

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Los reclamos de afiliados, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros en el Sistema Privado de Pensiones: hacia la creación de un órgano especializado para la resolución de reclamos en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

AUTORA

GRACIELA PATRICIA SARMIENTO FLORES

ASESOR

ALEJANDRO MARTÍN MOSCOL SALINAS

Octubre, 2019

RESUMEN

La importancia de dotar de institucionalidad y mecanismos legales que permitan mejorar las condiciones en la cuales se desenvuelven los procedimientos administrativos de reclamos del Sistema Privado de Pensiones (SPP) en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) resulta una imperiosa necesidad toda vez que ello define el desempeño de una de las dos formas de seguridad social que el ordenamiento constitucional habilita como obligatorio para los trabajadores peruanos a fin de superar la brecha social que implica la llegada de la jubilación, en la cual un nivel de ahorros suficientes permitirá hacer frente a las necesidades económicas y sociales propias de dicha etapa. La generación de ingresos a partir de los ahorros de cada persona es una estrategia empleada por el Estado con la finalidad de comprometer lo menos posible al fisco de la nación, premisa básica para una economía sostenible. Sin embargo, el riesgo económico no puede condicionar la forma de gestión de los reclamos a cuestiones netamente financieras ya que la toma de decisiones debe evaluar otros aspectos predominantes como el criterio de que el derecho a la pensión es un derecho fundamental. Como tal autoridades imparciales, el refuerzo de las labores resolutorias, la no superposición de funciones (regulación, supervisión, resolución de reclamos) dentro de un mismo órgano adscrito a una estructura, entre otros, pueden sumar esfuerzos para entender y brindar tratamiento a los reclamos del SPP que tienen la peculiaridad de encontrarse dotados por componentes contrapuestos pero que, al fin y al cabo, tendrán en su quehacer el destino de las personas porque antes que brindar un servicio financiero ofrecen la posibilidad de disfrutar un derecho fundamental.

ÍNDICE

Carátula	i
Resumen	ii
Índice	iii
Lista de Tabla	vi
Lista de Figuras	vii
Introducción	1

CAPÍTULO I.

LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES (SBS) 3

1.1.	Cuestiones históricas y jurídicas en torno a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS).	3
1.1.1.	Regulación del sistema financiero, de seguros y AFP.	5
1.1.2.	Superintendencia de Administradora Privada de Fondo de Pensiones (SAAFP): antes y después de su incorporación a la SBS.	8
1.2.	Régimen de Pensiones del estado: naturaleza y antecedentes.	12
1.2.1.	Bases constitucionales y legales del Sistema Nacional de Pensiones: Desarrollo del régimen y problemática en la financiación del sistema.	13
1.2.2.	Sostenibilidad del sistema: ¿necesidad indispensable del Sistema Nacional de Pensiones?	15
1.3.	El Sistema Privado de Pensiones y su institucionalización como forma de seguridad social en el Perú.	16
1.4.	Conveniencia de la regulación y supervisión empleada en el sistema privado de pensiones por parte de la SBS.	18

CAPÍTULO II

ESTILO REGULATORIO EN LA SBS, ¿PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR O AL PENSIONISTA? Y SU IMPACTO EN LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES 21

2.1.	La justificación estatal de la regulación y su incidencia en la solución de reclamos en la SBS.	21
------	---	----

2.1.1.	Sostenibilidad financiera del Sistema Privado de Pensiones y su impacto en el estilo regulatorio.	31
2.1.2.	Sistema Privado de Pensiones: ¿Servicio Público?	34
2.2.	Equiparación de consumidor financiero al afiliado, potencial pensionista o beneficiario: implicancias en la absolución de reclamos al interior del Sistema Privado de Pensiones.	38
2.3.	Independencia institucional de la SBS al momento de ordenar el procedimiento administrativo de reclamos en el sistema privado de pensiones a la luz de algunos modelos de regulación.	41
2.3.1.	Superintendencia Adjunta de Conducta de Mercado e inclusión financiera (SACMIF): como nuevo órgano a cargo de la solución de reclamos mediante la Plataforma de Atención al Usuario (PAU) que pasó a denominarse Departamento de Servicios al Ciudadano (DSC).	43
2.3.2.	Superintendencia Adjunta de AFP (SAAFP) y el Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios (DSPB).	44
2.4.	El procedimiento administrativo de solución de reclamos del Sistema Privado de Pensiones.	47
2.4.1.	Tribunal de solución de controversias en la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para resolver controversias del sistema nacional de pensiones: ¿diferenciación justificada con los afiliados en el sistema privado de pensiones que no cuentan con uno?	52
2.4.2.	La importancia de contar con un órgano especializado en la solución de reclamos en el Sistema Privado de Pensiones en la SBS: evitando la superposición de la función reguladora y de solución de reclamos en un departamento de la SBS.	54

CAPÍTULO III

LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO ESPECIALIZADO DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS SPP

56

3.1.	Los principios del procedimiento administrativo general y los dispositivos sectoriales de la SBS en las buenas prácticas de la Administración para abordar la solución de reclamos del SPP.	56
3.2.	¿Órgano especializado o Tribunal de Solución de Reclamos en la resolución de reclamos de SPP?: modelo y enfoque.	57
3.2.1.	Esquemas comparativos de órganos especializados y Tribunales de otros organismos estatales.	62

3.2.2. Creación de un Consejo de afiliados al SPP con intervención en la solución de reclamos.	68
3.3. Las medidas correctivas y reparatoras pertinentes en materia de seguridad social. Importancia de medidas cautelares en el SPP	70
CONCLUSIONES	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ADICIONALES	86



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Test de Proporcionalidad	24
Tabla 2: Número de afiliados activos por AFP, género y rango de edad (al 21 de diciembre de 2017)	26
Tabla 3: Cinco modelos de Jurisdicción administrativa.	59
Tabla 4: Procedimientos administrativos	63



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Comisión equivalente ganadora de la licitación (comisión mixta)	24
Figura 2: Tipos de fondos, adaptado de SBS, 2019, Cartera administrada por tipo de instrumento al 03.05.2019	35



INTRODUCCIÓN

El nacimiento del Sistema Privado de Pensiones (SPP) estuvo rodeado de una serie de factores políticos, económicos y sociales que definieron su rol, no solamente en la economía sino en la seguridad social, ante un apremiante endeudamiento público que puso en riesgo la sostenibilidad financiera del erario y por ende el desarrollo del país.

Ahora bien, tomando en cuenta la gesta de la formación del SPP y su incorporación en el ordenamiento jurídico y de seguridad social en Perú es indispensable abordar la forma en que se organiza su supervisión y regulación. Inicialmente recayó en un ente no adscrito a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), sino en uno cuya especialidad solamente eran las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) bajo la denominación de Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. No hay que perder de vista la permeabilidad del sistema previsional y del mercado financiero y de seguros porque tendrá efectos e influencias que definirán los límites y el concepto del SPP.

Una serie de medidas implementadas en el SPP con fines loables, pero que no han proporcionado los resultados esperados, ponen de manifiesto no solamente la asimetría informativa de las partes sino la maduración y empoderamiento de actores previsionales que no proporcionan un buen entendimiento del mercado y obstruyen la configuración de políticas en donde los afiliados y pensionistas puedan fortalecer su posición como actores indispensable del sistema. Es allí donde la imprecisión de las políticas de solución de reclamos de los afiliados y pensionistas del SPP, la equiparación del SPP a un servicio financiero sin contar que aunque posee dicho matiz predominaría su caracterización como derecho fundamental (Derecho a la Pensión), y la distinción entre el aparato institucional que posee el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) que posee un Tribunal en segunda y última instancia; y otros organismos reguladores respecto a la SBS para resolver reclamos, dan indicios de que los reclamos podrían tener una baja dotación de presupuestos procedimentales e institucionales en su resolución.

En tal sentido, en el primer capítulo hay un recuento de cómo nace la SBS; es decir, cuáles fueron las condiciones y factores mundiales además de económicos que rodearon su creación así como el contexto de incorporación de la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SAFP) a la SBS y los efectos que

surgen de dicha adscripción y consolidación en un solo organismo denominado Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

El segundo capítulo pone de manifiesto las características que rodean el ámbito regulatorio de las AFP dado que ello define el matiz del mercado previsional. Se hace una precisión crítica de los actores previsionales, cómo el papel del dominio de las AFP termina consolidando un monopolio y los efectos de ello en los afiliados y beneficiarios, además el impacto directo en la solución de reclamos del SPP.

Se comentan los modelos de regulación financiera (aun cuando no se comparte la premisa que el SPP califica como servicio financiero pero asimilando la posición que le otorga la SBS) tales como a) Modelo Institucional, b) Modelo Funcional, c) Modelo de Regulador Concentrado y d) el *Twin Peaks*. Especialmente este último sistema sugeriría la contraposición irreconciliable de la actividad prudencial y la protección al consumidor, planteamiento que da cuenta que no es recomendable superponer funciones de la actividad prudencial y de solución de reclamos en un mismo órgano.

En el capítulo tercero se propone la creación de un organismo especializado en la SBS para la resolución de reclamos y un Consejo de Usuarios de AFP y, además, se hace un comparativo de modelos de procedimientos administrativos y su confrontación con el rol de la SBS en la absolución de reclamos de SPP. Aunado a lo anterior, se propone una práctica de codificación de normativa SPP a manera de un compendio que incida en una buena práctica administrativa.

Finalmente, las figuras propuestas intentan innovar la solución de reclamos del SPP en la SBS, enriqueciendo el debate legal y técnico de las instituciones previsionales al interior del SPP, favoreciendo la publicidad, predictibilidad y así sumar para mejorar la imagen que se tiene del SPP, ya que las herramientas de acceso a justicia serían el mejor asidero para lograr una buena percepción por parte de la población.

CAPÍTULO I

LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDO DE PENSIONES (SBS)

1.1 Cuestiones históricas y jurídicas en torno a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS)

Como se sabe la crisis de 1929 tuvo efectos colaterales en todo el mundo y el Perú tampoco fue ajeno a dicha situación por lo que el Banco de Reserva del Perú (BCRP) propuso que se trajese al señor Edwin Walter Kemmerer (economista de Estados Unidos) para que propusiera pautas y recomendaciones sobre la reforma bancaria y monetaria, invitado que llegó al país en marzo de 1931. Kemmerer conocía las realidades de los países sudamericanos tales como Bolivia, Colombia, Ecuador, lo que le daba un mayor conocimiento de las medidas que debían implementarse para propiciar la responsabilidad monetaria y estabilidad financiera.

Los tres más grandes proyectos que su misión realizó en Perú fueron la elaboración de la Ley de Bancos, la Ley del Banco Central de Reserva, además de modificaciones en la Ley Monetaria. Desde su punto de vista, los tres proyectos antes mencionados poseían relaciones simbióticas y ninguno podía tener existencia y efectos positivos individuales, a menos que lo secundaran los restantes. En ese sentido, la creación de la Ley de Banco estipuló las bases para la creación de la Superintendencia de Bancos. Según anota, Bardella “[...] el establecimiento de la Superintendencia de Bancos constituyó un señalado acontecimiento para un grupo de instituciones de crédito que desde sus respectivas fechas de constitución prácticamente se habían regido por sus propias normas y que, sólo a partir de la década del veinte, se vieron sometidas a escasos y simbólicos control de las Inspección Fiscal del Banco” (Bardella 1998).

Inicialmente, la Superintendencia de Bancos solamente controlaba a las entidades bancarias y de ahorros; posteriormente asumió otras funciones entre las cuales está la supervisión y vigilancia, transfiriéndosele la función de Inspección Fiscal de Seguros.

En 1968 el Ministerio de Hacienda y Comercio efectuó una revisión pormenorizada de la Ley de Bancos para que se realizaran ajustes, la idea principal era que las funciones que venía desempeñando la Superintendencia de Bancos se incluyeran dentro de la estructura orgánica del BCRP; dicha sugerencia no tuvo la aceptación social sino más bien el rechazo unísono.

Así, el gobierno amplió las competencias de la Superintendencia de Bancos y por ello asume la vigilancia de empresas bancarias, instituciones de ahorro, aseguradoras y

financieras; ante dicho panorama la institución cambió su denominación a Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

Finalmente, en julio del año 2000, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se encargó la supervisión del sistema privado de pensiones (que hasta entonces realizaba la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones) a la SBS, y en noviembre del 2000 se crea la Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones como órgano de línea al interior de la estructura orgánica de la ahora llamada Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, cuyas siglas siguen siendo SBS.

La SBS es un organismo autónomo, que se encuentra reconocido en el artículo 87° de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), donde se precisa que:

“El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. La ley establece la organización y autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS] 2016).

Aunado a lo anterior, el Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N°26702) corrobora la autonomía manifestada en el párrafo precedente, siendo que en el artículo 346° indica que:

“La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica, y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones. Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia” (Congreso de la República 1996).

Finalmente, considerando la importancia de la estructura organizacional de la SBS en la regulación del sistema financiero, seguros y AFP se tiene que las áreas y sus respectivas funciones se agrupan en componentes definidos por el tipo de rol que desempeñan en la regulación y supervisión del caso, sin dejar de lado la tutela de los usuarios y promoción de la educación y cultura financiera en el país.

En ese sentido, considerando el ámbito de acción claramente definido en torno a la naturaleza de funciones desempeñadas al interior de la SBS, se esboza una composición de distintas áreas agrupadas bajo tres criterios: Órganos de Línea, Órganos de Asesoría y Órganos de Apoyo.

1.1.1 Regulación del sistema financiero, de seguros y AFP

Ahora bien, la SBS, a través de las funciones desempeñadas por dichas áreas, busca que las decisiones, procedimientos, entre otros, de las entidades que supervisa se encuentren en armonía con los objetivos de proporcionar integridad, estabilidad y solvencia al mercado. En efecto:

“El enfoque de la SBS es crear, a través de la regulación, un sistema de incentivos que propicie que las decisiones privadas de las empresas sean consistentes con el objetivo de lograr que los sistemas bajo supervisión adquieran la solidez e integridad necesarios para mantener su solvencia y estabilidad en el largo plazo.

La SBS confía en el mercado como mecanismo de organización y asignación de recursos, siempre que los incentivos dados por la regulación orienten a las empresas a internalizar los costos sociales en sus decisiones. Para que este enfoque se pueda desarrollar en la práctica, la SBS se apoya sobre la base de cuatro principios básicos relacionados a (i) la calidad de los participantes del mercado, (ii) la calidad de la información y análisis que respalda las decisiones de las empresas supervisadas, (iii) la información que revelan las empresas supervisadas para que otros agentes económicos tomen decisiones y (iv) la claridad de las reglas del juego” (Blossiers 2016:133-134).

En lo referido a la supervisión que ejerce la SBS, se advierte que esta apunta al riesgo (crediticio, de mercado, liquidez, operacional y legal). Bajo esta lógica, la estrategia de la supervisión tiene dos pilares; por un lado, la que ejecuta directamente sobre las entidades sometidas a supervisión y por otro, la influencia decisiva que juegan órganos no sometidos a su estructura orgánica entre los que están clasificadoras de riesgo, empresas de auditoría y obviamente la experiencia aplicada en los mencionados rubros pero fuera del territorio, dado que la experiencia extranjera juega un rol decisivo ya que la evaluación del impacto y competitividad en los mercados, pareciera definir una respuesta que podría sugerir homogeneidad en los resultados arrojados.

