse fondos solidarios. Si se parte del objetivo descrito en la Ley del SPP, la intangibilidad de los fondos de pensiones no se dan en razón del origen que tuviesen los fondos o de cómo estos se administran, la intangibilidad se fundamenta en el fin que el SPP persigue y este es prever a los afiliados de una contingencia económica asegurándoles un ingreso económico mediante una pensión de jubilación.

Si la Ley del SPP establece que su objeto es contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social, la intangibilidad de los fondos de pensiones de las CIC es considerado de interés común por ser parte de un sistema de pensiones.

Debe de ser entendidas desde la perspectiva de:

“Asegurar que los fondos de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión”(Tribunal Constitucional, Exp. N° 00014-2007-PI/TC, párrafo 31).

Debe de entenderse como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, en tanto posee una eficacia reforzada, su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, tiene por objeto ultimo proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía de pago.(Tribunal Constitucional, Exp. N° 013-2012-PI/TC, párrafo 82).

Sea cual fuere el origen de los fondos de pensiones la intangibilidad tiene su razón de ser en cumplir con su objeto principal el cual es que la persona cuente a futuro con una pensión de jubilación.

La intangibilidad solo podría ser omitida de forma excepcional si es que existe una justificación que prevea que existe un derecho más importante que proteger que la seguridad económica de la persona, que justifique la restricción de una garantía constitucional tal como lo es la intangibilidad del fondo de pensiones. Ejemplo de un derecho superior al derecho a una seguridad económica seria el derecho a la vida. Si una persona viene sufriendo de un cáncer el cual si no es tratado puede conllevar la

muerte del afiliado, sería incongruente que la intangibilidad de los aportes se mantenga impidiendo con ello que el afiliado acceda a dichos recursos económicos necesarios para poder cubrir los gastos de tratamiento de la enfermedad que permitan al afiliado poder seguir con vida. En este caso el derecho a la vida prima por sobre el derecho a la seguridad económica que el sistema de pensiones persigue.

“Si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional.”(Rubio, Eguiguren, Bernales, 2017, p.32)

Obviar la restricción de intangibilidad de las pensiones que actúa como una garantía constitucional implica que el derecho que se pretende hacer prevalecer debe de ser de mayor beneficio que mantener incólume el fondo que servirá de base y sustento para la pensión de jubilación.

Para poder establecer si los fondos de las CIC que administra el SPP son intangibles es necesario establecer una correlación entre la intangibilidad de los fondos del sistema de pensiones y los principios y derechos que sustentan y amparan al SPP.

5.3. Principios constitucionales correlacionados al Sistema Privado de Pensiones

Los principios constitucionales pueden ser entendidos como aquellos valores superiores en las cuales se van a sustentar diversas medidas, derechos y obligaciones dentro de la sociedad, a través del surgimiento de cuerpos legales. Los principios constitucionales a explicar servirán de base para entender si la reforma realizada por nuestros legisladores fue la correcta o no.

Para que el sistema legal concuerde debidamente con las pretensiones que aspira nuestro sistema jurídico, toda medida a tomar debe de llegar a establecer una armonía entre los diversos principios que engloba el derecho que la norma reconoce. En la investigación desarrollada sobre el derecho a la libre disponibilidad de los fondos de las CIC por parte de los afiliados al SPP, esta engloba diversos principios, los cuales deben de concatenar adecuadamente cual si fuese un rompecabezas, debiendo de calzar debidamente entre todas a fin de establecer que existe una proporcionalidad y ponderación adecuada en la medida tomada por el legislador, si la medida adoptada por el legislador conlleva a la vulneración o transgresión injustificada de determinado principio, entonces podremos afirmar que la medida adoptada por nuestros legisladores no fue la correcta por no ser proporcional, ni ponderada.

1. Principio de dignidad

Para Luz Pacheco Zerga el concepto de dignidad de la persona humana se origina en.

Una visión trascendente de la vida, que se mueve en el dualismo del ser y el deber, con un fundamento absoluto que le otorga un carácter heterónimo y una fisonomía objetiva, de la que se deriva una exigencia ético política, con un contenido mínimo negociable.

Cuando se afirma la dignidad humana se hace un juicio sobre el valor de la estructura específica del ser humano. Desde el punto de vista filosófico jurídico, este concepto se inscribe en tres planos: en la naturaleza del ser humano, en su fundamento y en sus exigencias jurídico naturales, así como un carácter axiomático. (Pacheco Zerga L., 60 Años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos- La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrobojo, Ed. usat, Lambayeque, 2008, p.19)

La dignidad es tomada por el marco jurídico, como el presupuesto necesario para la coexistencia de los derechos fundamentales.

El principio de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, es el fundamento necesario con la que debe de identificarse cualquier estado que dice ser democrático. No se puede traspasar los límites que nos impone la dignidad humana, este parámetro exige el respeto al individuo hasta en los casos más extremos, la dignidad siempre constituirá el parámetro para el respeto de los derechos del individuo, por dicho motivo emerge como un minimum inalienable que todo ordenamiento debe de respetar, defender y promover. (García Belaunde, Diccionario de Jurisprudencia Constitucional, Ed. Grijley, Lima, 2009, p.219)

Este principio se encuentra recogido en el artículo uno de la Constitución Política del Perú. Por dignidad debemos de entender que todos los seres humanos somos iguales en naturaleza, motivo por el cual entre nosotros nos debemos igual respeto, igual oportunidades, igual bienestar. Igualdad que debe de ser plasmada a través de la sociedad y de las políticas que esta establezca en pro de bienestar común.

Supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas. Bajo este principio, el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales

como límites para su intervención –obligaciones de no hacer–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer(Tribunal Constitucional, Exp. 2016-2004-AA/TC).

La dignidad humana actúa como una especie de eje sobre los demás derechos coordinándolas adecuadamente a fin de siempre preponderar el bienestar de la persona humana como individuo. Las políticas sociales también deben de estar orientadas a la búsqueda del bienestar del ser humano.

Como principio no solo está ligada a los derechos individuales, sino a derechos que busca promover el bienestar común; dentro de estos derechos que buscan el bienestar común se encuentran los derechos enmarcados en el derecho a la seguridad social, los cuales a su vez engloban diversos derechos como el derecho a la pensión.

Los profesores Marcial Rubio, junto con Francisco Eguiguren y Enrique Bernales en el libro denominado Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conceptualizan a la dignidad humana como el tratamiento positivo y preferente que debe de tener la persona humana no solo por la sociedad y demás personas, también por el propio Estado.

La dignidad hace al ser humano merecedor del tratamiento preferente de ser un fin en sí mismo, y sujeto de políticas sociales y públicas destinadas a dar una mejor calidad de vida a cada uno. La capacidad jurídica, originada en el derecho civil, es reinterpretada en el derecho constitucional en virtud de la dignidad humana y se convierte en un atributo que consiste en que cada ser humano tiene los derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, los ejercita directamente.(Rubio, Eguiguren, Bernales, 2017,p.55,56)

El derecho a la pensión de jubilación como derecho fundamental, se encuentra directamente ligado al principio de dignidad por tener como objetivo brindar a la persona una seguridad económica a fin de que pueda cubrir sus necesidades básicas, busca proteger al ser humano en determinadas circunstancias en las que se ve incapaz de obtener recursos económicos suficientes. La pensión de jubilación pretende darle a la persona la seguridad de que podrá satisfacer sus necesidades al contar con un ingreso económico seguro, de esta forma lo busca proteger ante las adversidades que pudiesen surgir.

2. El derecho a la vida

El derecho a la vida es el derecho fundamental primordial y básico por excelencia, sin el previo respeto de este derecho los demás derechos fundamentales sea cual fueren carecen de sentido ya que sin la vida no existe el goce de ninguno de ellos, por dicha razón es que este derecho conlleva la máxima protección de la sociedad, girando todos los demás derechos fundamentales alrededor del derecho a la vida con la única finalidad de protegerla, brindarle el máximo desarrollo y bienestar posible.

El derecho a la vida no solo implica la protección a la persona de una probable muerte sea las causas que fueren, también implica la protección de la persona en cuanto a hechos y actos que conlleven a un menor disfrute de la misma, o que implique una disminución del tiempo de perspectiva de vida que pudiese conllevar ciertos hechos como el que la persona tenga un mala calidad de vida al no poder cubrir sus necesidades, el derecho a la vida permite englobar a diversos derechos fundamentales con la finalidad de poder buscar un mayor bienestar y protección a favor del ser humano.

El derecho a una pensión de jubilación se encuentra estrechamente ligado al derecho a la vida. Al asegurar el derecho a la pensión que la persona acceda a una seguridad económica que le permita cubrir sus necesidades, también permitirá a la persona tener o mantener un nivel de vida adecuado y digno. El Tribunal Constitucional Referente al derecho a la vida se pronunció señalando que;

“la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones digna” (Tribunal Constitucional, Exp. 5954-2007-PHC/TC)

Partiendo del concepto establecido por el tribunal el derecho a la pensión de jubilación permite al afiliado llevar una vida de forma digna incluso dejando de ser laboralmente activo, ya que le permite contar con los recursos necesarios con que cubrir sus necesidades.

El derecho fundamental a la vida ampara a todo ser humano poder mantener una estabilidad física y psíquica que coadyuve a mantener un nivel de vida digno así como evitar la pérdida de la misma. Sin un adecuado acceso a los bienes y servicios necesarios, los seres humanos no solo corren el riesgo de aminorar su calidad de vida sino de incluso perderla. La pensión de jubilación entendida como la entrega gradual

del aporte del afiliado, permite a la persona acceder a los recursos económicos necesarios para solventar sus necesidades.

3. Derecho a la Seguridad Social

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo;

La seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

El derecho a la seguridad social es un derecho reciente, nacido con la evolución de la visión política de la democracia, nace con el estado social democrático de derecho.

Mediante el estado social democrático de derecho la visión del rol del Estado y la sociedad cambia, pasando de ser el Estado que solo garantiza la seguridad y libertades a pasar a ser un estado preocupado por el bienestar de sus miembros, un estado benefactor que ya no solo quiere brindar seguridad y asegurar derechos, sino que pretende otorgar progresivamente el mayor bienestar a sus miembros a fin de que estos puedan aspirar a un pleno desarrollo.

Se encuentra estrechamente ligado al derecho de la pensión porque la engloba o subsume como parte de este ya que el objetivo del sistema de pensiones es coadyuvar con la seguridad social mediante la búsqueda de una seguridad económica para la persona cuando deje de ser laboralmente activo. Más que un derecho es una garantía constitucional.

“Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones, no siendo un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significando una protección constitucional.” (Tribunal constitucional, Exp. 0050-2004-AI/TC, párrafo 53).

Se trata de una estructura institucional al estar compuesta por diversos campos que tiene por finalidad brindar seguridad a toda o a la amplia mayoría de ciudadanos, abarcando ámbitos de salud, seguridad económica, educación, entre otros, mediante los cuales se pretende cimentar y respaldar diversos derechos fundamentales, entre estos, el derecho a la pensión.

El derecho a la pensión forma parte del derecho a la seguridad social por ser parte de una estructura de derechos que se engloban dentro de este. El derecho a la seguridad social más que un derecho, funciona como una estructura en la cual convergen derechos diversos, como lo son el derecho a la salud, a la educación, a la pensión de jubilación, entre otros, los cuales tienen como máximo objetivo brindar al individuo el bienestar a través del cubrimiento de contingencias y necesidades.

4. Principio de Progresividad

El principio de progresividad surge en el derecho internacional, y tiene entre sus primeros antecedentes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969). Es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. La naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique. (Mansilla Castro, 2015, p. 83)

El principio de progresividad implica una obligación por parte del Estado de velar que los derechos sociales, económicos y culturales, progresivamente vayan plasmándose. Conlleva un compromiso por parte del Estado de adecuar sus políticas a fin de cumplir determinados objetivos. En el caso del derecho a una pensión de jubilación, si bien el Estado no está obligado a solventar económicamente a sus ciudadanos con una subvención económica, si está en la obligación de fomentar políticas a través de las cuales los sistemas previsionales tengan un mayor desarrollo y expansión a fin de que la ciudadanía tenga asequibilidad a estos.

“Implica que dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de derechos tiene vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y además, elegir supuestos de reglamentación que importe un retroceso en la situación de goce de los derechos sociales vigentes.” (Tribunal Constitucional, Exp. N°0050-2004-AI/TC, párrafo 49).

El principio de progresividad implícitamente también conlleva el principio de universalización del servicio que brinda el sistema de pensiones, ya que mientras más progrese el sistema de pensiones el número de beneficiarios irá en aumento, conllevando con ello a que el beneficio que se pretende ofrecer llegue al mayor porcentaje de personas.

Por principio de progresividad el sistema de seguridad social en todas sus facetas no puede retrotraerse de ámbitos ya cubiertos, esto implica una vulneración a la progresividad del mismo, toda política que conlleve retrotraer los beneficios del sistema de seguridad social es ilegal e inconstitucional.

5. Derecho a la vivienda

El artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que;

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure entre otros derechos el acceso a una vivienda”(DUDH,1948, art.25).

Si bien en la carta magna de año 1993 el derecho a una vivienda no es reconocida explícitamente, se debe de precisar que de acuerdo al artículo 3º y 55º concordante con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, no se excluyen los derechos constitucionales de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad humana, ante ello todo derecho humano establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en los demás pactos firmados y ratificados por el Perú, forman parte del derecho nacional siendo de obligatorio cumplimiento.

El derecho a una vivienda de acuerdo al alto comisionado para los derechos humanos de la ONU- HÁBITAT conlleva a una asequibilidad en la obtención de la vivienda, no pudiéndose considerar una vivienda adecuada si sus costos ponen en peligro el disfrute de otros derechos humanos y por ultimo debe de tenerse en consideración la accesibilidad a la vivienda; se considera que una vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades de vivienda de determinados grupos desfavorecidos para de dicha forma trabajar en políticas que mejore el acceso a una vivienda de los que no posee una. Así mismo conlleva una obligación por parte del estado de lograr gradualmente el pleno goce del derecho a una vivienda adecuada a través de políticas que permitan que progresivamente la población goce de este derecho, debiendo el estado de adoptar medidas legislativas, entre otro tipo de medidas que coadyuven con la finalidad de que este derecho sea de goce de un mayor número de ciudadanos (ONU – Hábitat, Folleto informativo N° 21).

El derecho a una vivienda adecuada, reconoce al ser humano el derecho de contar con un espacio propio y adecuado en el cual pueda desarrollarse como tal, en la intimidad de su ser y de los familiares y personas más cercanas que la propia persona permita acceder.

La vivienda permite al ser humano tener una seguridad básica e inicial a través del cual le permita gozar de otros derechos fundamentales.

Sin una vivienda adecuada es muy probable que el ser humano no pueda llevar una vida digna, así mismo se verá impedido de gozar de otros derechos como los son los derechos de seguridad social, educación, salud, pensión, entre otros; la vivienda adecuada por el simple hecho de poder otorgar una estabilidad de morada al ser humano conlleva a que este tenga la plena seguridad de vivir, desarrollarse y gozar del ambiente que lo rodea con una ventaja de quien no lo posea, claro ejemplo de cuan diferente es el acceso al goce de derechos podría ser el comparar a que derechos puede acceder una persona que cuenta con una vivienda propia y a que derechos puede acceder una persona que no cuenta con una.

La diferencia de poder acceder a determinados derechos fundamentales entre una persona que posee una vivienda propia y otra que no lo posea es alta, las personas con acceso a una vivienda probablemente accedan a mayores derechos que las personas que carezcan de ella.

6. El derecho a la propiedad y la pensión de jubilación

El derecho a la propiedad es un derecho constitucional reconocido como derecho fundamental.

El derecho a pensión correlacionado con el derecho de propiedad nos conllevaría a sostener; y más si nos encontramos frente a un SPP que los fondos de las CIC, son de propiedad del afiliado, teniendo por tanto el derecho de uso, disfrute, dominio y libre disposición.

Sobre el derecho de propiedad de los aportes que haga un afiliado a un fondo de pensiones el tribunal constitucional se ha pronunciado estableciendo que no existe un derecho de propiedad sobre la pensión, solo existe un derecho patrimonial.

La pensión como patrimonio y no como propiedad

La pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con el derecho de propiedad, entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica y en los actos que pueden realizarse.

Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago

periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias, la pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación, por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar con la propiedad, no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce. La pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase (Tribunal Constitucional, Exp. 0050-2004-AI/TC, párrafo 96,97).

En ese sentido, la pensión no conlleva intrínsecamente un derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones, por no conllevar rasgos específicos que caracterizan a este derecho.

El derecho a la pensión más que un derecho de propiedad sobre los aportes pensionables y sobre la propia pensión, conlleva un derecho patrimonial, el cual permite al afiliado disfrutar de una pensión una vez cumplido los requisitos establecidos por ley.

El razonamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional va de acorde con la finalidad del derecho de pensión ya que la pensión cumple como fin y objeto; otorgar al individuo una pensión de jubilación, entendido como un pago paulatino a favor del afiliado. El derecho de pensión prevé a futuro una seguridad económica del afiliado.

7. Principio de Proporcionalidad

Luego de haber analizado los principios constitucionales correlacionados al Sistema Privado de Pensiones, corresponde revisar el principio de proporcionalidad o test de ponderación, el cual es un mecanismo técnico jurídico a través del cual se puede determinar el balance proporcional entre dos derechos o normas contrapuestas a fin de establecer hasta qué punto un derecho fundamental puede ser restringido con la finalidad de favorecer a otro, debiéndose de tratar de lograr un equilibrio en el cual el derecho o la norma restringida no sea vulnerada en su núcleo duro.

La conceptualización más acertada sobre este principio la da el profesor Carlos Bernal Pulido en su obra. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales.

El principio de proporcionalidad en un sentido amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar un equilibrio entre los intereses en conflicto. Sirve para poder orientarse en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos y jerarquizándolos para de esa forma resolver conflictos.

Conlleva una función hermenéutica, mediante la cual se logra una interpretación jurídica más acertada. Puede ser definido como el criterio adecuado para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición.

Es un catalizador del proceso de reducción de tensiones entre los contenidos axiológicos de los derechos fundamentales que colisionan entre sí, constituyéndose en una importante fuente para la auto integración del ordenamiento jurídico. (Bernal Pulido, 2003)

Mediante el test de ponderación se puede poner en evidencia si la competencia legislativa al promulgar determinada ley se hizo vulnerando determinado derecho fundamental o no.

Una medida legislativa podrá ser declarada inconstitucional, si mediante un test de ponderación resulta desproporcionada la restricción impuesta a determinado derecho fundamental a fin de beneficiar a otro.

El alcance de la medida legislativa a querer aplicar debe de ser analizado desde la perspectiva de tres elementos, el primero viene a ser el objeto del límite; debiendo de entenderse que el objeto del límite los derechos fundamentales, el segundo elemento es la actividad legislativa, la actividad legislativa debe de tener como márgenes de actividad los derechos fundamentales, y el tercer elemento a considerar es que la intervención legislativa debe de ser ponderado a fin de no vaciar de contenido al derecho fundamental que se pretende restringir.

El test de ponderación se articula en base a tres sub principios: I) idoneidad, II) necesidad y III) ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. (Bernal Pulido, 2003)

Al respecto, mediante **la idoneidad** se puede determinar que cuando se va intervenir determinado derecho fundamental, la intervención debe de ser la más adecuada a fin de poder obtener un fin constitucionalmente legítimo. Mediante este sub principio se

busca establecer si a través del mecanismo legislativo se podrá cumplir la finalidad propuesta o no.

El sub principio de necesidad; busca establecer si existen otras alternativas igual de idóneas para cumplir con la finalidad propuesta o no, debiéndose de optar siempre por la alternativa que menos restrinja el derecho que se pretende regular.

El principio de ponderación en sentido estricto; nos establece que si se va a afectar un derecho fundamental, el objetivo que se busca o pretende debe de justificar la necesidad de restringir un derecho fundamental.

Los sub principios mencionados funcionan de forma correlativa y servirán para poder llegar a establecer, al final de cada análisis de los temas planteados si las medidas adoptadas por el legislador fueron las correctas desde el punto de vista de la razonabilidad y la proporcionalidad, pudiendo de esta forma determinar en la investigación la legitimidad o no de las medidas impuestas.

- **Aplicación y utilidad de los principios y derechos**

Los principios y derechos señalados brindarán los mecanismos necesarios en la presente investigación a fin de poder establecer si los cambios implementados por los legisladores a la Ley del SPP vienen desnaturalizando su fin y objetito, si consecuentemente a ello se vienen vulnerando determinados derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad será usado como un mecanismo de medición o baremo a fin de establecer si la medida adoptada por nuestros legisladores es correcta o no, el principio de dignidad será tomado como piedra angular a fin de realizar dicha medida partiendo del punto de que todo derecho e interpretación que se haga de estos siempre debe de estar orientado en base al principio de dignidad humana.

El derecho a la seguridad social será tomado como el derecho eje sobre el cual se analizará el trabajo de investigación, el principio de progresividad, el derecho a la propiedad en la pensión de jubilación, el derecho a la vivienda serán analizados y tomados en cuenta como temas correlacionados con el tema principal a fin de poder desglosar de forma coherente y lógica el tema de investigación.

CAPITULO II

REFORMAS INCORPORADAS A LA LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES A TRAVÉS DE LAS LEYES Nº 30425 Y 30478

Este capítulo servirá para realizar el análisis del problema planteado.

Líneas arriba en el capítulo uno se ha establecido temas y conceptos necesarios sobre los cuales recaerá el análisis respectivo a fin de determinar si la reforma introducida por nuestros legisladores a la ley del sistema privado de pensiones fue la correcta o no; específicamente trataremos de determinar si la libre disposición del 25% de los fondos de la CIC para la compra de un primer inmueble y la libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC al libre albedrío del afiliado desnaturaliza o no el fin previsional del SPP y si existe una probable transgresión al sistema constitucional.

2.1 Antecedentes de las leyes Nº 30425 y 30478

Con fecha diez de abril del año 2014 la comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia financiera del congreso de la república, emite un dictamen mediante el cual se decide acumular varios proyectos de ley con propuestas similares, mediante los cuales se buscaba modificar el texto único de la ley del sistema privado de administración de pensiones.

Dentro de las opiniones recibidas por la comisión, se encuentra la de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, quienes mediante Oficio Nº 24551-2013-SBS del once de junio del 2013 opinaron que una modificación al sistema privado de pensiones resultaría contraproducente e inconveniente para la seguridad social y el SPP, mediante Oficio Nº 3775-2014-SBS del treinta de enero de 2014 la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP opina que la propuesta legislativa resulta contraproducente porque conllevaría a un potencial perjuicio en el monto de pensión que podría percibir el afiliado, debido a que si los recursos de la CIC fueran reducidos, la pensión de jubilación que se accedería resultaría inferior a la eventual pensión.