La SBS clasifica la supervisión dependiendo del ámbito de desempeño de las funciones desplegada así pues, se desarrolla de dos formas: i) supervisión extra-situ, mediante la cual a partir de la información que proporcionan la entidades supervisadas

se identifican los aspectos sustanciales y que exigen una mayor valoración para poder superar los inconvenientes que se van presentando y ii) supervisión in-situ, la que se despliega en las propias instalaciones de las entidades supervisadas en donde se efectúa una verificación de los puntos encontrados en la supervisión extra-situ.

En la supervisión in-situ se estaría presentando una conjunción de funciones en el Departamento de Servicios al Ciudadano (DSC); por un lado, aspectos de supervisión prudencial y por otro, solución de reclamos toda vez que aunque posee competencia para recibir y absolver reclamos previsionales (en primera instancia) es luego de emitidas las resoluciones resolviendo reclamos particulares que genera una base de datos remitida al Departamento de Supervisión de Conducta de Mercado (DSCM) que, a través de la supervisión in-situ, realiza las actuaciones necesarias para verificar los puntos resaltantes y encontrados en la presunta supervisión extra-situ. Dicho de otro modo, el DSC estaría proporcionando insumos a manera de supervisión extra situ para que el DSCM efectúe la referida supervisión in situ.

Sin perjuicio de lo anterior, sería bueno preguntarse si es posible “comprobar” una infracción detectada en supervisión extra-situ al momento de realizar diligencias en una supervisión in-situ. Así, por ejemplo, si en la solución de reclamos del SPP se determina la exclusión de un beneficiario para acceder a la pensión de sobrevivencia, al momento de efectuar la supervisión in-situ y considerando las características que dicha supervisión posee se tiene que de la revisión de los contratos, formatos, entre otros, es poco probable que en dicho procedimiento se encuentre una falencia lo suficientemente relevante para determinar o mejor dicho verificar lo recolectado y resuelto en la supervisión extra-situ (a partir de la solución de reclamos de afiliados).

Es de indicar que, una vez emitida la resolución que resuelve un reclamo del SPP, la realización de la supervisión in-situ de dicha materia es efectuada por dos áreas; el Departamento de Supervisión de Conducta de Mercado (DSCM) adscrito a la Superintendencia Adjunta de Conducta de Mercado e Inclusión Financiera (SACMIF) cuando se trata de transgresiones a la Circular de Atención al Usuario¹, y el Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios (DSPB) de la SAAFP en los casos de infracción al Título VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Pensiones (SPP), aprobado mediante Resolución N°232-98-EF/SAFP (SBS 1998).

Asimismo, cabe resaltar que al momento de determinar la pertinencia de una sanción, la SBS empleaba como eje referencial el “patrón de conducta”², definición que no era

¹ Circular N°G-184-2015, vigente desde el 01 de enero de 2016.

² Criterio utilizado de conformidad a lo que dispone el artículo 19° de la Resolución SBS N°816-2005. “Artículo 19. Inicio y partes del procedimiento. (...) En el caso de denuncias sobre el incumplimiento de las disposiciones que rigen a las empresas supervisadas en su relación directa con los clientes, la

otra cosa que una cantidad indeterminada y repetida de las mismas conductas infractoras por parte de la entidad supervisada (siguiendo la misma línea del ejemplo propuesto precedentemente, se trataría de una AFP) para hacerla sujeto de sanción. Como es de observarse, la elección del mencionado patrón de conducta podría hacer bastante tenue el límite entre la discrecionalidad y arbitrariedad, no obstante, es una perspectiva de supervisión que la SBS tomaba en cuenta cuando abordaba los procedimientos administrativos sancionadores.

Se debe considerar que el patrón de conducta no actúa por sí mismo sino que viene reforzado por las herramientas legales que brinda el TUO de la Ley N°27444 (MINJUS 2017); en especial, lo referente a la motivación pues como bien se entiende, para distinguir una decisión discrecional de otra arbitraria el criterio de motivación constituye un instrumento de control de los poderes públicos a través de los fundamentos de las disposiciones. Una motivación adecuada no es meramente un aspecto formal sino es la evidencia de ella, el control antes mencionado es una conquista en el Estado de derecho.

Sin perjuicio de ello, no se aprecia el empleo del patrón de conducta en otros organismos reguladores del ordenamiento jurídico; distinto es lo referente a la reincidencia de conductas que es evaluado como un agravante para determinar la sanción a imponer y aunque ambas figuras (patrón de conducta y reincidencia) tratan de la repetición de actos que infringen las normas, cada una actúa en diferentes situaciones. Así pues, el patrón de conducta se evalúa para dirimir si hay infracción o no, pero la reincidencia de conducta actúa cuando ya se decidió que hay infracción, utilizándose para la construcción del caso en torno a si corresponde el elemento agravante.

No obstante, a la fecha y de conformidad con el nuevo Reglamento de Infracción y Sanciones, se tuvo por conveniente eliminar la referencia a “patrón de conducta” considerando la materialidad de las infracciones y su impacto en el mercado. No obstante, en la última memoria institucional de la SBS (s.f.a:50) se continúa haciendo referencia a la aplicación de sanciones tomando en cuenta el “patrón de conducta” inadecuado.

Superintendencia ejercerá su potestad sancionadora cuando éstas constituyan un **patrón de conducta**, conforme a las atribuciones que le han sido conferidas por su ley orgánica. Los casos individuales que contengan materia amparada por las normas de protección al consumidor serán derivados al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)” (SBS 2005).

1.1.2. Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SAAFP): antes y después de su incorporación a la SBS

La Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones fue creada mediante Decreto Ley N°25897 (Congreso de la República 1992) como una entidad pública descentralizada, del sector Economía y Finanzas, con autonomía funcional, administrativa y financiera que, en representación del Estado, tenía la responsabilidad de velar por la transparencia, el fortalecimiento y el desarrollo del Sistema Privado de Pensiones (SPP).

Posteriormente, se emitió el Decreto Legislativo N°724 (Presidencia de la República 1991) y se añade el Anteproyecto de Ley sobre el Sistema Privado de Administración de Pensiones (SPP) y su Reglamento y, en razón de ello, se encomendó a la SAAFP la regulación y supervisión del SPP ejerciendo, en representación del Estado, la función de control de las AFP, las cuales se crearon con el objeto social exclusivo de administrar fondos de pensiones, bajo la modalidad de cuentas individuales de capitalización, así como otorgar a sus afiliados prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

En diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N°25987 el gobierno promulgó una nueva Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Presidencia de la República 1992). A través de dicho Decreto Ley se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP) como alternativa a los regímenes de pensiones administrados por el Estado concentrados en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

El debilitamiento de las fuentes de financiamiento del SNP fue un panorama que hacía peligrar el desarrollo sostenible del país dado que la mayor parte de los recursos económicos se destinaban al pago de pensiones. En tal sentido, las políticas económicas y públicas de aquel momento encontraron en la actividad privada la herramienta para que, al mismo tiempo de cumplir el mandato constitucional de seguridad social, ello no continuase afectando al fisco del país. Bajo esta lógica, las Administradoras de Fondos de Pensiones contribuirían mediante la administración de fondos de pensiones a brindar opciones de ahorro individual a los trabajadores, financiando así ellos mismos sus futuras pensiones y produciendo efectos positivos en el mercado bursátil con una incidencia directa en el mercado económico.

Posteriormente, en julio del 2000 fue promulgada la Ley N°27328 (Congreso de la República 2000a), en virtud de la cual se amplía el ámbito de acción de la SBS, al incorporar bajo su control y supervisión a las AFP. De esta manera, a partir del 25 de julio del 2000, la SBS ha asumido las funciones que desde 1992 venía desempeñando la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones; en este

lapso de tiempo, su nombre pasa a ser Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. En ese sentido:

“[...] la SBS se convierte en un organismo autónomo y especializado, encargado –a través de la Superintendencia Adjunta de AFP- del control del área financiera, actuarial, jurídica y administrativa de las AFP. A través de esta institución, el Estado se encarga de garantizar el financiamiento de los beneficios previsionales, dictando normas para el buen funcionamiento del SPP y vigilando el cumplimiento de estas disposiciones. Las regulaciones establecidas por la SBS van desde normas sobre el funcionamiento, liquidación y absorción de las Administradoras y el manejo de la publicidad e información que se brinda al público, hasta regulaciones en materia de inversiones y cobro de comisiones” (Morón y Carranza 2003:41).

1.1.2.1. Análisis de la conveniencia orgánica de la incorporación a la SBS, impacto en sus funciones y los afiliados del sistema privado de pensiones

Conviene partir del hecho que la SAAFP, antes de su incorporación a la SBS, no poseía autonomía, la que en la actualidad sí tendría por ser parte de la SBS (entidad que cuenta con dicha prerrogativa); sin embargo, contrariamente a los efectos esperados de dicha autonomía, esta le podría estar jugando un papel en contra dado que ello propicia que el enfoque económico y financiero predomine cuando ejerce su función de supervisión y regulación, y que ello tenga un efecto preeminente al momento de abordar la solución de reclamos de seguridad social. Tratándose de un sistema de seguridad social es cuestionable que este se abstraiga del análisis y rigurosidad propia de un derecho constitucional reconocido, tal y como resulta de su propia naturaleza jurídica, para ceder paso a una mirada de índole financiera al momento de enfrentarse a los vacíos y dudas surgidas en la absolución de reclamos previsionales. Dicho enfoque se plantea sin considerar que la Constitución Política del Perú de 1993, en el artículo 11°, otorga raigambre constitucional al derecho a la pensión toda vez que estipula que “El estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privada o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado” (MINJUS 2016).

En efecto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI, estipula que:

“La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -

por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (Tribunal Constitucional 2004).

A mayor abundamiento, el numeral 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N°10063-2006-PA/TC señala que:

“El derecho a la seguridad social en pensiones y en salud (artículos 10° y 11°), de acuerdo con la clasificación dispuesta en la Constitución Política, se ubica dentro de los denominados derechos sociales y económicos. Por ello, cuando este Tribunal ha desarrollado el modelo de seguridad social establecido por la Constitución Política de 1993, ha advertido que el punto de partida para la solución de cualquier controversia relacionada con el acceso a las prestaciones que brinda la seguridad social en pensiones [derecho a la pensión] y en salud, debe comenzar por precisar la naturaleza y eficacia de los denominados derechos sociales” (Tribunal Constitucional 2006).

Bajo esta lógica, existen dos sistemas que coexisten con la finalidad de brindar acceso previsional a la ciudadanía: el SNP y SPP, los cuales son de libre opción de un trabajador dependiente o independiente quien, al iniciar su vida laboral, optará por el sistema que considere reúne las mejores características y beneficios para que pueda canalizar el ejercicio de su derecho a la seguridad social.

Es de indicar que la existencia de un sistema público y otro privado son excluyentes ya que optar por el SNP impide aportar al SPP; no obstante, respecto a la decisión que se toma una vez elegido un sistema se tiene que si se eligió el SNP y luego de un tiempo se desea migrar al SPP el ciudadano no se podrá llevar los aportes realizados, dado que la naturaleza jurídica de uno y otro sistema difiere, mientras el SNP tiene como principio rector la solidaridad en el SPP es el principio de individualidad.

La experiencia peruana pone de manifiesto que el dictado de una serie de medidas – entre ellas, hacer más elevado el aporte al SNP- sugerían el favorecimiento de la afiliación al SPP en desmedro del SNP, con lo cual arrojaba una competencia imperfecta en el sistema previsional peruano.

Haciendo un balance de las políticas aplicadas en el SPP resulta que por un tema netamente político y coyuntural se promulgó la norma que habilitó la entrega del 95.5%

del fondo de pensiones de los afiliados³; no obstante, dichos fondos deberían haberse destinado a la entrega de una pensión llegado el momento de la jubilación.

De lo anterior, se entiende que la intangibilidad de los fondos de previsionales fue transgredida por lo que no se habría dado tratamiento a los mismos como propios de un sistema de seguridad social sino a manera de ahorros de libre disponibilidad en el mercado, con lo cual, no solamente se distorsiona la seguridad social sino que incluso el rol que desempeñan las AFP por cuanto en realidad estarían comportándose como proveedores de un servicio financiero mas no previsional, lo que llama poderosamente la atención ya que se está ante bienes jurídicos de protección con finalidades contrapuestas.

Bajo esta misma línea de valoración se tiene que

“La Organización Internacional del Trabajo, tras recordarnos que los sistemas capitalizados no proporcionan protección adicional frente al envejecimiento de las poblaciones; añadió que los sistemas privados no son necesariamente más baratos de administrar que los públicos, ni tampoco son necesariamente más eficientes a la hora de invertir el dinero de los cotizantes, concluye: no pueden proporcionar una pensión de jubilación garantizada ni tampoco el grado de solidaridad necesario para proporcionar pensiones mínimas para combatir la pobreza. Cuando son obligatorios, pero su gestión se deja en manos privadas, no satisfacen el principio de gestión democrática. Es mucho más difícil que estos sistemas proporcionen prestaciones que se hallen totalmente indexadas con relación a la inflación. Y cuando se encuentran en manos de organismos privados, requieren un elevado grado de regulación y supervisión estatales” (Congreso de la República 2016).

En ese sentido, la regulación debe incorporar una alta dosis de exigibilidad para que las iniciativas propuestas se cumplan y no sirvan de meros disuasivos o persuasivos; más aún, si la materia de la que trata es de relevancia constitucional tal y como resulta con el SPP, de lo que se advierte que la SBS pareciera incorporar los mismos parámetros y directrices de regulación empleados en los productos financieros aun cuando la naturaleza jurídica de la pensión difiere de esa perspectiva.

Se debe considerar que la regulación que efectúa la SBS respecto de las AFP tiene una fuerte influencia financiera debido a que ese había venido siendo el enfoque aplicado a las entidades que supervisaba (bancos, entidades, cajas rurales, etcétera). Lo anterior se pondría de manifiesto si se considera que el esquema de acciones a

³ Se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N°30425 que modifica el TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP), a través del cual, entre otros aspectos, se aprobó el retiro de hasta el 95,5% del total del fondo de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) (Congreso de la República 2016).

desarrollar en la SBS -las mismas que constan en sus diferentes memorias institucionales- no se encuentra referencia alguna que permita hacer una diferenciación objetiva entre instituciones previsionales y financieras siendo más bien la opción asumida aquella que emplea los vocablos de empresas y productos financieros.

En ese sentido, no hay una categorización entre el tipo de entidad a supervisar, es decir, bancos o AFP, lo cual tiene sentido si se comprende que ambas se supeditan a la volatilidad de los mercados económicos, pero valdría la pena efectuar una distinción en la medida que -tal y como se reitera- los bienes jurídicos cautelados son distintos, por un lado, el ahorro público y del otro, el derecho a la pensión.

Por ello, resulta importante considerar el efecto invisible e indirecto que generó la incorporación de la SAAFP a la SBS, especialmente el escenario que se gestó cuando la supervisión, regulación y solución de reclamos pasó a ser ejercida dentro de la SBS al impregnarse de influencia económica pese a que tratándose de reclamos de seguridad social lo primordial es un enfoque de derecho.

1.2 Régimen de pensiones del Estado: naturaleza y antecedentes

Es importante considerar la importancia de comprender las nociones de seguridad social ya que la problemática que afronta el país y las diferentes metas (integradoras y solidarias) que se busca alcanzar, colocan en primer plano las prioridades sociales.