Con fecha tres de diciembre del año 2015, la comisión de Economía, banca, finanzas e inteligencia financiera, emite un texto sustitutorio el cual sería tomado como base para la ley modificatoria, mediante el cual se incorpora el derecho del afiliado de poder disponer del 25% de los fondos de la CIC para la compra de una primera vivienda, y de poder disponer del 95.5% de los fondos una vez llegado a los 65 años de edad.

El dieciséis de diciembre del año 2015 se remite la autógrafa de la ley 30425^o al poder ejecutivo para su promulgación.

Con fecha ocho de enero del año 2016 mediante oficio N° 004-2016-PR, el poder ejecutivo presenta ante el congreso las observaciones realizadas a la ley 30425^o.

En las observaciones realizadas por el poder ejecutivo, refiere que las modificaciones introducidas mediante la ley 30425^o a la ley del sistema privado de administración de fondos de pensiones vulnera la garantía institucional de la seguridad social, ya que de determinada forma se dejaría en indefensión al afiliado al permitirle disponer del 95.5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización, corriéndose el riesgo de que este pierda el dinero acumulado para luego no contar con dinero alguno que le permita vivir el resto de sus años de vida, así mismo el determinar la libre disposición de los fondos pensionarios desnaturaliza el fin previsional del sistema de pensiones. Que este tipo de políticas induce a un alto riesgo para el estado de tener que solventar mediante políticas de subvención económica a los afiliados que deciden retirar el total de sus fondos si es que fracasan en las inversiones o negocios que deciden llevar a cabo, concluyendo que el artículo uno de la ley contraviene los artículos 10,11,12 de la constitución.

Con fecha catorce de abril del año 2016 la comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia financiera emite un nuevo dictamen insistiendo en la necesidad de promulgar la ley 30425^o, estableciendo que el derecho de disposición del 95.5% de los fondos de la CIC es una opción más al afiliado, motivo por el cual es una alternativa correcta, que lo dispuesto por la constitución en cuanto a la intangibilidad de los fondos de seguridad social es referente al mal uso que puedan hacer de estos, terceros, no los afiliados, motivo por el cual se aprobó la insistencia de aprobar dicha ley.

Con fecha quince de abril se remite al presidente del congreso de la república la autógrafa de ley a fin de que se publique.

Con fecha veintiuno de abril del año 2016 la ley 30425^o, es publicada en el diario oficial el peruano.

Aprobado la Ley N° 30425^o, la duda de que debía de hacerse con el 4.5% restante de la CIC quedo latente; por ello, con fecha dos de mayo del año 2016 se presentó el proyecto de ley N° 5263-2015-CR mediante el cual se solicitó que se especifique que el 4.5% de los fondos restantes de la CIC serian derivados a Es salud y con fecha tres de mayo se presentó otro proyecto de ley N° 5265-2015-CR, con un planteamiento

parecido, no habiendo existido oposición alguna en el trámite de ambos proyectos de ley, la comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia emitió un dictamen favorable proponiendo un texto sustitutorio, la cual fue aprobada por el congreso. Con fecha 13 de mayo la autógrafa es remitida al poder ejecutivo, el cual la vuelve a observar por ser anti técnica y por afectar la intangibilidad de los fondos de pensiones, el congreso insiste en su aprobación 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.

2.2 Revisión de las Leyes 30425 y 30478 que modificaron la Ley del SPP

La Ley N° 30425 incorporo a la Ley del SPP dos derechos a favor del afiliado.

El primero, Introdujo el derecho de disponer de hasta el 25% de los fondos de su CIC a fin de pagar la primera cuota de la compra de una primera vivienda.

El segundo, dispuso que los afiliados una vez cumplidos los sesenta y cinco años de edad puedan optar entre tener una pensión de jubilación o disponer del 95.5% de sus CIC.

Mediante Ley N° 30478, se aclaró ciertas circunstancias que la Ley N° 30425 dejo en el vacío. Se volvió a modificar el último párrafo del artículo cuarenta de la Ley del SPP, quedando establecido que los afiliados pueden disponer del 25% de los fondos de su CIC para pagar la cuota inicial de la compra de un primer inmueble siempre que se trate de un crédito hipotecario otorgado por una entidad financiera o amortizar un crédito hipotecario y sobre el 4.5% restante del 95.5% que retire el afiliado de su CIC se estableció que este porcentaje pase a Es salud. (Ley N° 30478, 2016)

Con estas modificatorias se incorporaron los siguientes textos a la Ley del SPP en el siguiente tenor.

Ley del Sistema Privado de Pensiones

Artículo 40.

(...)Los afiliados al SPP podrán disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización de aportes obligatorios para:

- a) **Pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble, siempre que se trate de un crédito hipotecario otorgado por una entidad del sistema financiero.**

- b) Amortizar un crédito hipotecario, que haya sido utilizado para la compra de un primer inmueble otorgado por una entidad del sistema financiero.

Dicha afectación podrá darse en cualquier momento de su afiliación.

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 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. (...) (Decreto Supremo 054, 1997, art. 40, Disposición Final 24)

La incorporación de estos derechos a favor del afiliado ha generado que los fondos de las CIC estén siendo utilizados para la compra de un primer inmueble y disponiéndose de forma libre y espontánea de los fondos sin interesar el destino que se le esté dando.

Esta situación ha generado la preocupación de si los nuevos derechos reconocidos al afiliado vendrían a poner en riesgo al SPP, por no cumplirse con el objetivo trazado del SPP.

Cuando la ley refiere la compra de un primer inmueble este término debe de ser entendido genéricamente, tanto como la compra de una vivienda o la compra de un terreno o espacio en la cual el afiliado podrá construir la vivienda en determinado momento. El término inmueble probablemente es usado en la ley por la realidad de nuestra sociedad; un gran porcentaje de personas prefiere adquirir un terreno en el que luego construirán sus viviendas, existiendo empresas inmobiliarias dedicadas a este tipo de ventas, por ello el término inmueble evita que el sistema financiero vea un impedimento legal cuando un afiliado solicite un crédito hipotecario para la compra de un terreno en el cual quiere construir su vivienda.

2.3 Análisis Constitucional, legal y doctrinal de las reformas incorporadas al SPP

2.3.1. Análisis Constitucional

De acuerdo a lo establecido en la Constitución, la seguridad social es considerada como un derecho pero actúa como una garantía institucional. Actúa como una estructura jurídica englobando otros derechos, como el derecho a la pensión el cual busca brindar una seguridad económica a las personas cuando dejan de ser laboralmente activos; podría afirmarse que si el derecho a la pensión se ve afectado el derecho a la seguridad social también.

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.

Cuando se introdujo la reforma de libre disposición de los fondos de las CIC a favor del afiliado, se pudo percibir que esta libre disposición podría contraponerse a la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social y al propio derecho a la seguridad social; debiéndose de tener en cuenta que si la intangibilidad de los fondos de pensiones se ve afectado el derecho a la seguridad social también lo estará. La intangibilidad de los fondos de seguridad social no solo busca proteger el fondo del uso indebido que puedan hacer terceros de este, también busca protegerlo del probable uso indebido que el propio beneficiario pueda hacer de este, dando como resultado probable la desnaturalización del fin previsional que el SPP persigue; sea por una disminución importante de los fondos o por su desaparición total.

En el caso del derecho del afiliado de disponer el 25% de los fondos de la CIC para la compra de un primer inmueble, la restricción a la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de pensiones se ve justificado porque el fin que se pretende con la medida coadyuva al objetivo que persiguen los fondos de pensiones y al derecho de pensión en sí; brindar una seguridad económica a las personas que dejen de ser laboralmente activas.

Con la compra anticipada de un inmueble se prevé que los gastos que haga a futuro un pensionista en tratar de cubrir la necesidad de vivienda será mínima por cubrir esta necesidad de forma anticipada. Facultar al afiliado para que pueda disponer de parte de los fondos de su CIC para acceder a un primer inmueble permite poder pagar o cubrir el costo de este bien con los ingresos que se obtenga como trabajador activo y a la vez seguir aportando a la CIC, con ello se cubre anticipadamente una necesidad y a la vez se asegura al afiliado que su futura pensión de jubilación no sufrirá una disminución al tener que cubrir el costo de vivienda.

De acuerdo a la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, la propia Constitución y los tratados ratificados por el Perú, el derecho a la pensión forma parte de los derechos fundamentales, encontrándose correlacionado estrechamente con el principio de dignidad; forma parte de los derechos progresivos económicos, sociales, culturales, el cual busca brindar mayor bienestar a la población.

Mediante el derecho a la pensión se busca brindar una seguridad económica a la persona a fin de que satisfaga sus necesidades.

En el caso del derecho que permite a los afiliados disponer el 95.5% de los fondos de su CIC llegada la edad de jubilación; si bien los afiliados mantienen un derecho patrimonial sobre los fondos de las CIC, este derecho patrimonial no debe de ser confundido con el derecho de propiedad, por las características que conlleva el derecho a la pensión.

Los fondos acumulados en la CIC tienen un objetivo primordial; sirve de sustento y base para la pensión de jubilación, si estos fondos tienen un destino distinto a sabiendas que la CIC no recibirá más aportes por parte del afiliado por haber llegado a la edad de jubilación, el objeto y fin previsional del SPP se desnaturaliza.

Los fondos de la CIC tienen por finalidad solventar la pensión de jubilación; permitir al afiliado poder optar entre una pensión de jubilación y disponer del 95.5% de los fondos de la CIC, crea un resquicio jurídico por el cual el SPP deja de cumplir su objetivo al permitir que su fin previsional se desnaturalice.

Si partimos de la premisa de que el SPP tiene por objeto dotar de una seguridad económica a los afiliados una vez que dejen de ser laboralmente activos, si se permite al afiliado disponga libremente de los fondos de su CIC llegada la edad de jubilación, el SPP deja de prever contingencia alguna.

La norma materia de análisis, la cual modificó la Ley del SPP conlleva a una vulneración de la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de pensiones que son fondos de seguridad social, consecuentemente afecta el fin previsional del SPP al vulnerar el mandato del derecho a la seguridad social el cual ordena al SPP proteger a las personas frente a contingencias. Si la contingencia que se quería prever era asegurar económicamente al afiliado, este objetivo no podrá ser cumplido si se permite que el afiliado disponga libremente de los fondos de su CIC.

Al permitir la libre disponibilidad de los fondos de la CIC, la intangibilidad de los fondos de seguridad social se ve socavada, vulnerándose consecuentemente el propio derecho a la seguridad social al transgredirse el objeto de protección del SPP.

2.3.2. Análisis Legal

El texto único de la Ley del SPP establece en su artículo uno que;

“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.” (Decreto Supremo 054, 1997, art. 1).

Si la ley del SPP parte de la premisa de que su objeto es contribuir al desarrollo de la seguridad social, permitir al afiliado disponer de parte de los fondos de su CIC para cubrir una necesidad que se mantendrá en el tiempo. Al permitir que el afiliado disponga del 25% de los fondos de su CIC para la compra de un primer inmueble, el objeto del SPP no se ve transgredido ya que se seguirá manteniendo mayor parte de los fondos de la CIC, asegurando con ello la pensión de jubilación.

El fondo de la CIC seguirán aumentando por los aportes que continuará realizando el afiliado y a la vez permitirá al afiliado cubrir una necesidad básica y permanente en el tiempo como es el tener un inmueble que se usará como vivienda, el cual será pagado en su mayor parte con los ingresos que perciba el afiliado como trabajador activo, permitiendo de esa manera que los ingresos que obtenga como pensionista no se vean afectados al ya tener cubierta esta necesidad.

En cuanto al derecho que otorga la vigésimo cuarta disposición final y transitoria al afiliado de poder optar por disponer hasta el 95.5% de los fondos de su CIC una vez llegado a la edad de jubilación, surgen las siguientes preguntas.

¿Si el afiliado opta por disponer de los fondos de su CIC libremente, con que fondos podría contar el SPP para asegurar al afiliado una pensión de jubilación? ¿Como el SPP podría cumplir con el objetivo de contribuir a que el sistema de seguridad social se desarrolle y fortalezca si mediante la libre disposición el SPP pasaría a actuar como un sistema de ahorros obligatorios?

La incorporación de la vigésimo cuarta disposición a la Ley del SPP, se contrapone al primer artículo de la misma ley transformándose en una traba legal al momento en que el SPP pretenda cumplir su objetito y fin.

Si el SPP no cuenta con los fondos de la CIC no podrá asegurar al afiliado el derecho a una pensión de jubilación.

Si el SPP no cuenta con los fondos de la CIC no podrá contribuir al fortalecimiento ni al desarrollo del sistema de seguridad social viéndose afectada con esta medida la progresividad del sistema de pensiones, generando el riesgo de que los afiliados que

retiren los fondos de sus CIC hagan un mal uso de su dinero y posteriormente recurran al Estado en busca de ayuda.

Por simple lógica existe una mayor probabilidad que una persona de avanzada edad pierda su dinero al no contar con la capacidad ni la experiencia para invertir adecuadamente para crear negocios o empresas, con ello aumenta el riesgo de que los afiliados que retiren 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.

Como podría desarrollarse el SPP como un sistema de pensiones que coadyuva a la seguridad social si se vulnera todo el sentido del SPP al permitir que el afiliado disponga de los fondos de su CIC. La ley del SPP pierde congruencia al establecer en un primer momento que tiene por finalidad coadyuvar a la seguridad social en el ámbito de pensiones trabajando mediante CIC que sirven para sostener una pensión de jubilación y al final de la misma establecer que existe un derecho de libre disposición de los fondos de la CIC por parte de los afiliados una vez llegado a la edad de jubilación por ser de su propiedad.

Si se quiere cumplir efectivamente el objetivo del SPP la vigésimo cuarta disposición final y transitoria debería de ser modificada, a su estado anterior, o derogada, caso contrario si se quiere fortalecer la vigésimo cuarta disposición final y transitoria de la ley tal como hoy se encuentra redactada, se tendría que reenfocar la finalidad del sistema privado de pensiones a otro que no sea la seguridad social.

2.3.3. Análisis Doctrinal

Al haber traído la reforma de la Ley del SPP, la interrogante de si la libre disposición de los fondos de pensiones es correcta o no, siendo esta una controversia reciente y de orden local, el desarrollo doctrinal sobre la libre disposición de los fondos de pensiones es nulo, no habiendo podido acceder a información de relevancia, en el ámbito de la jurisprudencia solo existe un desarrollo sobre conceptos mas no de si existe un derecho a la libre disposición de los fondos de las CIC.

2.3.4. El derecho de libre disponibilidad de fondos de pensiones en países de la región

El derecho a la libre disponibilidad de los fondos de las CIC que maneja el SPP por parte de los afiliados prácticamente viene a ser una política innovativa en el campo de la política de pensiones a nivel regional. Revisado diversas legislaciones no se ha podido dar con antecedentes de este tipo de políticas, pudiéndose establecer que en la práctica servirá como una forma experimento de política social a fin de que otros países a futuro puedan adoptar o no estas medidas.

En Chile, el SPP no permite al afiliado disponer del 25% de los fondos de la CIC para la compra de un primer inmueble, menos disponer de los fondos de la CIC libremente una vez cumplido la edad de jubilación. La libre disposición de los fondos de las CIC viene siendo implementada en el Perú no existiendo antecedentes de que otros países hayan hecho lo mismo.

En el caso de Argentina el sistema privado de pensiones conocido en dicho país como Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones en el año 2008 fue absorbido por el Estado Argentino mediante la Ley 26425 por haber existido ciertos inconvenientes en la administración de las CIC, habiendo regresado al sistema de reparto que el sistema público de pensiones argentino maneja actualmente. (Ley 26425, 2008, Sistema de pensiones argentino). En el sistema de pensiones argentino a pesar de haber sufrido diversos cambios, de sistema público a sistema mixto para luego regresar a ser un sistema público, nunca se otorgó el derecho al afiliado de disponer de forma libre de los fondos destinados a su pensión de jubilación.

2.4 Análisis de la disposición del fondo de pensiones

a) Sobre la incorporación del derecho de disponibilidad del 25% de los fondos pensionables para la compra de un primer inmueble

La incorporación del párrafo final al artículo 40º en la Ley del SPP traslado a debate la importancia del inmueble propio, surgiendo la pregunta.

¿Contraviene el fin previsional del SPP que parte de los fondos de una CIC, destinados a formar el fondo de pensión de jubilación puedan ser usados para pagar la primera cuota de la compra de un primer inmueble o pagar la deuda contraída por la compra?

b) Sobre la incorporación del derecho de disponer libremente de hasta el 95.5% de los fondos de pensiones una vez cumplido los sesenta y cinco años

El análisis sobre la libre disposición del 95.5% de los fondos de las CIC nos llevara a dar respuesta a la siguiente interrogante.

¿Disponer del 95.5% de los fondos de las CIC del SPP desnaturaliza el fin previsional del sistema?

1. Sobre el fin previsional

1.1 Sobre la 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.

Si bien existe una disminución en el fondo de la CIC esta se ve justificada al preverse una contingencia futura con la compra de un primer inmueble. El fin previsional del SPP es asegurar económicamente al afiliado mediante una pensión de jubilación a fin de que este pueda contar con los recursos económicos necesarios para poder acceder a satisfacer sus necesidades, en el caso de la necesidad de vivienda, esta es una necesidad primordial en toda persona, se puede afirmar que no existe persona alguna que pueda vivir dignamente sin vivienda.

Cuando el SPP permite satisfacer de forma anticipada la necesidad de vivienda del afiliado indirectamente viene a satisfacer una necesidad que persistirá hasta la etapa de pensionista, con ello se prevé un menor gasto de la pensión al tenerse cubierta una necesidad.

La disposición del 25% de los fondos de la CIC para la compra del primer inmueble se ve justificada al sopesar el costo que significaría para el afiliado cubrir la necesidad de vivienda con los ingresos que pudiese percibir de la pensión de jubilación.

La naturaleza previsional del SPP no se ve afectado ya que los fondos de las CIC permanecerán en un 75% y seguirán aumentando de acuerdo a los aportes que siga realizando el afiliado, con ello se asegura al afiliado poder contar con una pensión de jubilación y a la vez cubrir una necesidad.

1.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

Si el fin previsional del SPP es prever la contingencia de asegurar un ingreso económico al afiliado a fin de brindar una seguridad económica al afiliado mediante una pensión de jubilación; cuando la Ley del SPP permite al afiliado disponer del 95.5% de su CIC cumplida la edad de jubilación, (65 años), el fin previsional del SPP pierde su sentido al dejar de preverse contingencia alguna, para transformarse en un sistema de ahorros obligatorio, desnaturalizando el objeto del SPP establecido en el artículo uno de la Ley, viéndose con ello afectado el sistema de pensiones y la seguridad social como garantía institucional y constitucional.

El fin previsional del SPP no debe de ser entendido como un sistema que obliga al afiliado a aportar de forma mensual parte de sus ingresos con la primera intención de asegurar económicamente para después, al llegar el momento de jubilación otorgar la facultad al afiliado de optar por disponer libremente de los fondos acumulados. Esta medida deviene en una incongruencia y en un riesgo; se pone en riesgo tanto al afiliado como al SPP.

Se pone en riesgo al afiliado al dejar en sus manos una responsabilidad de índole social, se pone en riesgo al SPP al generar la probabilidad de riesgo de retiros masivos de fondos del sistema pudiendo conllevar a la quiebra del sistema.

La libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC atenta contra el fin previsional del SPP al desnaturalizar el objeto por el cual fue creado, no se podría afirmar que el sistema seguiría contribuyendo a la seguridad social si deja de proteger a los afiliados.

2. La intangibilidad de los fondos de pensiones

2.1. Sobre la disponibilidad del 25%

Si consideramos que los fondos de pensiones al formar parte de la estructura de la garantía constitucional del derecho a la seguridad social, poseen un carácter intangible por estar orientados a cubrir una contingencia.

Cuando se reconoce el derecho de disponer del 25% de los fondos de la CIC para el pago de la primera cuota de la compra de un primer inmueble, la ley pone en contraposición dos normas constitucionales; el derecho a la vivienda y la intangibilidad de los fondos de pensiones de la CIC que al formar parte del sistema de seguridad social tienen carácter de fondo intangible por tener como destino prever la contingencia de que el afiliado cuente con una seguridad económica mediante una pensión de jubilación.

El derecho a la vivienda es un derecho humano reconocido implícitamente por la Constitución Política del Perú de 1993, correlacionado con la dignidad humana por

permitir al ser humano tener un espacio personal y adecuado en donde poder desarrollarse, desenvolverse, encontrando el bienestar personal; permite disfrutar y acceder de forma más adecuada a otros derechos fundamentales.

La intangibilidad de los fondos de pensiones al formar parte de la estructura de la garantía constitucional del derecho a la seguridad social constituye también una garantía para el afiliado de que a futuro tendrá derecho a una pensión de jubilación.

Los derechos y deberes establecidos en la constitución no son absolutos; al coexistir dentro del ordenamiento constitucional se restringen de determinada forma uno a otros a fin de preponderar el bienestar de las personas en determinadas circunstancias.

Si se concluye que el derecho a la pensión busca una protección económica para el afiliado a fin de prever los riesgos devenidos de la avanzada edad y se quiere dar un destino distinto a los fondos de la CIC; el nuevo destino debe de ser más importante que la seguridad económica prevista.

La pensión de jubilación busca asegurar económicamente al afiliado para que pueda cubrir el costo de sus necesidades.

Con el uso del 25% de los fondos de la CIC se pretende brindar la facilidad al afiliado al SPP de poder acceder a la compra de un primer inmueble o a un crédito hipotecario que facilite la compra de uno.

Esta norma lleva una lógica razonable al buscar cubrir una necesidad del afiliado a tiempos tempranos cuando aún se mantiene laboralmente activo; permite al afiliado seguir aportando a su CIC para su pensión de jubilación y a la vez tener acceso a la compra de un inmueble, pagándola con los ingresos que obtenga como trabajador activo para después al llegar a la edad de jubilación los ingresos que obtenga de su pensión no se vea mermada al tener que solventar la poco probable compra de un inmueble, o en el pago de alquiler de uno para usarlo como vivienda.

La disposición del 25% de los fondos de la CIC permite cubrir una necesidad del afiliado tanto presente como futura, permitirle disponer del 25% de la CIC en la práctica permite al afiliado seguir manteniendo la mayor parte de los fondos, de la CIC. Cubrir tempranamente una necesidad, evita al afiliado llegado la edad de jubilación que sus ingresos se vean disminuidos.

La incorporación del último párrafo al artículo 40º, en cuanto permite al afiliado disponer de hasta el 25% de los fondos de su CIC para la compra de un primer inmueble no afecta en forma alguna al derecho de pensión, todo lo contrario, de

determinada forma coadyuva a asegurar que la pensión de jubilación cumpla la finalidad de ser el soporte económico con el cual poder cubrir adecuadamente las necesidades al evitar egresos altos por tener cubierta una necesidad primordial como es el contar con una vivienda propia.

Si la disposición del 25% de los fondos de pensiones de la CIC permite cubrir una necesidad del afiliado para su etapa de pensionista, la restricción a la garantía constitucional de intangibilidad de fondos de seguridad social se justifica, ya que el fin que persigue la seguridad social no se ve afectada al permitir que el afiliado disponga de parte de los fondos de su CIC a fin de satisfacer una necesidad.