Cuando se incorpora en el Perú la previsión social, esta se estructuraba en el ámbito de la salud y pensiones siempre a cargo del Estado. Es decir, el predominio de lo público en la administración de los regímenes de prestaciones se unificaba en una entidad denominada Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) (a la fecha está extinto) la que, por mandato normativo, administraba los fondos provenientes de los descuentos efectuados (bajo distintos porcentajes) tanto al empleador como al trabajador aplicados a la remuneración respectiva.

La seguridad social, en un sentido amplio, se puede entender como prestaciones en salud, accidentes de trabajo y pensiones, con los cuales se prevé cubrir los riesgos personales y sociales que pueden ocurrir en el desarrollo de las personas. En ese sentido, el sistema previsional resultaría más específico en torno al aseguramiento de una fuente de sustento para responder a las preocupaciones propias de la etapa de adulta, en específico la vejez en donde, si no se han tomado las acciones correctivas preventivas, se pueden afectar los recursos personales, patrimoniales y sociales complicando la escena y el enfrentamiento para el periodo que inexorablemente todos tendrán que asumir.

Es pues el aminoramiento de la incertidumbre lo que buscan alcanzar los sistemas previsionales; siendo así, resulta importante la maduración del SPP ya que en gran medida la adaptación del sistema previsional en general -no únicamente el SPP- debe sufrir transformaciones con los nuevos retos culturales, políticos, sociales e incluso legales.

Aquí vuelve a quedar de manifiesto que el SPP, como sistema previsional al igual que el derecho, se encuentra condicionado a los cambios y transformaciones generacionales, por lo que la dosis jurídica debe ser un componente insoslayable y como tal, debe ir ajustándose con los desafíos que se van presentando en el quehacer diario.

En el Perú existen dos sistemas de pensiones; por un lado, el SNP, mediante el cual se representa al modelo de reparto, en donde se hace un fondo común entre todos los trabajadores que aportan a manera de un pirámide en donde los más jóvenes subvencionan a quienes se encuentran próximos a pensionarse. Incluso, el Estado debe aportar en este sistema dado que debe cubrir las pensiones y otras contingencias. Por su parte, en el SPP las AFP administran los fondos de pensiones y la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de cada afiliado otorgando obligatoriamente prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. A diferencia del SNP, aquí el principio de individualidad es preponderante ya que lo que cada afiliado aporta va a financiar su beneficio y el Estado no tiene ningún rol en las eventuales contingencias que puedan surgir al interior de dicho sistema de prestación previsional.

1.2.1. Bases constitucionales y legales del Sistema Nacional de Pensiones: desenvolvimiento del régimen y problemática en la financiación del sistema

Mediante Decreto Legislativo N°25967 se creó la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Presidencia de la República 1992b) teniendo dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y se le encarga la administración de los regímenes pensionarios a cargo del estado.

El SNP agrupa a todo trabajador que no se encuentre bajo los alcances del Decreto Ley N°20530 (Gobierno Revolucionario 1974) y se caracteriza por entregar pensiones cuyo monto no se encuentra sujeto a un principio de individualidad sino a las contribuciones de los trabajadores afiliados por cuanto el esquema de aportes colectivos en teoría debería cubrir, mejor dicho, financiar a los próximos a jubilarse. En el SNP existe un beneficio definido siendo que las prestaciones que otorga son: i) pensión de jubilación, ii) pensión de invalidez, iii) pensión de viudez,

iv) pensión de orfandad y v) pensión de ascendientes. Sobre el particular, la pensión mínima en este sistema asciende a S/ 484.00 y la pensión máxima a S/ 856.00; es decir, existen importes fijos que fluctúan entre los límites mínimos y máximos antes referidos. Incluso, un requisito indispensable para acceder a una pensión es haber aportado por lo menos veinte años en el sistema. Sin embargo,

“[...] en 1991 el SNP se encontraba a punto de colapsar; las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en su valor (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que asegurasen la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo” (Ortiz de Zevallos 1999:35).

Es así como

“[...] la crisis financiera en la cual se hallaba el SNP, la escasa transparencia en el manejo de los fondos y la poca credibilidad en que el IPSS y el Estado pudieran asumir el compromiso de pago en el largo plazo, determinaron la necesidad de reformar el sistema de pensiones. Por ello, en diciembre de 1991, cuando el Poder Ejecutivo contaba con facultades delegadas por el Congreso, el Gobierno tuvo un primer intento de reforma del sistema previsional peruano al dictar el Decreto Legislativo N°724 por el cual se creaba el SPP como un sistema complementario al SNP. Sin embargo, la iniciativa no prosperó debido a sus insuficiencias y al contexto político adverso” (Morón y Carranza 2003:23).

Para entender un poco el panorama del SNP se aprecia que la quiebra era una situación real que afrontaba este sistema, debido a que no existía una incidencia directa entre lo que un trabajador aportaba y la pensión que obtendría, esto sugería que no había incentivo alguno para la contribución tanto de los trabajadores como del empleador; además, cuando la figura de empleador y del Estado confluían en los tiempos de deficiencia financiera, este dejaba de pagar las contribuciones de los trabajadores y el aporte que le correspondía.

Es en este contexto cuando en diciembre de 1992 se crea el SPP a través del Decreto Legislativo N°25897 (Congreso de la República 1992), oportunidad en la cual se efectuaron ajustes en la percepción de las pensiones en el SNP –mediante Decreto Legislativo N°25967 (Presidencia de la República 1992b)- y, por ejemplo, se elevó el número de años de aportación y las bases del cálculo de la pensión con el intento de desalentar la permanencia en el SNP por parte de los ciudadanos.

También existía una problemática en torno a los trabajadores que se encontraban afiliados al SNP pero que optarían por acceder al SPP ya que apareció la interrogante ¿qué ocurriría con los fondos aportados al SNP? Es aquí donde surge el Bono de

Reconocimiento como una alternativa para contrarrestar la pérdida de los aportes efectuados antes de la migración al SPP. Lo que ocurrió fue que las personas que se encontraban afiliadas al SNP, cuando aparece el SPP, encontraron poco atractivo cambiarse dado que si bien existía el Bono de Reconocimiento este no reconocía el íntegro de los aportes efectuados; además, al ver tan cercano el momento de la jubilación, existían dudas respecto a la capitalización del fondo. En simultáneo, aun cuando el gobierno ejecutó un aumento salarial para todas las personas que se transfirieran al SPP, ello no encontró acogida ya que esto no significó un cambio sustantivo, originando que migrasen al SNP. Posteriormente, se propuso que los trabajadores que no manifestasen en qué sistema deseaban incorporarse o permanecer, estarían automáticamente incorporados al SPP; incluso, se dispuso una fecha límite para que los afiliados al SPP decidieran retornar al SNP siendo que después de dicho lapso solamente podrían trasladarse del SNP al SPP.

Fueron precisamente las medidas antes enunciadas que lograron que la afiliación al SPP creciera rápidamente, con lo cual el Estado quería alcanzar un equilibrio en el presupuesto económico con una aminoración del gasto en asuntos previsionales debido a que en el SPP cada trabajador garantizaría sus pensiones, situación en la cual la AFP jugaría el rol de obtener rentabilidad con los aportes pero todo ello sin requerir apoyo económico del tesoro público estatal.

1.2.2. Sostenibilidad del sistema: ¿necesidad indispensable del Sistema Nacional de Pensiones?

Conforme se ha venido explicando en el acápite previo, el Estado buscaba que su presupuesto no se menoscabase más con el pago de pensiones, para así poder utilizar sus recursos en crear, mejorar y ampliar la capacidad de la nación en la prestación de servicios y producción de bienes.

En ese sentido, el Poder Legislativo, en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú (1993) estipuló que se declaraba cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N°20530, el cual venía empleando un alto porcentaje del erario público ya que se otorgaban nivelaciones automáticas a trabajadores beneficiados con dicho régimen (MINJUS 2016). Luego, a partir de la entrada en vigor de la Reforma Constitucional, nadie pudo incorporarse o reincorporarse al régimen pensionario del Decreto Ley N°20530. Es claro que lo que el Estado buscaba fue alcanzar la sostenibilidad financiera en la seguridad social siendo ese su punto referente para la implementación de una opción alternativa al SNP.

Es así como el régimen privado surge como una alternativa ideal en la medida que su incidencia financiera no afectaba el erario público; dicho de otro modo, no suponía una

carga presupuestal que debiera ser afrontada por el Estado. Como bien se sabe, el déficit de cobertura previsional es también un síntoma de la crisis de las fuentes de financiamiento, especialmente cuando se toma como eje referencial al SNP, el cual sigue siendo una fuente alta de gasto en el presupuesto público.

El aspecto financiero y presupuestal finalmente definió la propuesta de un nuevo modelo de seguridad social (SPP) dado que, conforme se ha venido exponiendo, existió una pésima gestión administrativa en el SNP debido a los malos manejos, lo cual ponía en riesgo los beneficios que se venían brindado al interior de dicho sistema de seguridad social, dando como apreciación global que se convertía en inviable el sostenimiento de dicho régimen de seguridad social.

Por lo expuesto, ante el desequilibrio financiero y teniendo una población que venía envejeciendo (por ende, proclive a requerir del beneficio previsional en el corto plazo) y teniendo los recursos del Estado cada vez más comprometidos en financiar pensiones, se buscó una alternativa que permitiese hacer sostenible el sistema de seguridad social que se venía aplicando en el país.

Aparece así el SPP como un sistema previsional que permite que cada trabajador pueda obtener una pensión que se encuentra supeditada a los aportes que efectúe en su CIC; es decir, llegado el momento de su jubilación va a recibir lo que en el tramo de su vida laboral fue adicionando en cada oportunidad que laboró (dependiente o independiente), encontrándose sujeto a la retención por concepto de seguridad social.

Aunque este mecanismo resulta sumamente atractivo al Estado toda vez que deslinda la responsabilidad económica de los potenciales pensionistas a futuro, mantiene su rol (mediante la supervisión y regulación) de plantear propuestas complementarias para conseguir al menos los siguientes efectos: i) mayor competencia de precios (reducción de comisiones y márgenes) y ii) reducción de costos y barreras de acceso al mercado previsional.

1.3 El Sistema Privado de Pensiones y su institucionalización como forma de seguridad social en el Perú

Debido a que el SNP significaba un sobre costo demasiado elevado (ocurriendo que un gran número de personas se jubilaba incluso antes de cumplir el tiempo legal establecido) para ser asumido por el Estado, se impulsa la creación del SPP.

El SPP tiene como eje económico supeditar al aporte descontado de la remuneración de un trabajador -aunque también se podía dar un aporte voluntario e independiente-, el cual definirá la pensión que a futuro va a recibir. Aunado a lo anterior, dicho fondo es administrado por una AFP para lo cual dicha entidad percibe una comisión la que puede ser un aporte adicional con cargo a la remuneración (comisión mixta) pero

también con cargo al fondo administrado (comisión por saldo). Luego, cuando el afiliado alcanza la edad de jubilación se le otorga una serie de opciones por las cuales puede decidir cómo recibir el capital que ha acumulado.

Los sistemas de seguridad social en el país, tanto el SPP como el SNP, aun cuando son instrumentos que permiten brindar prestaciones y protección a los imprevistos, poseen dos miradas distintas respecto del camino conducente a obtener una pensión; dicho de otro modo, ambos se sustentan en financiamientos distintos sin perder por ello su adscripción como una forma de seguridad social. Sobre esto último, existen opiniones contrapuestas en torno a que el SPP califica como tal para considerarse como seguridad social.

Las diferencias entre el SNP y el SPP no admiten ningún espacio para encontrar puntos afines en cuanto a sus características, el único podría ser otorgar una pensión, pero ello desde una apreciación de objetivo. Ahora bien, mientras el SPP permite acceder a una pensión esta solamente va tener como fuente de financiamiento la CIC de cada persona no teniendo ningún ingreso adicional que proporcione el Estado a diferencia del SNP, en donde aunque cada persona efectúa un aporte no hay un reconocimiento independiente de lo ahorrado llegado el momento de la jubilación sino que la suma de pensión va ser fijada por el gobierno teniendo el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) un rol preponderante toda vez que dicha entidad otorgará una partida presupuestal para dicho fin, siendo que la entidad estatal no busca alcanzar una ganancia sino dar cumplimiento al derecho a la pensión; en cambio, en el SPP las AFP y las compañías aseguradoras persiguen un fin lucrativo durante la etapa de afiliación, aportes y pensiones por las que atraviesa un afiliado.

Por lo expuesto, se aprecia que el SPP posee un sustento de individualidad pero ello no obsta a que se haya convertido en una modalidad de la seguridad social. “Dividido el enfoque en lo axiológico y teleológico, podríamos concluir en que los sistemas privados no corresponden valorativamente a la idea de la seguridad social, puesto que no se ajustan a los principios inalienables que sustentan a ésta. Desde el punto de vista principista, los sistemas privados no son, pues, seguridad social” (MINJUS 2016). Finalmente, sin perjuicio de la discusión dogmática en torno a la adscripción del SPP dentro de la categoría de Seguridad Social o no, vale centrar la atención en el planteamiento estatal que tiene por objetivo fundamental que la población no quede fuera de un sistema previsional para que pueda recibir protección, pero al mismo tiempo reduciendo el costo de proporcionar dicho beneficio a los ciudadanos con una sobrecarga del presupuesto público.

1.4 Conveniencia de la regulación y supervisión empleada en el sistema privado de pensiones por parte de la SBS

La regulación y supervisión son indispensables en la gobernabilidad debido a que determinan la administración de una sociedad en equilibrio, dentro de los márgenes de justicia y equidad.

En efecto, de acuerdo con Stiglitz la calidad de la intervención del Estado puede mejorar o empeorar los fallos de mercado, pero eso solamente se supeditará a la fortaleza institucional del Estado, que debe actuar complementariamente a los mercados, lo cual puede resultar en un antídoto válido que inyecte dinamismo y soluciones a los problemas que se susciten. En una economía de mercado, las entidades supervisadas actúan con total libertad, razón por la cual se debe garantizar que su desenvolvimiento se realice con transparencia e idoneidad. Ahora bien, el concepto de regulación es para algunos una forma de intervención administrativa; para otros es una técnica que implica una serie de reglas y exigibilidad del cumplimiento de dichas reglas (*command & control regulation*) (Baldwin y otros 1998:2-4).

Es común referirse a dos estilos de *enforcement*; por un lado, un estilo que prioriza el cumplimiento de la norma a través de una consecuencia sancionadora y, por otro lado, aquel que busca coordinar y disuadir a través de la comunicación estrecha el impacto que un incumplimiento podría desencadenar.

“En el caso de la primera, se parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, se considera que la mayoría de los sujetos regulados son seres “calculadores sin moral” (Kagan & Scholz, 1984) que solo cumplirán la ley en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa (Gunningham, 2012). En el caso del segundo tipo de estrategia, se prefiere la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Hawkins, 1984)” (Ochoa 2016).

De manera general, el enfoque de la SBS es crear -a través de la regulación- un sistema de incentivos que propicie que las decisiones privadas de las empresas sean consistentes con el objetivo de lograr que los sistemas bajo supervisión adquieran la solidez e integridad necesarios para mantener su solvencia y estabilidad en el largo plazo. A mayor abundamiento, para el caso de la SBS se tiene que no solamente regula y tipifica ciertas infracciones -por ende, sanciones- sino que, al mismo tiempo, resuelve reclamos del SPP aplicando la normativa y atendiendo los reclamos que los afiliados interponen ante dicha Superintendencia.