2.2 Sobre la disponibilidad del 95.5%

Se considera que los fondos de la CIC son intangibles por el destino que deben de tener de acuerdo a ley y por ser administrados por un sistema de pensiones como lo es el SPP. El objetivo de los fondos de la CIC es asegurar al afiliado una pensión de jubilación una vez cumplidos los requisitos establecidos por ley.

Si se permite que el afiliado disponga libremente del 95.5% de la CIC, la pensión de jubilación que se previó otorgarle no podrá ser otorgado al afiliado, al dejar el sistema de contar con los fondos económicos necesarios para cubrir el beneficio propuesto.

Si el marco normativo prevé que los fondos de seguridad social son intangibles, y los fondos de las CIC son fondos de seguridad social por prever una pensión a favor del afiliado, permitir la disposición de fondos de la CIC transgrede la garantía constitucional de intangibilidad de fondos de seguridad social.

La intangibilidad de los fondos de seguridad social tiene su objeto de ser en cuanto busca proteger el caudal necesario con el cual se pueda cumplir con el objeto trazado por la ley. En el caso del SPP el objeto es prever una seguridad económica a los afiliados después de que dejan de ser laboralmente activos, si se permitiese que los fondos de la CIC fuesen manipulados, una vez arribado a la edad de jubilación el SPP no contaría con los fondos necesarios con que solventar la pensión prometida.

3. La afectación al principio de dignidad

3.1. Sobre la disponibilidad del 25%

El principio de dignidad debe de ser entendida desde la perspectiva de que todos los seres humanos somos iguales en naturaleza motivo por el cual entre nosotros nos debemos igual respeto, igual oportunidades, igual bienestar. Igualdad que debe de ser

plasmada a través de la sociedad y de las políticas que esta establezca en pro de bienestar común. Al permitirse que el afiliado acceda a un inmueble con la disposición del 25% de su CIC, el principio de dignidad no se ve afectada, todo lo contrario, se fortalece, por permite satisfacer una necesidad primordial, mejorar el bienestar, afianzándose con ello su dignidad.

Cuando el SPP otorga las facilidades pertinentes al afiliado para que pueda acceder a la compra de un primer inmueble, el cual será usado como vivienda, le permite al afiliado cubrir una necesidad, mejorar su nivel de bienestar; económicamente significa un ahorro al no tener que pagar constantemente por una vivienda, asegurando de esa manera que otras necesidades puedan ser cubiertas de forma adecuada.

3.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

Por principio de dignidad. “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).

Cuando la norma dispone que los afiliados pueden disponer del 95.5% de los fondos de su CIC, si bien prepondera la libertad de disposición de un bien que forma parte del patrimonio del afiliado, también deja de prever una contingencia en pro del bienestar del afiliado. Con ello se afecta el principio de dignidad debido a que se deja desprotegido al afiliado ante ciertas circunstancias, incumpliendo un mandato constitucional de siempre velar por el bienestar del individuo.

El sistema al permitir la libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC, pone en riesgo económico al afiliado, con ello se permite que surja la posibilidad de que el nivel de bienestar de la persona se vea disminuida si es que el afiliado no logra administrar adecuadamente el dinero de los fondos de la CIC. Se pone en riesgo la propia vida de la persona; sumado a ello si se tiene en cuenta que la devolución de los fondos se está haciendo cuando el afiliado se encuentra en la última etapa de su vida, la vejez, permitirle disponer de los fondos de la CIC pone en riesgo la dignidad, interpretado desde el punto del riesgo que enfrenta el nivel de vida y a la propia existencia ya que es probable que el afiliado pierda o haga un mal uso del dinero acumulado en los fondos de su CIC.

4. La afectación al derecho a la vida

4.1. Sobre la disponibilidad del 25%

Permitir que el afiliado disponga de parte de los fondos de su CIC afecta o enerva el derecho a la vida del afiliado pero de forma positiva. Contar con un inmueble que servirá de vivienda permite concluir que la calidad de vida del afiliado mejorara al ver satisfecha una necesidad primordial. No se podría afirmar que existiría una afectación negativa en la vida del afiliado por más que se prevea una disminución en su pensión de jubilación ya que esta se verá compensada con la satisfacción de una necesidad primordial.

Si se toma en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional de que el derecho a la vida también implica mantener un nivel y calidad de vida, previendo un nivel de bienestar adecuado, cuando el SPP facilita al afiliado acceder a una vivienda propia, permite al afiliado mejorar su nivel de bienestar al cubrir una necesidad primordial.

4.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

Cuando se permite disponer al afiliado del 95.5% de los fondos de su CIC llegado la edad de jubilación el derecho a la vida entendido como el nivel adecuado de bienestar o de vida digna en la que el afiliado pueda ver cubierta sus necesidades y el riesgo de perder la vida en sí, se ven afectados ya que el sistema al hacer entrega de los fondos pone en riesgo al afiliado de llegado determinado momento no contar con el caudal suficiente con que vivir y en el peor de los casos poner en riesgo su existencia al no contar con los ingresos económicos necesarios con que solventar sus necesidades.

Otorgarle la facultad de libre disposición de un caudal al afiliado, el cual está destinado a su sobrevivencia llegado a la última etapa de su vida, la vejez, resulta riesgoso tanto para el afiliado como para el sistema.

Si una persona durante toda su vida laboralmente activa no ha podido administrar adecuadamente sus ingresos como podría llegar a hacerlo en una etapa de jubilación, este hecho conlleva a que la persona corra el riesgo de quedar sin los fondos económicos necesarios para subsistir, poniendo en riesgo no solo su calidad de vida, también su propia existencia.

5. La afectación al derecho de Seguridad Social

5.1. Sobre la disponibilidad del 25%

Permitir que el afiliado al SPP haga uso de un porcentaje de su CIC a fin de acceder a la compra de un primer inmueble no afecta el derecho de Seguridad Social ni a las políticas de seguridad social. Acceder a una vivienda propia o inmueble que funja de vivienda forma parte de la política de seguridad social del Estado y la sociedad.

Disponer de un porcentaje de la CIC para la compra de un primer inmueble no afecta el derecho de seguridad social al no afectar el fin previsional que persigue el SPP por asegurar la obtención de un bien que es parte de las necesidades que el afiliado mantendrá como pensionista.

Si se toma en cuenta que parte de la estructura del derecho a la seguridad social lo forma el derecho a la vivienda, el satisfacer esta necesidad de forma plena permite coadyuvar con los derechos que protege el derecho a la seguridad social.

Debe de tenerse en cuenta que el afiliado que dispone del 25% de su CIC, seguirá aportando, lo cual permitirá que la CIC siga acumulando fondos a fin de poder cubrir la pensión.

5.2 Sobre la disponibilidad del 95.5%

El derecho a la seguridad social como estructura institucional engloba al sistema de pensiones, si cierta medida o circunstancia afecta al sistema de pensiones también afecta la seguridad social.

Cuando se permite a los afiliados disponer del 95.5% de los fondos de sus CIC, se afecta el fin previsional del SPP por incumplirse la finalidad de la seguridad social. Siendo la finalidad del sistema de seguridad social proteger a las personas frente a contingencias, si el SPP deja de proteger a sus afiliados de determinadas contingencias transgrede la finalidad que la seguridad social le asigno como parte de su estructura.

La seguridad social como una estructura de garantía constitucional se ve afectada por la libre disposición del 95.5% en un primer momento, cuando la propia Ley del SPP se auto infringe al permitir que su objeto reconocido en el primer artículo no pueda ser plasmado a la realidad al permitir, al afiliado poder optar entre percibir una pensión de jubilación y disponer libremente de los fondos. Este hecho conlleva a la vez que la intangibilidad de los fondos de las CIC se vean vulneradas si se considera que estas forman parte del sistema de seguridad social, consecuentemente al no contar con los fondos necesarios el fin previsional que se pretendía con el SPP no se cumple al dejar de contarse con los fondos necesarios para este objeto.

Estos hechos de forma concatenada afectan al derecho a la seguridad social como garantía institucional que busca prever la protección de la personas frente a determinadas contingencias.

6. Principio de progresividad

6.1. Sobre la disponibilidad del 25%

Por principio de progresividad toda política tomada por la sociedad a fin de brindar una seguridad social debe de ser progresivo y tendiente a la universalización. Permitir que se disponga del 25% de la CIC para la compra de un primer inmueble forma parte de una política de seguridad social progresiva mediante el cual se busca que las personas cuenten con una vivienda propia a fin de satisfacer una necesidad básica como es el de contar con una morada fija. Disponer de parte de los fondos de la CIC para la compra no afecta la progresividad de la seguridad social porque no se afecta al sistema previsional y así mismo se satisface la necesidad del afiliado de poder contar con una vivienda.

6.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

Al disponerse del 95.5% de los fondos de la CIC, la progresividad del SPP por la que debería de regirse al formar parte del sistema de seguridad social se ve afectada.

La libre disposición de los fondos de la CIC constituye un retroceso en el fin previsional que se pretende con el SPP afecta al objetivo y fin del SPP, existiendo un retroceso en la progresividad del sistema de seguridad social.

Entendido el principio de progresividad como el constante avance del derecho a la seguridad social mediante la universalización de los beneficios que pudiesen brindar las entidades en favor de las personas, cuando la ley dispone que el afiliado pueda optar entre tener una pensión de jubilación o retirar los fondos de su CIC crea un resquebrajamiento entre lo que se pretendía proteger con el SPP y lo que se logra proteger.

La libre disposición del 95.5% de los fondos implica un retroceso en las políticas de seguridad social ya que genera nuevamente riesgos que en principio se quería prever.

7. Entre el derecho a la vivienda y el derecho a la pensión

7.1. Sobre la disponibilidad del 25%

El derecho a la vivienda está estrechamente ligado al principio de dignidad humana permite tener el derecho a acceder a un espacio físico personal y adecuado en el cual podamos desarrollarnos libremente. Es la punta de lanza para acceder y disfrutar de otros derechos; si una persona viene gozando del derecho a una vivienda es muy probable que le sea más fácil acceder y disfrutar de otros derechos.

El derecho a una pensión es el derecho que ampara a toda persona poder acceder a una seguridad económica, desde que deja de ser laboralmente activo, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por ley, se hace efectivo mediante el goce de una pensión de jubilación.

El derecho a la pensión pretende prever que las necesidades del ser humano puedan ser cubiertas mediante los ingresos económicos que obtenga como beneficiario de una pensión de jubilación.

Dentro de las necesidades que podrán ser cubiertas mediante la pensión de jubilación están todas aquellas que para ser cubiertas se necesita de recursos económicos para pagar su justiprecio, entre estas se encuentra la necesidad de contar con una vivienda.

Los gastos para acceder a una vivienda implican para un pensionista en caso de no contar con una propia, tener que cubrir el pago de un alquiler o el pago por la compra con los ingresos que obtiene de la pensión de jubilación.

La vivienda como necesidad nace con la persona y muere con él, siempre persistirá, por ello la sociedad a través del Estado promueve que las personas cuenten con una vivienda propia a fin de aminorar el gasto que ocasiona el tener que alquilar una.

Al entrar en contraposición el derecho a la pensión y el derecho a la vivienda, el derecho a la vivienda prevalecerá.

Permitir que un afiliado haga uso de parte de los fondos de su CIC destinados a su pensión de jubilación para facilitarle la adquisición de un inmueble es correcto, carece de sentido hacer prevalecer la intangibilidad de los fondos de la CIC para una futura pensión de jubilación, si los ingresos económicos que obtendrá el afiliado de la pensión de jubilación se verán disminuidos al tener que cubrir el costo de vivienda si antes no se logra conseguir una propia.

Las pensiones de jubilación tienen como objeto brindar una seguridad económica una vez que el afiliado deje de ser laboralmente activo a fin de que pueda cubrir sus necesidades. Si una de estas necesidades no puede ser cubierta con los ingresos que se recibe de la pensión de jubilación, la seguridad económica que pretende brindar el derecho de pensión no se cumple.

Si bien la ley habla de inmueble y no de vivienda, esta referencia debe de ser entendido como un bien destinado a vivienda ya que ese fue el fin básico de la ley. Otorgarle facilidades al afiliado a fin de que acceda a un primer inmueble, es probable que se prefiriera el término inmueble por nuestra realidad; muchas veces las personas prefieren comprar un terreno y construir luego en este su vivienda.

8. El derecho de propiedad sobre los fondos de las CIC

8.1. Sobre la disponibilidad del 25%

Los afiliados si bien tienen un derecho patrimonial sobre los fondos de la CIC, ello no es óbice para establecer que tiene un derecho de propiedad.

Cuando la norma dispone que el afiliado puede disponer del 25% de los fondos de su CIC para la compra de un primer inmueble no viene a reconocer un derecho de propiedad por parte del afiliado sobre estos fondos, lo que hace es preponderar un derecho sobre otro a fin de garantizar un interés superior, el cual es la seguridad social.

No se podría señalar que el permitir que se disponga del 25% de los fondos para la compra de un primer inmueble conlleva un reconocimiento implícito del derecho de propiedad del afiliado sobre los fondos de la CIC, a razón de que esta disposición se encuentra delimitada a satisfacer una necesidad bajo determinados parámetros establecidos por ley, (ser un primer inmueble, adquirirlo mediante crédito hipotecario, a través de una entidad del sistema financiero). Para afirmar que la norma otorga un derecho de propiedad sobre el 25% de los fondos disponibles lo primero que tendría que existir es un derecho de uso, de disfrute y de libre disponibilidad, el cual no existe ya que el uso del 25% se limita a la compra de un primer inmueble, el disfrute se limita a satisfacer la necesidad de vivienda y no existe una libre disponibilidad sobre este, el destino de los fondos ya se encuentra orientado a la compra de un primer inmueble.

8.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

Pretender otorgar un derecho de libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC argumentando que son propiedad del afiliado es incorrecto, los fondos de las CIC tienen un objeto y fin el cual es crear un fondo a fin proteger al afiliado de determinada contingencia y no ser una especie de fondos de ahorros obligatorio el cual será entregado al afiliado una vez cumplido los 65 años.

La interpretación dada a los fondos de la CIC ha generado que el marco legislativo ponga en riesgo el objeto del SPP.

Si la finalidad es proteger al afiliado de riesgos económicos, cuando se decide devolver los fondos acumulados al afiliado cuando el afiliado tiene una edad avanzada, el riesgo que se pretendió prever automáticamente pierde toda forma de protección, conllevando que el SPP desnaturalice su objeto al no prever los riesgos que la ley encomendó.

Al permitir la ley, que el afiliado disponga del 95.5% cumplidos los 65 años implícitamente se reconoció un derecho de propiedad sobre estos fondos debido a que

el afiliado puede hacer uso de estos fondos, disfrutar y tener una libre disponibilidad sobre estos.

Al haberse reconocido de forma implícita el derecho de propiedad del afiliado sobre el 95.5% de los fondos, la norma desconoció lo establecido por el Tribunal Constitucional, el cual señaló que los afiliados mantienen un derecho patrimonial sobre los fondos de pensiones mas no un derecho de propiedad.

Este reconocimiento conlleva una desnaturalización del fin previsional del sistema. Si se reconoce un derecho de uso, disfrute y libre disponibilidad sobre los fondos de la CIC, el SPP se ve impedido de poder cumplir con el objeto trazado por ley, el cual es coadyuvar con la seguridad social, el sistema deja de funcionar como un sistema de pensiones para pasar a funcionar como un sistema de ahorros obligatorio.

9. Test de proporcionalidad o test de ponderación

9.1. Sobre la disponibilidad del 25%

- Idoneidad

La necesidad de que una persona cuente con un inmueble del cual pueda hacer su morada, deviene en un derecho fundamental necesario no solo para una persona adulta sino para todo ser humano sea la edad en que se encuentre, siempre se necesitara de una vivienda, desde el momento en que nace hasta el día en que se muera.

Constituye el lugar físico en el cual la persona construye el ambiente personal y espiritual denominado hogar, sin una vivienda es muy difícil que el ser humano construya un hogar, al ser una necesidad primordial se erige como un derecho fundamental.

La intangibilidad de los fondos de pensiones en la CIC tiene como objetivo construir un fondo que pueda servir para asegurar un ingreso económico al afiliado cuando ya no sea laboralmente activo, con el objeto de asegurar que sus necesidades básicas sean cubiertas y de esa forma cumplir con la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social.

El uso del 25% de los fondos de pensiones de las CIC para el pago de la primera cuota de la compra de un primer inmueble o para acceder a un crédito, es una medida

idónea; busca cubrir con anticipación una necesidad que seguirá permanente y latente en la vida del afiliado incluso llegada la etapa de ser pensionista.

La compra anticipada de una vivienda permite al afiliado pagar el inmueble con los ingresos que obtenga como trabajador activo o en todo caso pagarlo en su mayor parte, con ello evita que la pensión de jubilación se vea mermada con el gasto de pagar una vivienda.

El uso del 25% de los fondos de la CIC se ve justificado a razón del beneficio que el afiliado obtendrá de su pensión al ver cubierto una necesidad básica antes de llegar a ser jubilado, coadyuvará con su seguridad económica del pensionista, pudiendo cubrir de mejor manera otras necesidades.

Permitir la disposición del 25% de los fondos de la CIC para el pago de la primera cuota de un primer inmueble constituye una medida adecuada e idónea.

- **Necesidad**

Dentro de las políticas de seguridad social del Estado, se encuentra el promover y facilitar que toda persona adquiera un inmueble o vivienda, con la finalidad de que la mayor parte de la población vea cubierta dicha necesidad.

En este ámbito, la participación del estado es la de promover la adquisición de inmuebles ya sea a través de la creación de políticas que facilitan el acceso a viviendas, coadyuvando desde el punto de vista económico, determinando tasas especiales de interés, o exonerando de determinados pagos para el acceso o creando políticas que faciliten la compra en el mercado. Entre estos tipo de políticas tenemos al fondo mi vivienda.

Tratándose de una política que tiene por finalidad cubrir progresivamente la necesidad de vivienda propia, las políticas que opte el Estado para cubrir esta necesidad es necesario.

En el caso de permitir la disposición de 25% de los fondos de la CIC para el pago de una primera cuota de la compra de un inmueble es un tipo de medida que busca facilitar a los afiliados al SPP poder acceder a la compra de un inmueble, se busca ampliar las oportunidades de adquisición de vivienda a trabajadores dependientes que no cuenten con una.

No existiendo otra medida que pueda suplirla de modo que no se afecte la progresividad de la política de seguridad social mediante la cual se busca que la

mayor parte de la población cuente con una vivienda propia, permitir que el afiliado disponga del 25% de los fondos de la CIC es necesaria.

- **Ponderación en sentido estricto**

El permitir la disposición excepcional del 25% de los fondos de la CIC, para el pago de la primera cuota de la compra de un primer inmueble o acceder a un crédito hipotecario para la compra tiene como justificación cubrir la necesidad básica del afiliado de contar con una vivienda, necesidad que tendrá durante toda la vida.

Esta medida, al facilitar el acceso a una vivienda no solo permite al afiliado cubrir la necesidad de vivienda, también permite al afiliado, una vez jubilado, posiblemente sin más ingresos que el de su pensión de jubilación; que no se vea en la necesidad de cubrir los gastos de vivienda con los ingresos de su pensión.

La primacía del derecho a la vivienda por sobre el derecho a la intangibilidad de los fondos pensionables se ve justificado por el propio hecho de que con la disposición de parte del fondo pensionable se lograra cubrir una necesidad del afiliado cuando ya sea pensionista, favoreciendo de determinada forma a que su seguridad económica incremente una vez obtenga la condición de pensionista y no se vea afectado por un mayor gasto y de esa forma fortalecer el derecho a la Seguridad Social.

Puesto bajo el tamiz del principio de ponderación se puede afirmar que la incorporación del último párrafo al artículo 40º es idóneo, necesario y ponderado en sentido estricto, teniéndose por justificada que el derecho al acceso de vivienda prime sobre la garantía de intangibilidad de los fondos de la CIC, por el fin que se pretende conseguir.

9.2. Sobre la disponibilidad del 95.5%

- **idoneidad**

La garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social, consecuente a ello, la intangibilidad de los fondos de pensiones, buscan plasmar a la realidad el derecho a una pensión de jubilación; a través de esta garantía se busca evitar una disposición indebida de los fondos destinados a la creación de un fondo que sirva de sustento y respaldo a una pensión de jubilación, busca evitar que los fondos sean dilapidados al ser destinados a otros fines.

El SPP como parte del sistema de seguridad social prevé proteger al afiliado de la contingencia de no contar con un ingreso económico; si deja de prever tal contingencia encomendada por ley, dejara de cumplir con el objeto por el cual fue creado.

Otorgar al afiliado del SPP el derecho de disponer el 95.5% de los fondos de las CIC, reconociéndoles un derecho implícito de propiedad, vulnera la intangibilidad de los fondos de seguridad social no siendo idóneo esta medida porque desnaturaliza el objeto y fin del SPP, vulnera la garantía de seguridad social que debe de primar en un derecho social, renuncia a asegurar la contingencia que la ley encomendó proteger al SPP.

Al permitir que se disponga del 95.5% de los fondos de la CIC, no solo la garantía de intangibilidad de los fondos de seguridad social se ve infringida, la estructura del derecho a la seguridad social también se ve afectada.

Al no contarse con los fondos para solventar la pensión de jubilación el sistema desnaturaliza el objeto por el cual fue creado.

Si el SPP fue creado con el objeto de contribuir al sistema de seguridad social, como podría hacerlo si el sistema renuncia a mantener los fondos con los cuales podrá prever los riesgos que ley bajo mandato constitucional le encomendó proteger. Al reconocerse al afiliado un derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones, el SPP se desnaturaliza a sí misma.

Permitir que el afiliado disponga libremente de los fondos de su CIC una vez arribado a la edad de jubilación no es idóneo ni coherente con los fines que persigue el sistema de seguridad social. Si el fin del sistema de seguridad social es proteger a las personas frente a determinadas contingencias que precise la ley, como se podría prever los riesgos económicos provocados por la vejez, si una vez arribado a la vejez el SPP en la práctica renuncia a contribuir con la seguridad social al devolver los fondos de la CIC con las que debía de sustentar y sostener la pensión de jubilación.

- **Necesidad**

Para determinar que la libre disposición del 95.5% es necesario no solamente debe de analizarse si existen otras medidas más adecuadas. En el caso de la libre disponibilidad del 95.5% la medida no solamente no es necesaria tampoco es idónea para el fortalecimiento del sistema de seguridad social.

- **Proporcionalidad en sentido estricto**

La libre disposición del 95.5% no es razonable, puesto que vulnera la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social sin prever beneficio alguno, aumentando riesgos, conllevando a un retroceso en la progresividad en las políticas de seguridad social.

Se puede concluir que el derecho de libre disponibilidad del 95.5% de los fondos de la CIC por parte de los afiliados al SPP no es proporcional, por no ser una medida idónea que coadyuve a los fines de la seguridad social, todo lo contrario, la desnaturaliza por afectar el objeto del SPP al dejar de protegerse los fondos con los que se debería de solventar la pensión de jubilación.