A propósito de lo expuesto, mediante Resolución SBS N°5439-2016 (SBS 2016b), se encargó a la Plataforma de Atención al Usuario (PAU), adscrita a la SACMIF, la

función referida a la atención de los usuarios del SPP, evaluando, monitoreando, solucionando y supervisando los procesos de reclamos (en primera instancia) vinculados a todos los participantes del SPP. A la fecha, la PAU cambió de denominación para convertirse en el DSC. Sin perjuicio de lo anterior, el DSPB (adscrito a la SAAFP) mantuvo la competencia para resolver los Recursos de Apelación (segunda instancia) que eventualmente se interpondría contra los pronunciamientos de primera instancia (a cargo del DSC).

Particular apreciación merece el hecho que ante un caso en concreto se emite una circular, oficio múltiple, u otro documento de orden interno en la SBS para definir cómo deberá dirimirse una situación presentada. De conformidad con los documentos internos antes indicados, tanto el DSC como el DSPB antes de resolver un reclamo o elaborar un informe técnico sobre un caso, mantienen un flujo de proceso donde participa la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica (SAAJ).

Bajo esta lógica, surge la interrogante respecto a que pareciese que confluye el aparato que soporta el sistema regulatorio con el de solución de reclamos, lo cual propiciaría que se opte por un modelo en el cumplimiento de la regulación, sin establecer límites y salvaguardas a las intromisiones cuando se califica un hecho como infractor de la normativa que protege al afiliado. Lo anterior, al resultar un componente indispensable de los procedimientos, impide armonizar la independencia en la interpretación jurídica acorde con el derecho previsional y el aspecto técnico y económico.

Entonces, si un mismo órgano quiere perseguir la correcta aplicación de la normativa financiera y previsional con la garantía de confianza en el sistema económico (y se entiende como sistema económico porque conforme se ha venido explicando, el SPP depende y supedita la entrega de una prestación previsional a la rentabilidad de los aportes efectuados y esta se condiciona al mercado de valores), ¿sería posible afirmar que existe una protección imparcial y suficiente a los afiliados al régimen de seguridad social antes descrito?.

Ello va a depender de las herramientas que se desplieguen y del aparato institucional del que se le dote, ya que el dictado de normas técnicas de regulación, recomendaciones y normativas (aunque es cuestionable que dicha categoría se aplique a los oficios múltiples) sin efectos generales pondría de manifiesto que las funciones antes referidas y desempeñadas por la SBS obedecen a contextos particulares y no genéricos con lo cual existirían sesgos de que para cada caso controvertido haya una respuesta condicionada. Sin embargo, también puede ser una vía para lograr que la regulación y supervisión mantengan la sostenibilidad del sistema

financiero al mismo tiempo de mantener dicha sintonía con la protección del derecho a la seguridad social de un afiliado o potencial afiliado.

En efecto, conjugar la vertiente técnica y legal no resulta imposible si se plantea una comisión u órgano multidisciplinario que se retroalimente por cada resultado y/o variante supervisada y resuelta, dado que ante la existencia de una falencia en el SPP descubierta mediante la resolución de un reclamo se tendría una mejor comprensión de las fallas suscitadas en el mercado previsional privado.



CAPÍTULO II

ESTILO REGULATORIO EN LA SBS, ¿PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR O AL PENSIONISTA? Y SU IMPACTO EN LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

2.1 La justificación estatal de la regulación y su incidencia en la solución de reclamos en la SBS

Antes de abordar las razones que justifican que un estilo regulatorio resulte más efectivo y/o beneficioso para la absolución de un reclamo es importante considerar que la motivación de la regulación es una justificación gubernamental que se encuentra influenciada por la economía, los intereses de la industria que se pretende regular y los directamente relacionados con el bienestar general e interés público.

A manera de recopilatorio, es de apreciar que en los Estados Unidos de América se dio un proceso que fue cambiando, pero siempre tuvo como eje encontrar cuál era la justificación de una intervención. En primer orden, se tuvo como frente al interés público, luego tomaron escena las denominadas *public utilities* para posteriormente migrar a la *economic regulation* y, finalmente, desembocar en la *social regulation*.

En referencia a lo planteado en el párrafo precedente se tiene que el interés público denota una actividad privada cuyo objeto o fin alcanza un indeterminado pero significativo número de personas, lo que implica la satisfacción directa e indirecta de necesidades que -a criterio de una mayoría- se asocia con el interés generalizado, dicho de otro modo, con el interés público.

A propósito de dicha definición resulta importante traer a colación la importancia de la sentencia Munn e Illinois, la cual pone de manifiesto que toda actividad que acarrea efectos o beneficios a terceros, es decir, que no supedita un interés particular y que además es útil para mantener una estabilidad e indispensable necesidad mínima cuyo interés atrae un grupo considerable dentro de una comunidad, configura el referido interés público. Es así como la jurisprudencia norteamericana identificó actividades afectas al interés público siempre que se cumpla el supuesto antes descrito.

Adicionalmente, la sentencia recaída en el Caso Brass y Dakota (que trata sobre la pertinencia o no de poner topes a las tarifas de los elevadores de grano) deja en claro la imposición de obligaciones a personas privadas debido a que ejecutan una actividad que encuadra dentro de la definición de interés público.

Asimismo, se consolidó lo dictado en la sentencia Munn en el caso Nebbia y New York (1934), oportunidad en la que se sugirió una analogía entre los poderes de policía con la afectación al interés público. Al referirse a esta temática, la sentencia indicó que

“[...] el uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados están por regla general, libres de interferencia gubernamental; pero están sujetos a regulación pública si lo requiere (...) la razonabilidad de cada regulación depende de los hechos relevantes (...) decir que la propiedad está “invertida con un interés público” o que “una industria está afectada por el interés público” significa que la propiedad o la industria por razones adecuadas, está sujeta al control por el bien público” (Zegarra 2015a:45)⁴.

Lo cual significa que no porque una actividad económica esté afecta a un interés público automáticamente se convierte en *public utility* sino únicamente cuando el mercado no puede satisfacer el referido interés, por lo que es indispensable que el Estado intervenga. Mejor dicho, debido a que un sector considerable de la población no puede deslindar de la prestación de un servicio debido a que el proveedor de un modo u otro se encuentra en una posición de mayor control respecto del consumidor y/o ciudadano (cualquiera que se encuentre a la merced de la provisión de un servicio), en algunos casos incluso se está frente a monopolios de manera que las actividades están sujetas a control de una agencia estatal o federal.

Así vistas las cosas, la regulación que interesa definir en la presente investigación es aquella que no se limita a intervenir en el comportamiento de la actividad privada porque dicho así se reduciría la definición a una acepción de índole exclusivamente económica, siendo que la dimensión que atrae es aquella que abarca una que se extiende más allá del comportamiento empresarial, introduciéndose en ámbitos legales y usos regulatorios, dependiendo del sector frente al cual se encuentra. Es decir, la preocupación no se centra en la vida económica sino en la social y cultural, haciendo hincapié en las limitaciones y restricciones que podrían presentarse. Al contrario,

“[...] mientras el enfoque económico enfatiza mecanismos de incentivo, contratación, concesión, entre otros, para lograr eficiencia y superar fallas del mercado, interviniendo en la vida económica de los sujetos, el enfoque social enfatiza el impacto del comando y control y de los incentivos, o de las estrategias de política pública para la vigencia de los derechos. Los dos primeros ponen de relieve la presencia estatal, mientras que los dos últimas relieván los alcances de la acción estatal. No cabe duda, de que, en ambos casos, la presencia estatal aparece como imprescindible en mayor o menor medida” (Alza 2011:322).

Investigando a la SBS la autora de la presente investigación encontró que en el caso del SPP a cargo de las AFP existirían características de un monopolio. Para construir

⁴ Fragmento de la sentencia *Nebbia* y *New York* (Zegarra 2015a:45).

dicho planteamiento resulta importante comprender las modalidades de afiliación vigentes a la fecha, así tenemos: i) la incorporación, que no es otra cosa que la primera afiliación que un ciudadano realiza a una AFP, ii) el traspaso, que es cuando una persona que ya se encuentra en el SPP opta por cambiar de AFP, iii) reafiliación, es en el caso de un administrado que ejerció su derecho a la reversibilidad⁵, pero que opta por suscribir un nuevo contrato de afiliación y reingresa al SPP, iv) asignación, cuando los trabajadores que ingresan al SPP son afiliados a una AFP que ofrece la menor comisión por administración del fondo de pensiones durante 12 meses (plazo obligatorio dentro del cual no pueden optar por retirarse) y v) licitación, sigue la misma definición que la asignación, no obstante, el periodo de permanencia en la AFP de menor comisión es por 24 meses.

Son estas dos últimas opciones (asignación y licitación) las que merecen comentario debido a que no existe real elección individual del trabajador. Si bien, la finalidad de anular la libertad de contratar es que contraten con la AFP que ofrece menor comisión, se estaría ante un mercado en monopolio cada 2 años ya que sin importar la rentabilidad que ofrezcan los fondos de pensiones (la real preocupación y objetivo que busca alcanzar todo trabajador), siempre que brinden una comisión menor tendrán a todos los afiliados que se incorporen obligatoriamente a dicho sistema de seguridad social (en cumplimiento de mandato legal).

Pese a todo, aun cuando exista un procedimiento para adjudicar los afiliados a la AFP que ofrece la menor comisión, ello no convierte el mercado de AFP en uno que se desenvuelva en competencia ya que luego del periodo de permanencia obligatorio un afiliado puede cambiar de AFP y, en dicho supuesto, no se garantizaría dicha comisión.

Sobre el particular, la Constitución Política del Perú señala en el artículo 61° que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”, y en el artículo 62° “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley” (MINJUS 2016).

Ahora bien, en la oportunidad que se efectuó la asignación y licitación muchas opiniones señalaron que la restricción de un derecho se justificaría en la finalidad que

⁵ Retorno al SNP.

se pretendía alcanzar; incluso, hasta se sugirió que la elección de la AFP jugaba un rol secundario por lo que era completamente razonable que se privilegiase el interés público sobre lo colectivo antes que la libertad de elegir. A simple vista, la retórica de lo propuesto resulta suficiente para sostener la propuesta previsional, no obstante, ¿continuará ese razonamiento imperando en la actualidad?

Para responder dicha interrogante se propone aplicar un Test de Proporcionalidad como herramienta para ponderar los resultados de la medida que se viene comentando y que fue planteada en la Reforma del SPP. En efecto, la última licitación fue realizada en diciembre de 2018 resultando ganadora AFP Integra, que se impuso a Prima AFP y AFP Hábitat (Profuturo AFP no participó), conforme se aprecia a continuación:

Tabla 1.

Test de Proporcionalidad

AFP	Comisión sobre el flujo	Comisión sobre el saldo	Valor de la comisión final
Hábitat	0%	90%	0.27%
Integra	0%	0.82%	0.246%
Prima	0%	1%	0.30%
Profuturo	No se presentó	No se presentó	

Propuestas de las AFP que participaron en la subasta. (Fuente: GEC)

Fuente: AFP Hábitat; AFP Integra; Prima AFP.

Al haber resultado ganadora en la cuarta licitación, AFP Integra automáticamente incorporará a los trabajadores desde el 01 de junio de 2019 hasta el 31 de mayo de 2021. De acuerdo con lo expuesto por la Presidencia de la Asociación de AFP, la tendencia es que para el año 2023 el componente por flujo llegue a 0%, tal y como se aprecia a continuación:



Fuente: AAFP

Figura 1. Comisión equivalente ganadora de la licitación (comisión mixta).

Adaptado de Redacción EC, 2018.

Aunque existe una finalidad loable (que se cobre la menor comisión posible) y compiten las AFP para adjudicarse a los trabajadores que se incorporen al SPP, ello no garantiza que posteriormente exista competencia ya que los incentivos que poseen

las AFP para ganar adeptos no son significativos porque obligatoriamente los trabajadores deben optar por una de ellas.

Si se hace una comparación entre la conducta de un trabajador en el marco del SPP respecto de su actuación en el sistema financiero (banca y seguros) se tiene que no posee un abanico de posibilidades en el SPP a diferencia de lo que ocurre en el sistema financiero, en donde elige sobre un universo mayor de bancos, financieras, cajas, etcétera, ya sea para obtener un préstamo, tarjeta de crédito, entre otros productos financieros, o incluso puede elegir no utilizar ninguna de las opciones antes mencionadas. En el SPP el trabajador se afilia por mandato normativo, no existe mayor oferta, además de que no puedes evadir dicha obligación de seguridad social.

Como se aprecia en los siguientes gráficos, el mercado previsional se encuentra repartido sin muchas diferencias entre una AFP y otra, ello sumado a que obligatoriamente cada 2 años una AFP capta a todos los trabajadores que se afilien sin ningún otro mérito que el otorgar una comisión más baja, lo que da indicios de que la restricción a la libertad de contratar reconocida constitucionalmente (en el caso en concreto con una AFP) no encontraría asidero legal ni social que permita continuar sosteniéndola.

En la siguiente tabla se muestra cómo está repartido el mercado previsional peruano:



Tabla 2.

Número de afiliados activos por AFP, género y rango de edad (al 21 de diciembre de 2017)

	Rangos de Edad											Total	(%)
	<21	21-25	26-30	31-35	36-40	41-45	46-50	51-55	56-60	61-65	>65		
Habitat	103 510	448 752	276 115	117 879	64 613	40 696	25 067	16 610	10 239	5 391	3 443	1 112 315	16.8
Hombres	59 283	245 456	147 068	64 772	33 949	20 619	12 524	9 094	5 972	3 448	2 278	604 463	
Mujeres	44 227	203 296	129 047	53 107	30 664	20 077	12 543	7 516	4 267	1 943	1 165	507 852	
Integra	214	55 724	225 924	311 163	353 843	340 700	269 217	194 758	130 563	77 816	43 342	2 003 264	30.3
Hombres	110	32 642	132 950	186 372	213 095	207 274	165 535	124 059	86 882	54 288	32 191	1 235 398	
Mujeres	104	23 082	92 974	124 791	140 748	133 426	103 682	70 699	43 681	23 528	11 151	767 866	
Prima	55 153	178 631	252 787	276 423	250 021	223 232	168 214	119 492	82 274	49 179	28 569	1 683 975	25.5
Hombres	31 461	100 386	140 197	156 688	148 906	140 534	109 119	80 706	57 870	36 015	22 009	1 023 891	
Mujeres	23 692	78 245	112 590	119 735	101 115	82 698	59 095	38 786	24 404	13 164	6 560	660 084	
Profuturo	28	41 777	180 154	273 710	306 648	302 050	254 481	188 610	127 580	76 549	53 478	1 805 065	27.3
Hombres	13	26 363	115 396	176 667	196 977	196 115	169 078	129 363	90 849	56 563	40 788	1 198 172	
Mujeres	15	15 414	64 758	97 043	109 671	105 935	85 403	59 247	36 731	19 986	12 690	606 893	
Total SPP	158 905	724 884	934 980	979 175	975 125	906 678	716 979	519 470	350 656	208 935	128 832	6 604 619	100.0
Hombres	90 867	404 847	535 611	584 499	592 927	564 542	456 256	343 222	241 573	150 314	97 266	4 061 924	
Mujeres	68 038	320 037	399 369	394 676	382 198	342 136	260 723	176 248	109 083	58 621	31 566	2 542 695	
Distri. por Rango de Edad (%)	2.4	11.0	14.2	14.8	14.8	13.7	10.9	7.9	5.3	3.2	2.0	100.0	

Fuente: SBS, s.f.b.

Apreciado bajo un enfoque constitucional el Tribunal Constitucional (2012), en la Sentencia recaída en el Expediente N°0013-2012-PI/TC, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. Conforme al numeral 42, de la referida resolución los aspectos resueltos en aquel caso fueron: i) la licitación del servicio de administración de las cuentas individuales, ii) la comisión por saldo y iii) la centralización de los procesos operativos de las AFP. Ahora bien, habiendo transcurrido un lapso desde la valoración antes efectuada por el órgano constitucional, convendría hacer una recapitulación del Test de Proporcionalidad⁶ aplicable a dichos aspectos por lo que el análisis efectuado en dicha oportunidad distaría mucho de lo que ocurre en el panorama actual.

En primer término, con relación a la afiliación obligatoria a una AFP de los nuevos afiliados se expuso que se buscaba aumentar la competencia entre las AFP debido a que el mercado del SPP era un oligopolio y existía poca competencia además que la estructura tenía barreras naturales y legales que impedían el ingreso de nuevas empresas, haciendo propicio el panorama para que existiera acuerdo entre las AFP repartiéndose las afiliaciones y evitando competencias agresivas respecto a los precios ofrecidos.

Sobre ello, el mercado descrito sucintamente en dichos términos no ha variado toda vez que la licitación que se efectúa para que una AFP se encargue de gestionar las afiliaciones durante dos años no ha resuelto el contexto antes mencionado. Aquí, lo único que ha ocurrido es que el mercado de SPP ha pasado de ser un oligopolio en estricto a un monopolio (los primeros dos años cuando se adjudican los afiliados a la AFP que ganó la licitación) y luego vuelve a ser el referido oligopolio. Así, la demanda de afiliación previsional es significativa -incluso, con la problemática de la informalidad laboral que no brinda espacio para captar más afiliados- y las AFP, antes y ahora, mantienen un poder de mercado que no se supedita a la rentabilidad de fondos, siendo indiferente que cuando un trabajador nuevo entra al mercado los primeros dos años pague la comisión más baja ya que finalmente sucumbirá al vaivén del mercado bursátil bajo el cual las AFP administran su CIC y continúan su condición de aportante.

En segundo término, se hizo referencia a una mejora de las condiciones de los usuarios, para lo cual en el numeral 26 de la sentencia se esbozó una explicación en la teoría de la agencia.

⁶ A propósito del Test de Proporcionalidad se tiene que en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°579-2008-PA/TC se indica que “[...] el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto” (Tribunal Constitucional 2008).

“Según ésta, el principal delega autoridad al agente para que actúe en su beneficio e interés, concepto que se materializa en el momento en que un trabajador contrata a una AFP con el objeto de que ésta administre y, en su caso, aumente su fondo pensionario. Sin embargo, la teoría económica cuestiona cómo puede el actor principal estar seguro de que el agente actuará realmente de acuerdo con sus intereses. En ese sentido, se distinguen hasta tres diferentes perspectivas para dar respuesta a esta interrogante, basadas en mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos. El primero está referido a la supervisión que ejercería el actor principal o un sujeto y/o entidad especializada en la materia sobre el agente, con el objeto de que observe su labor y señale ciertas pautas a seguir (en mayor beneficio del principal), que en el caso concreto es la SBS, que ha cumplido con dicha labor al supervisar a las AFP que operan en nuestro mercado. La cooperación pretende que tanto principal como agente resulten beneficiados con su relación contractual, obteniendo de ella lo que desean, por lo que el principal exigiría un cobro adecuado de comisiones, además de una correcta administración e incremento de su fondo pensionario, mientras que una AFP exigiría, en cambio, mayor autonomía y mejores comisiones y/o incentivos” (Tribunal Constitucional 2012).

En cuanto al monitoreo, cooperación e incentivos, la SBS tiene el rol primordial pero la tendencia hasta el momento es que no se puede obligar ni garantizar que las AFP otorguen una rentabilidad mínima; siendo así, los incentivos de las AFP para lograr dicho cometido se reducen y no así las utilidades que vienen obteniendo a la fecha. El proceso de licitación tampoco es un componente que corrija la falla en el mercado del SPP, sino que únicamente aseguraría que en los primeros dos años se afilien trabajadores a una AFP que ofrece menor comisión, pero después no se puede negar ni afirmar un resultado próspero en lo referente a los fondos de pensiones que servirán para obtener un producto previsional.

En tercer término, la comisión por saldo (remedio planteado para motivar que las AFP obtengan incentivos necesarios para cobrar una comisión supeditada a la rentabilidad que generen y no únicamente a un imperativo que encomienda retener un porcentaje por la administración del fondo) vulneraría la intangibilidad de los fondos pensionarios. La constitucionalidad de la medida fue defendida supeditándola a la debida información que se debía proveer a los afiliados y, en general, a los potenciales afiliados, toda vez que si ellos optaban libremente entre uno y otro esquema manifestando su voluntad para tal alcanzaba coherencia lo referido al libre acceso a pensiones de conformidad con el artículo 11° de la Constitución Política del Perú (MINJUS 2016).

Sobre ello, cabe tomar en cuenta que a la fecha la elección de comisión por saldo, flujo o mixto, no encuentra correspondencia con la vulneración del fondo previsional de la CIC, pero tampoco ha significado una variante decisiva al momento de afirmar que existe incidencia directa en la rentabilidad de los fondos, objetivo que se traduciría en una mayor aceptación por parte de los aportantes de la naturaleza retributiva de la administración de fondos por el cual válidamente las AFP efectúan un cobro.

Por lo señalado, los argumentos del TC para justificar no solamente la licitación sino otros aspectos intrínsecos a la reforma del SPP fueron los siguientes: i) preponderar la justicia e igualdad en materia previsional, ii) efectuar las medidas que permitan asegurar el derecho a la pensión y iii) buscar que más personas accedan a una pensión. Evaluando lo indicado, no parece que se hayan logrado esto; por el contrario: con fecha 21 de abril de 2016 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N°30425 que modifica el TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP) (Congreso de la República 2016) a través del cual, entre otros aspectos, se aprobó el retiro de hasta el 95,5% del total del fondo de la CIC.

Incluso, la SBS emitió la Resolución N°2370-2016-SBS (SBS 2016a)⁷, a través de la cual se estableció el procedimiento para efectuar el retiro antes mencionado, señalando en su artículo 2° que los que podrán solicitar la entrega de hasta el 95,5% de la CIC eran aquellos que no tenían la condición de pensionistas definitivos bajo alguna modalidad de pensión en el SPP, siempre que cuenten con 65 años o más de edad y aquellos que accedieran al Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados.

Consecuentemente, resulta indispensable que la regulación que emplee el SPP posea umbrales que consideren a la defensa del usuario y consumidor pero que, además, ponderen la necesidad de utilizar un *enforcement* definido. Stigler (citado en Garoupa 2014:146) señala que si por cada norma que se incumpliera existiría el peligro latente de perder todo en caso se incumpla en una segunda ocasión, no habría nada que perder; es decir, se eliminaría la aversión al riesgo. A eso es lo que se denomina la disuasión marginal y es importante tomarla en cuenta porque a una falta menor la sanción debe ser catalogada igual; en el mismo sentido, si se está ante una falta grave, la sanción debería endurecerse.

Eso tiene lógica, dado que sin perjuicio del tipo de sanción que se pretende dar ante un incumplimiento de las normas por parte de las AFP, hay que evaluar qué incentivos tienen dichos actores en el mercado para cumplir o incumplir las que existen. Así, por ejemplo, ante un hipotético supuesto en donde una Empresa de Seguros considerase

⁷ Norma que se encuentra vigente desde el 16 de mayo de 2016.

que en mérito a los incisos o) y/o q) del artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones⁸ (TUO SPP) y artículo 56 del Reglamento del TUO SPP⁹, suspendiera el cálculo y desembolso de Aporte Adicional (AA) de un afiliado porque existirían indicios que los aportes extemporáneos efectuados por el empleador corresponderían a relaciones labores no válidas habiendo sido simuladas solamente para alcanzar cobertura; entonces, se aprecia que se incumple una norma.

Para comprender un poco lo referido al AA se debe tener claro que conforme al artículo 2° del Título VII del Compendio de Normas de SBS, el AA es el monto que las empresas de seguros deben abonar a la CIC de los afiliados cubiertos por el seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, para cubrir la diferencia entre el capital requerido y el saldo de la CIC del afiliado (deducidos los aportes voluntarios, más el valor efectivo del Bono de Reconocimiento), siempre que la diferencia no sea negativa en cuyo caso el AA será cero. Considerando que el AA son sumas de dinero considerables, el no desembolso de las mismas no solamente afecta el derecho a la pensión de un afiliado, sino que permite que dicho dinero destinado a contribuir en el capital de la pensión pueda seguir siendo invertido y susceptible de continuar produciendo ganancias a las empresas de seguros.

En ese sentido, el incentivo a incumplir la norma por parte de las empresas de seguros (ello ya que no existe ninguna norma en el SPP que avale la paralización del cuestionado desembolso en base a presunciones no comprobadas) es elevado, incluso involucrar a la SBS ante cualquier incertidumbre de aplicación de una norma al margen del procedimiento administrativo trilateral que posee distorsionaría los incentivos en el ámbito de la solución de reclamos.

Lo antes indicado sería lo que Garoupa (2014:148) plantea como la identificación de un incumplimiento normativo por parte de la agencia regulatoria en un intento de negociar el problema, ahora lo que sigue es decir si conviene o no el estilo seguido, ante ello, y bajo la óptica del autor antes citado “Las desventajas son dos. Primero, baja el costo de incumplir la ley. Por lo que cualquier solución negociada lo que hace es una sanción menos dura, ya que es negociada. Así, yo sé que incumplo y después voy a negociar una sanción con la agencia administrativa o regulatoria. Este es un tema importante que no se ha de olvidar” (Garoupa 2014:148).

⁸ “Artículo 57.- Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: [...] o) En los casos expresamente previstos por esta Ley y sus reglamentos, imponer a los empleadores las multas que resulten aplicables por el incumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales derivadas de su calidad de agente retenedor de aportes [...], q) Las demás funciones no expresamente previstas, pero que deriven de su calidad de órgano contralor competente” (Congreso de la República 2016).

⁹ “Artículo 56.- Cuando por efecto de los mecanismos a que se hace referencia en el segundo párrafo del artículo 52 o de cualquier otra gestión, la AFP no haya logrado obtener el documento probatorio que sustente el monto adeudado por el empleador, la Superintendencia podrá efectuar inspecciones de las planillas y del registro personal del empleador correspondiente, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 30 de la Ley del SPP” (Congreso de la República 2016).

Quizá lo propicio sería desarrollar procedimientos administrativos y la intervención de un tercero imparcial (sobre ello se analizará más adelante) promoviendo un desarrollo interpretativo porque el impedirlo, o la no rigurosidad multidisciplinaria en los referidos procedimientos, lleva al oscurantismo porque nadie sabe bien cómo aplicar la norma porque ningún operador con frecuencia lo ha hecho.

Finalmente, es importante tomar en cuenta la Teoría de la Integración Vertical que precisa que tres actividades integradas: investigar, pedir sanción y decidir (a estas etapas planteadas, para efectos del presente trabajo le agregaría la solución de reclamos que merece igual o más atención), en la mayoría de veces no lleva a buen resultado porque aunque los costos de coordinación se reducen (punto a favor), aumenta la posibilidad de captura del regulador porque al ser un todo integrado si alguno tiene una falencia difícilmente el otro querrá dar a mostrar la misma. La autocrítica y corrección no se benefician y se producen desventajas de cara no solamente al mercado sino al afiliado o potencial pensionista.

2.1.1 Sostenibilidad financiera del Sistema Privado de Pensiones y su impacto en el estilo regulatorio

El SPP, pese a ser un mecanismo que proporciona seguridad social, no se sustenta en un principio de solidaridad tal y como lo resaltan diversos autores al momento de disertar y debatir sobre la pertinencia de dotar de categoría jurídica de forma de seguridad social al SPP. Dicha condición, aunque ponga en tela de juicio la condición de derecho fundamental que envuelve a la seguridad social (sistema destinado a proporcionar protección en la salud, pensiones, etcétera), no ha impedido que dicho sistema sea implantado en Perú así como en diversos países a nivel mundial, aunque cada uno con sus propias características.

Dado que la seguridad social contribuye al desarrollo y mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía, para ello requiere que otros factores externos se encuentren en sintonía con alcanzar dicho objetivo. Especial mención merece en este apartado la problemática de la informalidad en el sector laboral porque ello impide que los trabajadores que no cuenta con un vínculo laboral vigente tengan obligación de aportar a un sistema de seguridad social, de igual manera los trabajadores independientes.

En julio de 2012 y por iniciativa del Poder Ejecutivo, el Congreso aprobó la Ley N°29903 (Congreso de la Republica 2012) que, entre otros aspectos, obligaba a los trabajadores independientes menores de 40 años a aportar a un sistema de seguridad social. Sin embargo, debido a presiones sociales y políticas se derogó dicha parte de la referida norma y se promulgó otra (Ley N°30237) (Congreso de la República 2014), dejando sin efecto el mandato legal antes indicado.

Es importante evaluar dichas consideraciones ya que, partiendo de la premisa por la cual los afiliados al SPP solamente recibirán todo aquello que acumularon en su cuenta CIC, la cual se encuentra compuesta por los aportes obligatorios y la rentabilidad obtenida (de ser el caso bono de reconocimiento y/o aportes en cobranza), la eficiencia del sistema dependerá de la capacidad de alcanzar rentabilidad porque es lo que otorga satisfacción en la relación de un afiliado con su AFP.

Bajo esta lógica, la trascendencia y el objetivo primario en el SPP y en cualquier sistema de seguridad social es que la pensión a obtenerse sea lo más alta posible; para ser exactos, en el SPP se hablaría en términos de rentabilidad adecuada porque ésta supedita una mejor proyección económica de la pensión.

En consecuencia, dado que en el SPP la obtención de rentabilidad en los aportes de afiliados depende del sistema financiero porque la eficiencia en las inversiones de fondos de pensiones son las que dirimen ello resulta razonable que sean constantemente reguladas y supervisadas en cuanto a límites de inversión y otros aspectos relacionados a la temática bursátil. Por ende, al margen de que en los sistemas de seguridad social se deba respetar los derechos de los pensionistas no puede negarse que la salvaguarda de su derecho será la sostenibilidad financiera.

Considerando que el SNP y SPP son formas de seguridad social en el país, ambos deben planear supuestos que faciliten el goce de los derechos para los afiliados y pensionistas en uno y otro sistema. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional, al referirse al derecho a la pensión, ha emitido diversos pronunciamientos que orientan su configuración como tal. En ese sentido, a manera ejemplificadora se tiene la siguiente definición:

“Son principios no solo la dignidad humana, la igualdad, la progresividad y la solidaridad, sino también la sostenibilidad financiera. Estos principios analizados conjuntamente darán el marco adecuado de la pensión, lo cual trae como consecuencia, retomando el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado, evitar las condiciones de inequidad que pueden existir en los diversos regímenes pensionarios” (Montoya 2008:315).