Tampoco es una medida necesaria porque existen diversas formas que coadyuven al sistema de seguridad social, no es razonable porque desnaturaliza el sentido del SPP.

Si bien al determinarse que una medida no es idónea no es necesario pasar a analizar su necesidad y razonabilidad en el presente caso sucintamente se lleva a cabo dicho análisis a fin de establecer que la medida adoptada por los legisladores no solo fue desproporcionada sino inadecuada para los fines que se pretende mediante el sistema de seguridad social ya que no se puede primar un derecho de propiedad sobre los fondos de la CIC por sobre el fin previsional del SPP.

¿Contraviene el fin previsional del SPP que parte de los fondos de una CIC, destinados a formar parte del fondo de pensión de jubilación puedan ser usados para pagar la primera cuota de la compra de un primer inmueble o pagar la deuda contraída por la compra de este?

Del análisis desglosado se puede concluir que otorgarles el derecho a los afiliados de disponer del 25% de su CIC a fin de acceder a un primer inmueble es correcto ya que se pretende brindar las facilidades pertinentes a fin de obtener un bien en pro de su bienestar, no afectando con ello el fin previsional del sistema de pensiones ni la estructura institucional del derecho de seguridad social.

Con la compra de un primer inmueble también se asegura una necesidad futura que seguirá latente cuando el afiliado pase a ser pensionista, se asegura que la pensión de jubilación futura no sufra altos egresos por la compra de un inmueble o por el alquiler de una.

Permitir que se disponga del 25% de los fondos de la CIC es proporcional por el fin que se pretende conseguir, debido a que es poco probable que con el 25% del total de los fondos de pensiones que el afiliado pueda mantener una vez jubilado pueda comprar una vivienda.

El determinar que el derecho a acceder a un primer inmueble prima por sobre la garantía constitucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social es correcto.

¿Disponer del 95.5% de los fondos de las CIC del SPP desnaturaliza el fin previsional del sistema?

El sustento jurídico y legal en la que se ampararon los legisladores para otorgar al afiliado el derecho de disponer de los fondos de su CIC fue que al aportar los afiliados a una CIC este formaría parte de su propiedad y al ser parte de su propiedad, el afiliado tendría el pleno derecho de disponer de los fondos de la CIC, no necesariamente a través de una pensión de jubilación sino como lo creyese conveniente.

De acuerdo a este razonamiento la intangibilidad de los fondos de pensiones depende del tipo de fondos de pensiones en la que nos encontremos, si los aportes van a un fondo solidario que funciona mediante el sistema de reparto, los fondos son intangibles, pero si los aportes van a una CIC tal como sucede en el SPP los fondos no son intangibles por tratarse de una CIC donde puede determinarse sea qué afiliado pertenece la CIC.

El derecho de propiedad conlleva ciertas características que el derecho a la pensión no los tiene.

Si bien una CIC está formada por los aportes que realiza el afiliado, estos aportes le otorgan un derecho patrimonial sobre la CIC más no un derecho de propiedad. El derecho patrimonial que ampara a todo afiliado le permite disfrutar del beneficio del SPP una vez cumplidos los requisitos de ley; no, de disponer libremente de los fondos de la CIC.

El SPP al igual que el sistema público de pensiones conlleva el fin previsional de prever la contingencia de que los afiliados cuenten con un ingreso económico mediante una pensión de jubilación.

Asegurar un ingreso económico al afiliado permite a la sociedad asegurar que parte de su población se vea cubierta ante la contingencia de no contar con ingresos económicos una vez llegado a una avanzada edad.

Cuando la ley otorga el derecho de libre disposición de los fondos de las CIC a los afiliados, el Estado renuncia a su posición de garante de la seguridad social desvirtuando el sentido del SPP, permite darle a los fondos de las CIC un destino distinto al previsto por ley, con ello el SPP deja de cumplir su objeto trazado.

“Contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones, a efectos de otorgar protección ante los riesgos de vejez, invalidez” (Decreto Supremo 054,1997, art. 1).

Permitiendo que el SPP de ser un sistema de pensiones pase a ser un sistema de ahorros, mediante el cual se obliga a todo ciudadano a ahorrar parte de sus ingresos mensuales para luego entregarles el monto acumulado una vez cumplido los 65 años de edad.

Con la libre disposición del 95.5% de la CIC el SPP deja de proteger a los afiliados de la contingencia de no tener un ingreso económico cuando se es laboralmente inactivo, el Estado renuncia a su posición de garante de la seguridad social vulnerando la estructura constitucional que ampara dicho garantía, permite que se disponga de un fondo destinado a un fin previsional desnaturalizando al SPP al impedir cumplir con el objeto por el cual fue creado afectando con ello la estructura del derecho de la seguridad social.

Permitir que los afiliados dispongan del 95.5% de los fondos de sus CIC vulnera el SPP, impide que el sistema coadyuve con la seguridad social en el área de pensiones, obliga al SPP a actuar como un ente financiero destinado a ahorros obligatorios, consecuente a ello se vulnera la estructura institucional del derecho de seguridad social; el SPP deja de prever contingencias previstas por ley, se vulnera la normativa constitucional, se desnaturaliza el objeto y fin del SPP, afectando con ello la seguridad social.

No se puede pretender amparar una libre disposición de los fondos de la CIC bajo el amparo del derecho de propiedad, cuando esta no es reconocida dentro del sistema de pensiones.

CONCLUSIÓN

I

Sobre la disposición excepcional del 25% de los fondos de la CIC para el pago de la primera cuota de la compra de una primera vivienda

1. En un marco de aparente contraposición de normas constitucionales, específicamente del derecho a la vivienda que es reconocida por nuestra Constitución a través del artículo 55° y por su cuarta disposición final, la cual aparentemente se contraponía a la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social, artículo 12° de la Constitución.

Ante la existencia de esta aparente contraposición, realizada la ponderación pertinente se pudo concluir que el derecho a la vivienda prima sobre la garantía de intangibilidad de los fondos de seguridad social, a razón de que el acceso a la seguridad social y el acceso a la vivienda no se contraponen, todo lo contrario se coadyuvan. Poder acceder a una vivienda implica fortalecer la seguridad social al permitir que los afiliados al SPP puedan acceder a un bien de alto costo, el cual, probablemente no podría ser asequible con la pensión de jubilación que la garantía constitucional de intangibilidad de fondos de seguridad social pretende proteger.

2. De acuerdo a la asociación de AFPs del país, “las personas que dispongan del 25% de los fondos de su CIC sus pensiones de jubilación disminuirán en S/. 727.00 sus pensiones de jubilación, teniendo un efecto negativo en este.” (Diario Gestión, 09 de julio 2017)

Si bien lo señalado por la asociación de AFP pudiese ser cierto en cuanto a que la futura pensión de jubilación disminuirá al disponerse del 25% de los fondos de la CIC, también es cierto que con el monto que se dejara de percibir es muy improbable que el afiliado una vez jubilado pueda acceder a la compra de un inmueble, y si se toma en cuenta que en una economía normal, la subida de precios es lenta pero constante, dentro de veinte años acceder a una vivienda probablemente costara más de lo que se podría haber ahorrado con el 25% de la CIC; probablemente a futuro, comprar una vivienda o un inmueble no podría ser accesible con el monto que se dejaría de percibir según la asociación de AFPs.

Desde una perspectiva económica el adquirir tempranamente una vivienda, pagarlo con los ingresos que se obtenga como trabajador activo, es más

beneficioso y seguro que esperar que los fondos de la CIC acumulen el suficiente caudal para asegurar el acceso a una vivienda, porque es improbable que los ingresos obtenidos de una pensión de jubilación sean superiores a los ingresos obtenidos como trabajador activo.

3. La inclusión del último párrafo al artículo 40º de la ley del SPP si bien conlleva una presunta contraposición entre derecho a la vivienda y la intangibilidad de los fondos pensionables de la CIC; el uso del 25% de los fondos para el pago de un primer inmueble está justificado.

Permitir al afiliado disponer de parte de los fondos de la CIC para cubrir esta necesidad de forma anticipada es coherente y lógico ya que es improbable que pueda acceder a cubrir esta necesidad con el ingreso económico que perciba de la pensión de jubilación.

Permitir al afiliado disponer de parte sus fondos de pensiones para la compra de un primer inmueble se justifica al cubrir una necesidad futura.

Con la compra de un primer inmueble se puede prever que los ingresos económicos de la pensión de jubilación no se verán afectados por el gasto que implica cubrir la necesidad de vivienda, y si bien los fondos de la CIC disminuyen en un 25%, la disposición de parte de estos permite satisfacer una necesidad que permanecerá en el tiempo. La compra anticipada de un inmueble prevé una necesidad del afiliado incluyendo su etapa de pensionista.

La compra anticipada de un inmueble cuando aún el afiliado se encuentra laboralmente activo permite asegurar que el pago por la compra de dicho inmueble sea cubierta con los ingresos que perciba como trabajador activo y no como pensionista, esto conlleva a asegurar los ingresos de la pensión de jubilación.

4. El restringir de forma excepcional la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social de la CIC para la compra de un inmueble que servirá como vivienda se ve justificada en razón del objetivo que se persigue.

Al contraponerse el derecho a la vivienda con la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social, el derecho a acceder a una vivienda prima sobre la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social; garantía que se verá restringido a fin de primar el derecho de poder acceder a una vivienda, a fin de permitir acceder al afiliado a cubrir anticipadamente una necesidad.

Si la medida coadyuva a cubrir una necesidad permanente, mediante el cual se pueda prever aumentar su seguridad económica, a futuro, permitirá al pensionista usar sus ingresos de pensionista en otras necesidades que le brinden mayor bienestar.

La intangibilidad de los fondos de pensiones puede ser excepcionalmente restringida siempre y cuando se busque cubrir una necesidad que el afiliado seguirá manteniendo cuando pase a ser pensionista, de dicha manera se preverá asegurar una necesidad futura y a la vez no mermar la seguridad económica que el sistema de pensiones pretende.

Con esta medida no se percibe una desnaturalización del fin previsional del SPP, ya que los fondos de la CIC se mantienen en su mayor proporción y seguirá creciendo con los aportes que el afiliado realizara hasta el momento de jubilarse.

II

Sobre la opción de libre disposición de hasta el 95.5% de los fondos pensionables una vez cumplido los sesenta y cinco años

1. El derecho a la seguridad social y la intangibilidad de sus fondos se contraponen con el derecho de propiedad que ejercen los afiliados sobre los fondos de las CIC que administra el SPP al reconocerse al afiliado el derecho de libre disponibilidad del 95.5% de los fondos de la CIC.

En esta colisión de derechos se pudo llegar a establecer que el derecho a la seguridad social y su intangibilidad prevalecen por sobre el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos de pensiones, a razón de que dentro de un sistema de pensiones, los afiliados no poseen un derecho de propiedad sobre los fondos de sus CIC sino un derecho patrimonial, el cual les permite disfrutar de los beneficios del sistema una vez cumplido los requisitos de ley. Pretender reconocer un derecho de libre disposición en base a un supuesto derecho de propiedad sobre los fondos de la CIC una vez cumplido los 65 años de edad vulnera el fin previsional del sistema de pensiones como parte del derecho a la seguridad social.

El SPP se desnaturaliza, al dejar de prever un riesgo de índole económico para sus miembros más vulnerables (personas de avanzada edad).