Empero, no es objeto del presente apartado deslindar o ahondar en el debate sobre si el principio de solidaridad al no ser pilar del SPP lo excluye del análisis y configuración que debe reunir junto a otros principios en el hallazgo de una conceptualización de pensión siempre resguardada en el marco de mandatos de optimización que lo potencien. Debido a ello, aun considerando que el principio de solidaridad es el atributo que sobresale en la distinción entre el SNP y SPP, eso no obsta a que ambos

no conformen la dimensión única de seguridad social dado que se está ante sistemas que gestionan el derecho previsional en el país.

En ese sentido, “[...] cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie” (Montoya 2008:315).

Claro está que en el SPP debe tomarse en cuenta el factor económico, pero antes que asimilarse a un servicio financiero o bancario, en el SPP debe predominar el énfasis de derecho previsional con lo cual no puede abstraerse de su parte indiscutible en el disfrute de un derecho fundamental. En tal sentido, la sostenibilidad financiera -al repercutir especialmente en el derecho de la pensión en el SPP al solamente depender de las aportaciones individuales- se encuentra más expuesta, por lo que el mercado bursátil y las AFP tendrá a su entero cargo y responsabilidad la probabilidad del importe de la pensión y no propiamente el estado como sí ocurriría en el SNP, dado que en dicho caso el estado tiene un esquema de tipo piramidal donde los jóvenes sostienen a los próximos a jubilarse.

Por lo tanto, la regulación en este caso debe ser intensa ya que si se deja al solo entendimiento del mercado podrían perderse de vista los objetivos que son difícilmente reconciliables: por un lado, maximizar ingresos y utilidades de las AFP y por otro, proveer rentabilidad para los futuros pensionistas ya que de todas formas las utilidades y ganancias de las AFP no se ven afectadas cuando la rentabilidad de las CIC de afiliados y/o pensionistas no es necesariamente a su favor.

La regulación que se debe emplear en el SPP no puede ser una cuya característica principal sea la negociación y residualmente el ejercicio coercitivo de la función dado que no se está ante un servicio financiero puro, sino que es un derecho previsional con algunas características compartidas de los servicios financieros (banca y seguros) pero que no puede asimilarse totalmente a éstos. Más aún, si la intervención busca asegurar que en el desenvolvimiento del SPP asegure una adecuada vigilancia de las inversiones que afectan el producto previsional por el que optará un afiliado toda vez que las pérdidas o falta de rentabilidad se traducirán en pensiones más bajas.

En el caso de la rentabilidad mínima¹⁰,

¹⁰ Reglamento del TUO del Sistema Privado de Pensiones. Rentabilidad Mínima. “Artículo 85.- La Superintendencia determinará el cálculo de la rentabilidad mínima de cada fondo como el porcentaje que en términos reales resulte el menor de deducir del retorno obtenido por los indicadores de referencia de rentabilidad aplicables a cada fondo un factor porcentual fijo y un factor porcentual variable. Los referidos indicadores de rentabilidad serán aprobados por la Superintendencia a solicitud de la AFP. Garantías de rentabilidad mínima.

“[...] la norma original estableció que las AFP son responsables de que la rentabilidad real anual del fondo que administren no esté 3 puntos porcentuales o 25% por debajo del promedio de todos los fondos. Es importante notar que este tipo de restricción no fijaba un nivel mínimo absoluto, sino solamente relativo; o sea, no se exigía un nivel mínimo, sino que se fijaba una varianza máxima, condición que es mucho más flexible que la primera. Esta flexibilidad se vio acrecentada aún más a partir de diciembre de 2003, cuando se cambió el método de calcular la rentabilidad mínima y se asignó a la SBS la responsabilidad de establecer -a sugerencia de la AFP- indicadores de referencia de rentabilidad aplicables a cada tipo de fondo” (Rojas 2014).

En resumidas cuentas, la relación Estado y AFP y las distinta problemática que involucran, en el marco del procedimiento de acceso a una pensión, no puede supeditarse a un resultado futuro para recién evidenciar los hallazgos que deben corregirse, sino que se antepone la imperiosa necesidad de efectuar una regulación sistémica que intervenga corrigiendo los fallos que en el SPP suelen ser situaciones que no tienen arraigo en actuaciones anteriores debido a lo reciente del sistema no solamente en el país sino en varios otros donde debido a los cambios económicos sufridos se fue implementando.

2.1.2 Sistema Privado de Pensiones: ¿servicio público?

Actualmente, no existen mayores estudios ni consenso en la doctrina sobre la condición de servicio público que posee el SPP debido, fundamentalmente, a que la base del sistema es la capitalización de cuentas individuales condicionado el disfrute de una pensión al fondo personal alcanzado en los años de aportes previsionales a una AFP, con ello queda planteado que la redistribución y la sostenibilidad de quienes tienen más a favor de los que tienen menos está totalmente excluida al momento de pensionarse.

Sin embargo, dicha disyuntiva no es óbice para analizar el SPP a la luz de lo que Laguna (2016:20) ha denominado la progresiva introducción de los servicios económicos de interés general que satisfacen necesidades esenciales de ciudadanos (energía, transportes, sector postal, etcétera) al mercado interior, y servicios de interés general que incluye a los servicios sociales (sanidad, educación, seguridad social,

Garantía de Rentabilidad Mínima. Artículo 86.- La Superintendencia establecerá las garantías de la rentabilidad mínima correspondiente a cada Fondo, incluyendo entre ellas al Encaje Legal. En caso de que la rentabilidad mínima no sea alcanzada, dichas garantías se utilizarán para compensar al fondo afectado. De no ser suficientes dichas garantías, la AFP deberá aportar recursos propios hasta alcanzar la rentabilidad mínima en el plazo que a este efecto determine la Superintendencia. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones que la Superintendencia establezca” (Congreso de la República 2016).

servicios asistenciales), a los que no les resultarían aplicables las reglas del mercado interior.

En general, los servicios de interés general pueden dividirse en económicos y sociales; sin embargo, el régimen jurídico (calificación del servicio) va a determinar si se encuentra adscrito a una u otra categoría. Mientras que a los servicios económicos se les adjudica como eje la eficiencia económica, en el caso de los sociales se hace hincapié en la solidaridad.

“En algunos casos, se parte del carácter no rentable de la actividad (asistencia social), mientras que –en otros- las consideraciones de interés general se imponen sobre su repercusión económica (sanidad, educación). Esto explica que, por ejemplo, un fondo de pensiones que se articule sobre la base del principio de capitalización se califique como un servicio de carácter económico, mientras que –si descansa sobre la base de criterios distributivos- tendrá una consideración social. El principio de solidaridad predomina en un seguro laboral obligatorio, financiado por una cuota fija que pagan todos los trabajadores, que no toma en cuenta los específicos factores de riesgo de cada uno de ellos (edad, salud, puesto de trabajo), ni comporta una correspondencia entre las cotizaciones abonadas y las prestaciones y cobertura garantizadas” (Laguna 2016:23).

Luego, resulta necesario dejar establecida la dificultad de definir en un ámbito u otro al SPP por cuanto si bien existe el componente de capitalización en cuentas individuales de cada trabajador como regla y de ello depende el fondo previsional a partir del cual cuando se jubilen obtendrán un capital y la rentabilidad obtenida, lo cierto es que no se puede perder de vista que existen garantías estatales al interior del SPP siendo que ello define que, en muchos casos, exista contribución del fondo público para las pensiones de algunos afiliados quienes provienen del SNP y quienes les hubiera correspondido una pensión mayor si se hubiesen quedado en dicho sistema.

En ese sentido, aparecen las pensiones no contributivas, las que significan que no requieren aportes previos a la seguridad social y que se efectivizan mediante prestaciones monetarias a manera de pensiones asistenciales para sostener no solamente a las personas que no accedieron a seguridad social ni cumplieron con los requisitos de cotización sino, además, a las que no alcanzaron una cantidad de recursos suficientes, quedando expuestas a estar por debajo de un mínimo que evita la pobreza o que es insuficiente a lo que podría haberles correspondido.

Así, es dable que aparezcan las pensiones mínimas y las garantías estatales a manera de compromiso que asume el Estado para completar parte de la pensión que no ha sido cubierta con los recursos provenientes de la CIC de un afiliado. Son

pasibles de ser encausadas dentro de garantías estatales las solicitudes de pensionistas de los siguientes regímenes: i) la Ley N°27617, Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N°19990 y modifica el Decreto Ley N°20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones (Congreso de la República 2002), ii) Ley N°27252, Ley que establece el Derecho de Jubilación anticipada para trabajadores al Sistema Privado de Pensiones que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud (Congreso de la República 2000b), y iii) Ley N°28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada (Congreso de la República 2007).

El procedimiento se inicia con la remisión, por parte de la AFP, del listado de solicitudes que se requieren certificar y/o trasladar, la misma que deberá presentarse de manera impresa (la Declaración Jurada respectiva y el anexo correspondiente), así como a través de correo electrónico, proceso que culminará con la emisión de la resolución y/u oficios correspondientes y el archivo del expediente. La autoridad competente de aprobación es el Superintendente Adjunto de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Así vistas las cosas, el SPP tendría una dosis mixta de tipo social conforme lo expuesto precedentemente y otro de índole económico, en la medida que los aportes retenidos a los trabajadores son invertidos en los diferentes tipos de fondos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18-A del TUO SPP (Congreso de la República 2016), las AFP administrarán obligatoriamente cuatro tipos de fondos tratándose de aportes obligatorios: i) Fondo de Pensiones Tipo 0 (Fondo de Protección de Capital) que se encuentra orientado a mantener el valor del patrimonio de los afiliados con crecimiento estable y con muy baja volatilidad; será de carácter obligatorio para la administración de los recursos de todos los afiliados desde el momento que cumplen 65 años y hasta que opten por una pensión de jubilación en el SPP, salvo que el afiliado exprese por escrito su voluntad de asignar su Fondo al Tipo 1 o Tipo 2; ii) Fondo de Pensiones Tipo 1, también Fondo de Preservación de Capital, que busca crecimientos estables del patrimonio de los afiliados con baja volatilidad; iii) Fondo de Pensiones Tipo 2 (Fondo Mixto) que alienta un crecimiento moderado del patrimonio de los afiliados, y iv) Fondo de Pensiones Tipo 3 o Fondo de Apreciación del Capital (Fondo de Crecimiento) orientado a un alto nivel de crecimiento del patrimonio de los afiliados.

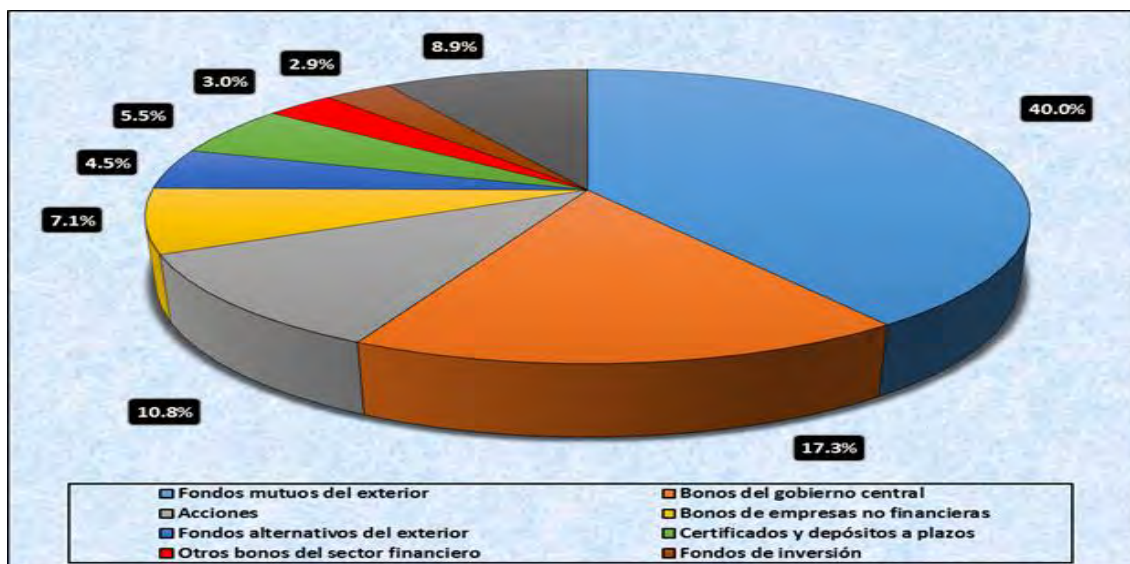


Figura 1. Tipos de fondos, adaptado de SBS, s.f.b, Cartera administrada por tipo de instrumento al 03.05.2019.

Como se aprecia, todos esos fondos se rigen por los diferentes instrumentos de inversión; es decir, el mercado de valores determinará que exista o no rentabilidad y como tal es fluctuante pudiendo registrar ganancia pero también pérdidas. En consecuencia, el ámbito económico es crucial, sin embargo, no es puramente ello porque tal y como se ha expuesto anteriormente, existen en algunos casos aportes del tesoro público para cubrir determinadas pensiones.

“En el Perú, la cobertura contributiva del régimen de pensiones privado, basado en el concepto de capitalización individual y gestionado por las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFPs), apenas arriba a un 15.1% de la Población Económicamente Activa (PEA) en el año 2007. El resultado futuro de este nivel de cobertura será una proporción de personas de la tercera edad, que no contarán con una pensión de vejez o jubilación, siendo indispensable para ellos, continuar activos en el mercado laboral, pese a su avanzada edad” (Picado 2008:11).

En tal sentido, resulta más apropiado hablar de servicio social cuando se hace referencia al SPP ya que emplea fondos públicos pero además existe una participación de los afiliados quienes efectúan aportes obligatorios y la contraprestación que reciben son rentabilidad de dichos aportes, lo que les permitirá, llegado el momento de pensionarse, optar por una pensión o por el retiro de fondos.

Sin perjuicio de lo anterior, y a manera de conclusión sobre la conceptualización de servicio público, conforme señala Lazarte (2003:85), si para acceder a un mercado este es restringido y no es de libre acceso, con lo cual el gobierno debe otorgar en concesión la prestación del servicio, se habría constatado la existencia de un servicio

público. En cambio, si cualquiera que cumpla con la norma legal vigente puede prestarlo al no existir justificación de la concesión no debe ser calificado como servicio público. De allí se arriba a la conclusión que el SPP no es estrictamente un servicio público propio pero posee todas las características como tal, ya que las AFP por autorización ofrecen seguridad social de acuerdo con lo señalado en la Constitución Política que estipula y reconoce el derecho y acceso a prestaciones de seguridad social (ya sea público o privado). Aquí cabe una precisión -que no se opone al mandato constitucional pero si lo perfecciona- agregando que el SPP es una prestación mixta ya que no ofrece pensiones únicamente a partir del principio de individualidad de aportes sino que, en determinados casos, hay contribución del Tesoro Público para trabajadores afiliados al SPP.

2.2 Equiparación de consumidor financiero al afiliado, potencial pensionista o beneficiario: implicancias en la absolución de reclamos al interior del Sistema Privado de Pensiones.

La protección al consumidor es un acápite que en los últimos tiempos acapara la atención dado el fortalecimiento de una de las fuerzas más importantes que dinamiza el mercado pues forma parte intrínseca de una relación de consumo, por lo que podrán cambiar y transformarse el medio para efectuar operaciones debido al impacto de la tecnología, pero siempre existirá detrás un consumidor que adquiere un producto o recibe un servicio que no cumple con las expectativas esperadas, frente a un proveedor que lo brinda bajo las condiciones que considera mejor y respecto de las cuales quien se considere afectado canalizará la insatisfacción que producida.

Ahora bien, el SPP tiene por objeto proveer al desarrollo del sistema de seguridad social y es a través de las AFP y las compañías aseguradoras que otorga prestaciones ante los riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento. Las personas que son los potenciales receptores de dichas prestaciones vendrían a ser los afiliados y, en caso de fallecimiento, los beneficiarios respectivos.

En ese sentido, de acuerdo con el numeral 1.1. del Artículo IV de la Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (Congreso de la República 2010), se define a los consumidores como

“Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto

o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor” (Congreso de la República 2010).

Como resulta claro, la definición de consumidor en la normativa antes mencionada no podría ajustarse del todo a la de un afiliado en el SPP, pues no se encuentra dispuesto en la normativa de reclamos que esta habilite a que algunas personas jurídicas interpongan una acción. Sin embargo, no ofrece mayo resistencia en lo referido a la posición de destinatario final de un servicio no solo para su propio disfrute sino para el de su familia, teniendo en cuenta que el SPP prevé una Pensión de Sobrevivencia. Además, entre los servicios a los que se hace mención en el numeral 4 del mismo acápite del Código se encuentran los de naturaleza financiera y previsional. En tal sentido, en términos taxativos la descripción de consumidor, salvo alguna excepción antes indicada, se ajustaría o mejor dicho podría comprender a un afiliado o beneficiario de ser el caso (Congreso de la República 2010).

Con todo, sin negar la existencia e importancia que ejerce el derecho a la información e idoneidad, el comprar un producto (vehículo, electrodomésticos, calzado, vestimentas, entre otros), adquirir un servicio no financiero (viajes, transporte, etcétera) o financiero (banca, seguros), no necesariamente puede presentar el mismo tipo de rigurosidad y limitaciones para identificar el alcance jurídico sobre las acciones desplegadas y mecanismos de defensa que emplea una persona cuando no solamente concretiza una relación de consumo sino en los actos preparatorios que definen la elección que realizará.

Entonces, corresponde señalar qué tipo de consumidor es el que se afilia a una AFP, además de ponderar los problemas relacionados a la cantidad y calidad de la normativa que involucra el SPP. Bajo esta tesitura, en el marco de lo expuesto en otro acápite, no es lo mismo adquirir un televisor y luego darse cuenta de que no funciona ya que el malestar generado -y compartido en todos los casos de adquisición de productos y servicios mencionados- podrá ser retrotraído en la mayoría de los casos.

En línea con lo mencionado y en relación a servicios financieros (captación y colocación de recursos por parte de una entidad financiera), los procesos resultan más técnicos por la complejidad de los factores que involucra (interés, tasa de costo efectiva anual, penalidad, reporte por falta de pago de deudas contraídas, compensación, etcétera) y hacen que la adquisición de un producto o servicio de esa tipología resulte proclive de error por parte de un potencial consumidor dado los aspectos involucrados.

La aseveración antes sostenida tiene una arista relacionada con la cantidad de proveedores que compiten en el rubro financiero, cada una con su propia oferta de ventajas respecto de otro; pero ello no ocurre con el consumidor de servicios

previsionales en el SPP. Es válidamente admisible un sesgo diferenciado ya que la puesta a disposición de información en el SPP no la convierte en una garantía de idoneidad que facilitará tanto el planteamiento del proveedor como su procesamiento e interiorización en el consumidor.

De igual modo, y bastante objetable es que siguiendo esta lógica de consumidor que aplica a cualquier producto (financiero o no) y que alcanza a los de servicios previsionales, se maneje una definición de consumidor diligente (el denominado razonable).

Al respecto, en el Decreto Legislativo N°1045 se definía como consumidor al que actuaba con “diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias” y en el Código de Consumo, aunque no se ha estipulado ninguna definición con esa precisión lo cierto es que ninguna conducta negligente puede ser protegida, con lo cual aún persiste dicha alusión para determinar si merece o no protección como consumidor una determinada conducta denunciada (Congreso de la República 2010).

En la medida que el mercado previsional presenta características mixtas conformadas por un componente financiero y otro de naturaleza previsional, debería abstraerse y diferenciarse la conceptualización del contratante de los servicios previsionales, dado que conforme se reitera no es en estricto un servicio financiero como sí indiscutiblemente un Derecho de Seguridad Social; como tal, su ámbito de aplicación se circunscribe más allá de la protección del derecho a la información sobre los servicios como obligación del Estado en interés de usuarios y consumidores sino que, además, involucra un bien de relevancia constitucional como es el derecho a la pensión.

En el planteamiento expuesto se aprecia que si bien existe una referencia constitucional al consumidor en el artículo 65° de la Constitución cuando estipula: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población” (MINJUS 2016), lo cierto es que ello aunado a que en el caso del consumidor del mercado previsional, se tiene que hacer una lectura compartida y a la luz de la defensa del derecho a la pensión -de raigambre constitucional- conforme se aprecia en los enunciados planteados en el artículo 10° y 11° de la Carta Magna que aluden al reconocimiento del derecho a la seguridad social y su protección frente a contingencias con la garantía de acceso a prestaciones de pensiones (públicas, privadas o mixtas), refuerza la postura que a lo relacionado en tema previsionales no se puede hacer una valoración únicamente técnica sino con una alta dosis de influencia social.

En tal sentido, habría que marcar distancia entre la inclusión indefectible del consumidor previsional dentro de la de consumidor financiero, no financiero y de otros productos, porque considerando lo que se viene exponiendo, existen matices que hacen necesaria una apreciación peculiar dada las pretensiones que son materia de controversia y entendiendo los distintos intereses sociales y económicos que se articulan en su interior para la consecución de fines individuales y de subsistencia los que han merecido incluso el pronunciamiento de organismos internacionales para su defensa y recaudo.

2.3 Independencia institucional de la SBS al momento de ordenar el procedimiento administrativo de reclamos en el sistema privado de pensiones a la luz de algunos modelos de regulación

A juzgar por los modelos de regulación financiera¹¹, como su nombre lo dice, se encuentran orientados a los servicios financieros (banca y seguros); no obstante, ya que el SPP es adscrito a dicho concepto genérico de servicios y siendo que se le vienen aplicando todas la prerrogativas como tal, se analizarán las particularidades de los referidos modelos en la actividad previsional privada sin dejar de hacer especiales comentarios en su asimilación a un derecho a la seguridad social cuando las particularidades del caso lo ameriten.

Los organismos también conocidos como agencias son variados, en el país está el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y a la SBS como protagonistas.

“Estas agencias realizan universalmente una serie de funciones entre las que destacan:

- Supervisión prudencial individual de los bancos y otras entidades financieras (microestabilidad financiera).
- Estabilidad financiera global e integridad del sistema de pagos (macroestabilidad financiera).
- Supervisión de las reglas de conducta y protección del consumidor de servicios financieros.
- Redes de seguridad. Garantía de depósitos y actuación como prestamistas en última instancia.
- Provisión de liquidez a las entidades.
- Resolución de las crisis en las entidades.
- Integridad de los mercados” (Arranz 2008:154).

¹¹ Los modelos de regulación se dividen en tres grupos: sectorial, funcional (el cual posee una variante conocida como *twin peaks*) y de regulador único. Así pues, la regulación del sistema financiero (incluido el SPP) tiene como punto de partida la delimitación de qué entidades tendrán a cargo la adopción de la normativa pertinente para luego abordar la supervisión de dicho cumplimiento.

Asimismo, los modelos de regulación podrían definirse a mayor detalle del siguiente modo: i) Modelo Institucional, ii) Modelo Funcional, iii) Modelo de Regulador Concentrado, y iv) Modelo *Twin Peaks*. El Modelo Institucional consiste en la agrupación en tres grandes tipos de especialidad, por decir, banca, seguros y servicios de inversión, y para cada uno contar con un regulador específico; sin embargo, genera algunas objeciones debido a que sería una incongruencia que en cada sector independiente y regulado se emplee un estándar distinto además de que es cada vez más complicado encontrar una actividad pura y que no tenga algún tipo de incidencia con otra, pese a que en algunos casos no goce de naturaleza jurídica financiera en estricto, el típico caso del SPP.

En cuanto al Modelo Funcional, una sola entidad tendría varios reguladores siendo la problemática el encontrar una senda que evite que una misma entidad tenga que entenderse con varios reguladores. Por otra parte, el Modelo de Regulador Concentrado que nace en Noruega beneficia a las economías de escala facilitando el intercambio de experiencias y evitando que se oculte información dado que, al no existir reguladores esparcidos difícilmente, podrán deslindar responsabilidad al tener menos posibilidades de ocultar la problemática que le atañe, así también pone más difícil una eventual captura del regulador.

Finalmente, el modelo *Twin Peaks* es una variante del Modelo Funcional que se concentra en dos aspectos fundamentales: por un lado, el ámbito prudencial y por otro, lo referente al consumidor y competencia. Sin embargo, es de indicar que, aunque hay separación de las dos áreas estas se encuentran integradas, y dicho modelo plantea que existen diferencias irreconciliables entre la protección del sistema financiero a nivel prudencial y el consumidor debido a que implican estilos y técnicas distintas. “De forma muy gráfica, Taylor indica que el papel del regulador prudencial es parecido al del doctor, inclinado a buscar la cura del problema cuando aparece, más que a castigar al culpable, y en cambio, el regulador de valores (típico regulador centrado en proteger al consumidor), persigue reprimir cualquier violación de la regulación tan pronto como sea descubierta” (Arranz 2008:159).

Es este último que merece especial atención toda vez que propone que no se pueden concentrar en un solo organismo los aspectos prudenciales y la defensa del consumidor de un servicio financiero, incluso el SPP, aclaración que se hace con la finalidad de evitar reducir y subsumir en la definición de aspectos financieros a dicha forma de seguridad social cuya característica más importante es su calidad de derecho constitucional.

En realidad, considerando la importancia que reviste el SPP y tomando en cuenta el marco dentro del cual se desenvuelve la absolución de reclamos de dicha materia,

debería buscarse un entorno lo más eficiente posible para así resguardar el derecho a la pensión y el acceso a justicia de los afiliados y beneficiarios.

2.3.1 Superintendencia Adjunta de Conducta de Mercado e inclusión financiera (SACMIF): como nuevo órgano a cargo de la solución de reclamos mediante la Plataforma de Atención al Usuario (PAU) que pasó a denominarse Departamento de Servicios al Ciudadano (DSC)

Es de indicar que antes de que se creara SACMIF¹², la Gerencia de Productos y Servicios al Usuario (GPSU) hacía sus veces. Esta entidad era el órgano supervisor del cumplimiento de la normativa sobre Reglamento de Transparencia de Información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del Sistema Financiero, incluida la atención al cliente. Efectivamente, sus actividades se organizaban a través de la PAU y el Departamento de Análisis y Supervisión de Servicios al Usuario (DASS). La PAU absolvía consultas, elaboraba material informativo, recepcionaba y evaluaba las denuncias presentadas por los usuarios, identificando la existencia de infracciones. Asimismo, el DASS realizaba labores de supervisión en materia de atención al usuario y transparencia de información con la finalidad que aquellos tomen decisiones informadas.

Posteriormente, mediante Resolución SBS N° 7452-2013, de fecha 20 de diciembre de 2013, se aprobó el cambio de denominación de la Gerencia de Productos y Servicios al Usuario por SACMIF y se adicionaron a esta área las funciones relacionadas con la supervisión de transparencia e inclusión financiera del SPP (SBS 2013).

Haciendo un breve paréntesis, la PAU nunca tuvo competencia para absolver los procedimientos administrativos trilaterales en servicios bancarios y de seguros (las mismas que siempre han estado a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), así como tampoco en SPP. No obstante, con fecha 11 de octubre de 2016, cuando se emite la Resolución SBS N°5439-2016 (SBS 2016b), y conforme a la parte considerativa de la misma, se centralizó la función de atención hacia los usuarios para fortalecer los servicios ofrecidos a la ciudadanía. En ese sentido, se ordenó que el DSPB trasladase la competencia en primera instancia que poseía hasta ese momento para resolver reclamos contra las entidades participantes del SPP hacia la PAU.

¹² Mediante Resolución SBS N°8518-2014, SACMIF cambia de órgano de apoyo a órgano de asesoría. Por otro lado, se integrará a las funciones de la Plataforma de Atención al Usuario, la función de conducción de las audiencias de conciliación, en el marco de la atención de un reclamo presentado por los usuarios de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Además, para el Departamento de Supervisión de Conducta de Mercado, se precisa que entre sus funciones está la emisión de opinión en el proceso de aprobación de cláusulas generales de contratación, y la supervisión, en el ámbito de su competencia, del adecuado uso de estas (SBS 2014a).

En los numerales 4 y 5 del artículo quinto de la referida Resolución, se señaló:

“4. Superintendencia Adjunta de Conducta de Mercado e Inclusión Financiera.

- La Plataforma de Atención al Usuario incorpora la función referida a atender los reclamos de los usuarios del SPP y de evaluar, monitorear, atender, solucionar y supervisar los procesos de controversias vinculados a todos los participantes del sistema previsional, tanto en las etapas de acumulación como de desacumulación de recursos de los afiliados.

5. Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

- El Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios deja de atender los reclamos de los usuarios del SPP y de evaluar, monitorear, atender, solucionar y supervisar los procesos de controversias vinculados a todos los participantes del sistema previsional, tanto en las etapas de acumulación como de desacumulación de recursos de los afiliados” (SBS 2016b).

En consecuencia, en la actualidad, la SACMIF asume la competencia en primera instancia de las controversias de AFP mediante la PAU (que a la fecha se denomina DSC), y el DSCM supervisa la gestión de la conducta de mercado de las empresas supervisadas en su relación con la transparencia de información y la relación de ello con los usuarios. Asimismo, gestiona reclamos siendo que puede iniciar de oficio procedimiento administrativo sancionador por infracciones incurridas por las empresas que supervisa de acuerdo con el Reglamento de Sanciones de la SBS.

A decir verdad, se aprecia que desde octubre de 2016 la SACMIF vendría concentrando la supervisión prudencial de SPP y solución de reclamos en primera instancia. Dicha observación resultará importante para determinar la importancia que reviste la separación de una y otra función considerando el interés distinto que representan, sin desconocer la interrelación que guarda una con otra.

2.3.2 Superintendencia Adjunta de AFP (SAAFP) y el Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios (DSPB)

La SAAFP es el órgano de línea en la SBS que se encarga de supervisar a las AFP, verificando el desarrollo de procedimientos de acumulación y desacumulación, lo que incluye la rentabilidad de inversiones de los fondos de pensiones; también ejerce acciones de control y supervisión de la Caja de Pensiones Militar Policial. Dicho órgano está conformado por la Intendencia General de Supervisión Previsional que posee las siguientes áreas: Departamento de Supervisión de Instituciones Previsionales (DSIP), Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios (DSPB), y el Departamento de Inversiones de Fondos Privados de Pensiones.