2. La libre disposición del 95.5% de los fondos de la CIC probablemente pretenda que el afiliado haga buen uso del dinero acumulado a fin de crear pequeñas empresas o negocios con el cual pueda solventarse de forma independiente, sin embargo el sistema no prevé que a la persona que está facultando una libre disposición de los fondos de la CIC es una persona de avanzada edad, que quizá en ese contexto no cuente con la destreza necesaria para llevar a cabo actividades comerciales. Con ello no se pretende establecer que todos fallaran en sus objetivos, pero existe la probabilidad de que un porcentaje alto de los que dispongan de los fondos si fallaran en las aventuras comerciales o empresariales que emprendan, perdiendo consecuentemente los fondos económicos que tenían para solventar sus necesidades; esto, a largo plazo podría generar una precariedad económica afectando directamente al afiliado que dispuso equivocadamente de los fondos de su CIC y a la sociedad en su conjunto ya que la precariedad económica de más personas de avanzada edad conlleva a que el Estado tenga que formular diversas políticas asistenciales.
3. La vigésimo cuarta disposición final y transitoria de la Ley del SPP 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 SPP, 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.
Permitir que el afiliado disponga de los fondos de su CIC de forma libre y espontánea sin interesar el destino que puedan darle conlleva a una desnaturalización del SPP y del derecho a la seguridad social debido a que no se cumple con los fines que la constitución y la ley dispusieron para los fondos de pensiones de la CIC administrados por el SPP.

4. De acuerdo a una ponderación de derechos no resulta idóneo otorgar el derecho de libre disponibilidad sobre los fondos de la CIC a los afiliados al SPP por sobre la garantía constitucional de intangibilidad de los fondos de seguridad social.

Si se pone en riesgo el fin que persigue el sistema; y el fin del sistema es asegurar económicamente al afiliado cuando deje de ser laboralmente activo, como podría llegarse a cumplir con este objetivo si el sistema deja de contar con los fondos necesarios para cumplir este fin. Lo único que ha logrado reconocer el derecho de libre disponibilidad de los fondos de las CIC es crear un riesgo para los propios afiliados y al mismo tiempo desnaturalizar el sentido previsional del SPP, ya que en la práctica se está obligando al afiliado a aportar a un sistema de pensiones, el cual luego actuara como un sistema de ahorros al devolver los fondos acumulados al afiliado, sin importar el objeto que tiene el sistema de pensiones como parte de la estructura del derecho de seguridad social.

5. Al otorgarse al afiliado el derecho de libre disposición sobre los fondos de pensiones de las CIC, la sociedad representada por el Estado renuncia a su rol de garante de la seguridad social conllevando a una vulneración de la garantía institucional y constitucional del derecho a la seguridad social así como a la intangibilidad de los fondos de pensiones de las CIC.

La renuncia a seguir siendo garante del derecho de seguridad social de los afiliados al SPP impide que el sistema siga previendo contingencias.

La vigésimo cuarta disposición final y transitoria introducida a la Ley del SPP a la luz del análisis desarrollado en el presente trabajo es inconstitucional por vulnerar el fin y objeto del SPP establecido en el artículo uno de la Ley del SPP y por vulnerar los artículos 10º, 11º, 12º de la Constitución. Vulnera el carácter intangible de los fondos pensionables de las CIC administrados por el SPP, conlleva a una desnaturalización del SPP al convertirlo implícitamente en un fondo de ahorros obligatorio y permite que el Estado renuncie a su posición de garante de la seguridad social ante los afiliados del SPP al permitir que el sistema deje de prever contingencias.

RECOMENDACIONES

Si bien el SPP necesita de un perfeccionamiento en cuanto a prever o asegurar pensiones de jubilación que asegure al afiliado obtener ingresos más altos de los que hoy perciben gran parte de pensionistas ello no se

conseguirá otorgando derechos de libre disposición de los fondos de la CIC a los afiliados, todo lo contrario, con esta medida se desprotege al afiliado. Las reformas que se hagan del SPP deben de implicar un perfeccionamiento del sistema no la desnaturalización de esta, se debe de tomar como ejemplo modelos de sistemas de pensiones existentes en el mundo que son viables tal como lo es el sistema previsional Australiano en el cual el Estado pone un capital en el fondo de pensiones de los trabajadores con un ingreso excepcionalmente bajo y el afiliado debe también de aporta a una CIC, para de esa forma asegurar una pensión adecuada para el afiliado con el cual pueda satisfacer sus necesidades básicas.

En el caso de la incorporación de la vigésimo cuarta disposición final y transitoria que otorga el derecho al afiliado de optar por disponer hasta el 95.5% de sus fondos de pensiones de las CIC, de acuerdo al análisis realizado probablemente es inconstitucional y debería de ser declarado como tal por el Tribunal Constitucional, consecuente a ello el Tribunal Constitucional debería ordenar su inaplicación debido a que desnaturaliza el fin previsional del SPP afectando consecuentemente la estructura del derecho a la seguridad social, el cual al no cumplir con el objeto trazado conlleva a una desnaturalización de sus fines y por tanto a una desnaturalización de la finalidad de contingencia que todo sistema de seguridad social debe de mantener.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F. Bernal Ballesteros, E., 2010** Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Fondo Editorial PUCP, Lima.
2. **Landa Arroyo, C., 2010**, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, Palestra editores, Lima.
3. **Adame Goddard, J. (2002)**. Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad”, Derechos fundamental y estado – Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional, México.
4. **Rubio Llorente, F. (1995)**, Derechos Fundamentales y principios constitucionales, Barcelona, Editora Ariel.
5. **Gutierrez, W. (2015)**. **La constitución comentada Tomo I, Gaceta Jurídica**, Lima.
6. **Araujo R. (1999)**. Principios de derecho constitucional, Bogotá.
7. **Vega Centeno M, Remenyi, (1996)** El sistema previsional en el Perú: Sistema nacional de pensiones vs. Sistema privado de pensiones”, economía Vol. XIX N° 37-38 Julio-Diciembre. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/viewFile/506/495>
8. **Lopez Escarcena, S. (2015)** La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la corte interamericana”, Ius et Praxis Vol. 21 N° 1 Talca. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100015
9. **Gomez Heredero, A. (2007)** La seguridad social como derecho humano – La protección ofrecida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, consejo de Europa, edición española. Recuperado de <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/COE-2008-DG2-SPA-HRFILES-23.PDF>
10. **ONU – HÁBITAT**; “El derecho a una vivienda adecuada”, folleto informativo N° 21/Rev. 1. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf,
11. **Mendoza del Maestro, G.**, Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales, Revista de Derecho de la Pontificia universidad Católica del Perú “Foro Jurídico”. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803>

12. **NevesMujica,J.** Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Recuperado de http://sistemas.amag.edu.pe/biblioteca3/publicaciones/contenido_web_mag/contenido48/165-185.pdf
13. **NevesMujica,J.,** Sistema nacional de pensiones y sistema privado de pensiones: Opción Diabólica”, Revista de Derecho Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_025.pdf
14. **Muños Osorio, A.,EsguerraMuñoz,G.** La pensión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. Recuperado de <file:///C:/Users/Humberto/Downloads/Dialnet-LaPensionComoDerechoFundamentalEnElSistemaDeSeguri-4421496.pdf>
15. **Gonzales Barron, G.** El derecho humano a una vivienda adecuada”, Gaceta Constitucional N°41. Recuperado de <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2051%20Gunther%20Hernan%20GONZALES%20BARRON.pdf>
16. **Vásquez Fruto, R., Muñoz Osorio, A.(2010),** El derecho a la pensión como derecho fundamental, Revista Pensamiento Americano, ISSN:2027-2448 N°4-Enero –Junio 2010. Recuperado de <file:///C:/Users/Humberto/Downloads/95-91-1-PB.pdf>
17. **Rojas Rivas,A. (2014).** El derecho a la jubilación. Un derecho fundamental”, REDEM-Revista de Derecho Empresarial, San Jose de Costa Rica. Recuperado de <http://www.redemcr.org/contenido/el-derecho-a-la-jubilacion-un-derecho-fundamental/>
18. **Matos Barzola, A.** El concepto de Propiedad según la corte interamericana de derechos humanos, Derecho Perú. Recuperado de <https://derechoperu.wordpress.com/2011/05/09/el-concepto-de-propiedad-segun-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>
19. **LeonFlorian, F.** El derecho a la salud en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano, Revista Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12534>
20. **Montoro,C.** Costo de la reforma del sistema nacional de pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas. Recuperado de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/04/Estudios-Economicos-4-3.pdf>

21. **Bernal, N., Muñoz, A. (2008).** Una mirada al sistema peruano de pensiones diagnóstico y propuestas, BBVA, Lima. Recuperado de https://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/Unamiradaalsistemaperuanodepensiones_tcm346-189603.pdf
22. Organización Internacional del Trabajo OIT, Revista Trabajo 67 (2009) Recuperado de http://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/issues/WCMS_122248/lang-es/index.htm
23. **Martinez Aguado, J. (2002).** Tesis Doctoral: La seguridad social: elementos, propiedades y relaciones, Universidad Complutense de Madrid, España. Recuperado de <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/2/S2012301.pdf>
24. **Alfaro Esparza, E. (2004).** Tesis para optar el grado de magister "El sistema previsional peruano y la necesidad de plantear una nueva reforma", Pontificia universidad Católica del Perú, Lima. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/2/browse?type=autor&value=Alfaro+Esparza%2C+Eduardo+Jaime>
25. **Congreso de la República;** expediente virtual parlamentario de la 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, ley 30425°. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpl ey/B423AACD5796B99705257A230074068F
26. **Ley del sistema privado de administración de fondos de pensiones- DECRETO SUPREMO N° 054-97-EF.** Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
27. Reglamento provisional de retiros, de inválidos y premios para el ejército y armada nacional del primero de agosto del año 1830. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>
28. Ley que determina el sueldo que deben percibir los empleados que cesan en sus funciones del 22 de enero del año 1850. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>
29. Tribunal Constitucional, Expediente N° 0050-2004- AI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>
30. Tribunal constitucional, Exp. N°2016-2004-AA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html>

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2003), Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de Febrero de 2003. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
32. Texto único ordenado de la ley del sistema privado de administración de fondos de pensiones. Recuperado de http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/er/leyes_spp/20160819_TUO_Ley_SPP_11-08-2016.pdf
33. Ley del Sistema integrado de jubilaciones y pensiones argentino. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>
34. Decreto Ley N° 3.500 de Chile. Recuperado de https://www.spensiones.cl/portal/regulacion/582/articulos-3832_dl3500.pdf,
35. Wikipedia. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Administradora_de_Fondos_de_Jubilaciones_y_Pensiones,
36. Asociación de AFP Chile. Recuperado de <http://www.aafp.cl/nosotros/nosotros/>
37. Real Academia Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=STjpVeQ>
38. Diccionario Etimológico. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?pensio.n>
39. Pensiones alemán: ¿Cómo funciona? Recuperado de <http://www.easyexpat.com/es/faq/trabajo/q114.htm>
40. Cómo funciona el sistema de pensiones en España, BBVA, Recuperado de <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/planes-de-pensiones/sistema-pensiones-espana/index.jsp>
41. Sanchez De La Cruz Diego,(2013), Jubilarse en Australia: Otro ejemplo de pensiones capitalizadas. Recuperado de <http://valor-crecimiento.blogspot.pe/2013/04/jubilarse-en-australia-otro-ejemplo-de.html>
42. Diario Gestión, 09 de julio de 2017, Recuperado de <http://gestion.pe/tu-dinero/aafp-peruanos-que-retiren-25-sus-fondos-tendrian-s-727-menos-su-pension-2194589>
43. Organización Internacional del Trabajo OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf
44. Mancilla Castro Roberto Gustavo, El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional Mexicano, Artículos Doctrinales Scielo. Recuperado de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200004

45. Bernal Pulido, Carlos; El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Madrid, 2003.