Si bien es cierto que la SAAFP se incorporó a la SBS en el año 2000 es importante precisar que mediante Resolución SBS N°842-2012 (SBS 2012), se aunó a la Superintendencia Adjunta de Seguros; dicho de otro modo, se estableció como autoridad competente de los procedimientos relacionados al sistema asegurador y previsional bajo el nombre de Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y Seguros. Es de aclararse que aproximadamente dos años después, mediante Resolución SBS N°5624 (SBS 2014b), se efectúa una variación en la estructura orgánica antes comentada, creándose la Superintendencia Adjunta de Administradora Privada de Pensiones separando sus funciones de la ex Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y Seguros, creándose aparte la Superintendencia Adjunta de Seguros (SAS).

En lo que se refiere a los reclamos del SPP, ante la interposición de uno contra una entidad participante del SPP, éstos se organizaban de tal modo que la SAAFP tenía a su cargo la evaluación, atención y absolución de la solución de reclamos. Pero, el referido procedimiento se iniciaba en la PAU que, junto con las Oficinas Descentralizadas del Departamento de Servicios Descentralizados (DSD) de la SACMIF, recepcionaban los reclamos interpuestos por los usuarios ante Mesa de Partes de la SBS (unidades de recepción documental ubicadas en la Sede Central, PAU, OD¹³ y Módulos Regionales), luego de lo cual derivaban los expedientes a la SAAFP, es de apreciar que en la PAU se podían celebrar audiencias de mediación¹⁴ (las que tenían por objetivo establecer un canal de dialogo entre usuario y la entidad participante del SPP para alcanzar un acuerdo o solución respecto a la insatisfacción que tenía el usuario y que fue materia de reclamo ante la entidad participantes del SPP) incluyendo, de ser el caso, un acta que contenía el acuerdo que adoptaban la partes si así ocurría ello.

Los jefes de la PAU y de las OD eran responsables de la etapa de mediación; para tal función, solicitaban descargos a las entidades participantes del SPP y esperaban la

¹³ Oficinas Descentralizadas.

¹⁴ Las materias que podían mediar se están establecidas en el Anexo de la Resolución SBS N°3948-2015, conforme se aprecia pueden ser objeto del procedimiento de mediación de reclamos aquellas insatisfacciones derivadas de la relación con las entidades participantes del SPP, siempre que recaigan sobre las siguientes materias:

- a) Negativa, demora o suspensión por parte de la entidad participante del SPP en el otorgamiento y/o pago de pensión y/o gastos de sepelio.
- b) Falta de entrega de información o información incompleta y/o inexacta por parte de la entidad participante del SPP.
- c) Disconformidad con la orientación brindada por la entidad participante del SPP en el marco de la tramitación del otorgamiento de una prestación al interior del SPP.
- d) Falta de atención de reclamos y/o requerimientos por parte de la entidad participante del SPP, en el marco de lo dispuesto por la Circular de Servicio de Atención a los Usuarios.
- e) Pagos de pensión menores al monto que le corresponda percibir al afiliado y/o beneficiario por parte de la entidad participante del SPP.
- f) Otros que determine la Superintendencia (SBS 2015).

celebración de la referida audiencia emitiendo un Acta de Mediación. Asimismo, en caso la PAU o las OD verificaran que el reclamo interpuesto por el ciudadano no calificaba como tal sino como solicitud, recalificaban el expediente y lo trasladaban al DSPB, de la misma manera, si era planteado como una solicitud pero en realidad era un reclamo. Es de enfatizar que antes la autoridad competente en primera instancia administrativa era el Intendente del Departamento de Supervisión de Pensiones y Beneficios (adscrito a la SAAFP).

Ahora bien, una peculiaridad en la SBS es que se distingue dentro del universo de los reclamos de SPP a las reclamaciones vinculadas al procedimiento de nulidad¹⁵ de contrato de afiliación de SPP, siendo que este último no es absuelto en primera instancia por el DSC (adscrito a la SACMIF) ni en segunda por el Superintendente Adjunto de AFP. La diferencia se sustentaría en que al interior de los reclamos del SPP los reclamantes desean satisfacer su interés para que les reconozcan un derecho dentro del SPP, mientras que en las referidas a la nulidad de afiliación ellos buscan desvinculación del SPP.

Por ello, conforme a la Resolución SBS N°5830-2014 (SBS 2014c), el Intendente de Supervisión de Instituciones Previsionales de la SAAFP resuelve en primera instancia las solicitudes y reclamaciones de desafiliación al SPP y el Superintendente Adjunto de AFP resuelve en segunda y última instancia las solicitudes y reclamaciones antes mencionadas.

Finalmente, una observación vigente y que debe tomarse en cuenta en la evaluación de los reclamos del SPP es que aun cuando la competencia en primera instancia la posee el DSC (adscrita a la SACMIF) y la segunda instancia la posee el Superintendente Adjunto de AFP, en cualquiera de los casos ambas resoluciones que se emiten poseen como parte de su flujo de gestión el ser revisadas y aprobadas por la SAAJ.

¹⁵ Respecto de la solicitud de nulidad de afiliación al SPP el artículo 51° del Título V del Compendio de Normas SPP, se consideran causales de nulidad de una afiliación al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones las siguientes:

- a) Haberse comprobado, según el procedimiento establecido, que la firma del trabajador es falsificada;
- b) La afiliación por responsabilidad del empleador, cuando no se haya cumplido con las normas que regulaban esta forma de afiliación;
- c) Comprobarse la inexistencia del afiliado;

Asimismo, la afiliación al SPP podrá ser declarada nula por alguna de las causales de anulabilidad que se señalan a continuación:

- d) Derogado
- e) Derogado
- f) Comprobarse que el afiliado haya sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, como consecuencia de que la fecha de ocurrencia de invalidez determinada por el COMAFP o COMEC, según sea el caso, sea anterior a la fecha de su incorporación al SPP, de conformidad con las normas del Título VII del presente Compendio (SBS s.f.b).

2.4 El procedimiento administrativo de solución de reclamos del Sistema Privado de Pensiones

Para empezar, la Segunda Disposición Complementaria Final del Código de Protección de Defensa del Consumidor (Congreso de la República 2010)¹⁶ (en adelante, el Código de Consumo), establece que la SBS resuelve en forma exclusiva las controversias de los consumidores afiliados a una administradora privada de fondos de pensiones o empresa de seguros en productos o mercados relacionados al Sistema Privado de Pensiones y vinculadas a los temas detallados en los títulos IV, V y VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y normas complementarias en materia de protección al consumidor.

Ahora bien, a propósito de la materia de pasible de ser ventilada en el SPP se tiene que son los beneficios previsionales a los que aspiran acceder afiliados y beneficiarios. Ello se concretiza a través de una pensión de jubilación, sobrevivencia, invalidez y gastos de sepelio. Sin embargo, por una lógica propia de las relaciones entre las partes, surgen desavenencias siendo que por un lado, los afiliados y beneficiarios, consideran que acceden a la percepción de un beneficio y, por otro lado, los proveedores, quienes manifiestan negativa al referido acceso.

En el marco de dichos acontecimientos, los afiliados y beneficiarios interponen reclamos contra dichos proveedores ante la SBS -previa manifestación de disconformidad ante la AFP- y es donde se despliega el procedimiento administrativo con peculiaridades y matices propios de un derecho de acceso a seguridad social.

Los reclamos de pensión de jubilación han ido disminuyendo, cediendo paso a la problemática que acontece en la aplicación del retiro de fondos de pensiones a través de la Ley N°30425 (Congreso de la República 2016), que habilita el retiro de hasta el 95.5% del fondo de pensiones de un afiliado. Ante ello, y debido a las bajas pensiones que ofrece el SPP, los afiliado optan por retirar en una o varias armadas lo que contiene su CIC. Sin embargo, se presentan casos en los cuales los beneficiarios de un afiliado cuando este fallece quieren optar por el referido retiro sin tomar en cuenta que la norma no habilita dicha disposición a una persona distinta del titular de la CIC.

Aunado a lo anterior, debido a que inicialmente no se tenía certeza sobre la reglamentación de lo que se destinaría a ESSALUD para que tanto los afiliados como su familia accedieran a cobertura de salud, una vez retirado hasta el 95.5% del fondo de pensiones de afiliado, entonces se presentan casos en los que se debita el 4.5%

¹⁶ Ley N°29571 y sus modificatorias.

para dicho fin (conforme a la norma expedida) pero los afiliados manifiestan disconformidad con dicha situación.

Por otro lado, se debe recordar que existen personas que antes de ser afiliadas al SPP mantuvieron aportaciones al SNP, entonces, una vez acontecida la jubilación pueden traer sus aportes del SNP mediante un Bono de Reconocimiento (BdR). Es común, que exista desacuerdo con la suma de dinero proveniente del BdR o incluso con la negativa de acceso al mismo. Es pues ello, otra de las motivaciones de los reclamos que se interponen. Hay que tener en consideración que las AFP no emiten BdR por cuanto dicha función le corresponde a la ONP, tal y como lo dispone el Primer Párrafo del artículo 8º del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, Decreto Supremo N°054-97-EF (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF] 1997).

Incluso, el artículo 9º del Decreto Ley N°25897 (Congreso de la República 1992) estipula que la emisión del BdR es una obligación del Estado, a través de la ONP. No obstante, ese mismo artículo deja sentado que la entrega del BdR se da a iniciativa de la parte interesada por lo que en todo caso su tramitación sería de entera responsabilidad del afiliado, sin perjuicio de las acciones que deben tomar las AFP para efectos de salvaguardar los intereses de los afiliados.

En este sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional con la sentencia recaída en el Expediente N°9381-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 2005) que establece que son los afiliados a las AFP quienes deberán solicitar el BdR ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP); por lo tanto, la ONP no puede otorgar de oficio ni tampoco la AFP, y tendrá la obligación de tramitar el Bono de Reconocimiento. Incluso, resulta necesario señalar que el artículo 1º del Decreto Supremo N°180-94-EF (MEF 1994) establece que la ONP es la entidad encargada de determinar las condiciones para el cálculo, emisión, verificación y entrega del BdR, así como de las acciones de control posterior correspondiente, motivo por el cual, la SBS carece de competencia para pronunciarse respecto de los procedimientos y tratamientos vinculados al referido título valor ante la ONP.

Otro aspecto discutible es de qué modo se percibe el BdR en caso el siniestro hubiese contado con cobertura del seguro previsional y el monto de BdR redimido y/o pago complementario a la CIC resulta mayor a la transferencia de AA efectuado. Al respecto, de acuerdo con el numeral 5.1 de la Circular N°AFP 139-2014 (SBS 2014d), se transfiere a la Compañía de Seguros el valor de la redención del BdR y/o pago complementario hasta el monto total del aporte adicional realizado. De existir algún remanente, se otorga como una pensión complementaria, según lo establecido en los numerales 2 y 3 de la referida Circular.

Así pues, también existe la Jubilación Anticipada Ordinaria (JAO) y el Régimen de Jubilación Anticipada (REJA), ambos tipos de jubilación con prácticas y contenidos orientados al acceso o denegatoria del beneficio. Por ejemplo, en el JAO suele ocurrir que los afiliados efectúen Aporte Voluntarios sin Fin Previsional (AVSFP) para luego convertirlos en Aportes Voluntarios con Fin Previsional (AVCFP) con la finalidad de satisfacer el requisito de tener un fondo de pensiones que permita acceder a una pensión igual o mayor al 40% del promedio de remuneraciones¹⁷.

Lo que sucede es que los afiliados consideran que la inadecuada orientación e información proporcionada por la AFP ocasiona que en el trámite de acceso al JAO los AVSFP efectuados para acceder a dicho régimen sufran pérdida de rentabilidad con lo cual existe insatisfacción con el funcionamiento del valor cuota.

La Vigésima Tercera Disposición Final y Transitoria del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias SPP define al valor cuota vigente como el valor cuota para el día, salvo en aquellas operaciones que la Superintendencia lo determine. Así vistas las cosas, el valor cuota puede cambiar diariamente teniendo un impacto directo en los fondos de pensiones toda vez que un alza o baja impacta en el saldo.

En el caso de pensión de sobrevivencia, los casos más típicos corresponden a la acreditación de beneficiarios por cuanto existen plazos luego de los cuales si una concubina no acredita su condición como tal es excluida del cálculo del AA, lo que origina pensiones menores porque existe menor fondo para obtenerlas. Asimismo, si existe bigamia, la Superintendencia carece de atribuciones para evaluar la validez y/o veracidad de los documentos presentados por los beneficiarios, hecho que solo compete a la instancia judicial que, como medida cautelar, podría disponer la suspensión del trámite en función a los hechos que se acrediten en el proceso respectivo¹⁸.

Asimismo, también se resuelven prestaciones para los casos de invalidez. En estos casos, el proceso de evaluación de invalidez está a cargo del Comité Médico de las AFP (COMAFP) –primera instancia- y del Comité Médico de la superintendencia (COMEC) –segunda instancia-, respectivamente. Sin embargo, luego de obtenido un dictamen de invalidez hay afiliados que están disconformes, pero dicha problemática

¹⁷ Con la última modificación vigente existen ahora reglas para el cumplimiento de requisitos de acceso a JAO. Así por ejemplo, para la determinación del promedio de remuneraciones se toma en cuenta remuneraciones efectivamente percibidas y declaradas en los últimos diez años (no se considera gratificaciones de julio y diciembre). Además, si se realiza AVSFP o AVCFP solo se consideran los que tengan permanencia en la CIC mayor a nueve meses y si es menor a dicho tiempo solamente se toman en cuenta si significan hasta el 20% de la cuenta de aportes obligatorios.

¹⁸ De igual modo, se debe indicar que mediante Oficio Múltiple N° 6698-2008-SBS de fecha 18.04.2008, se señaló que la SBS no se encuentra en capacidad de evaluar la validez y/o veracidad de los documentos presentados por los beneficiarios, toda vez que sólo compete a la instancia judicial, quien como medida cautelar puede disponer la suspensión de los pagos, toda vez que deberán ser las autoridades competentes, las que designen la validez de estos.

no puede ventilarse como un reclamo del SPP en la SBS sino únicamente sobre el procedimiento de acceso a una pensión de invalidez, por lo que el dictamen es únicamente el sustento de la condición temporal, permanente, parcial o total de la invalidez con que se califica a una persona.

En el trámite de pensión de invalidez se puede cuestionar la inclusión o exclusión de un beneficiario en el cálculo del AA, el desistimiento de la pretensión de pensión de invalidez, el acceso al retiro de fondos de hasta el 95.5% de la CIC aun cuando se posee condición de invalido, devengados de pensiones, entre otros.

Finalmente y no de manera taxativa y excluyente también se presentan reclamos por transferencia de fondos al exterior (TFE), el no desembolso de gastos de sepelio, cálculo de pensiones, cobranza de aportes, etcétera.

En los procedimientos de solución de reclamos se presentan varias peculiaridades en la forma de actuación de la Administración, en el caso en concreto, la SBS. De manera que en el artículo 3° de las Normas para la solución de reclamos presentados contra las entidades participantes del SPP, aprobadas por la Resolución SBS N°3948-2015 (SBS 2015), vigentes a partir del 01 de octubre de 2015, el procedimiento de solución de reclamos se inicia a solicitud de parte, por lo que el usuario debe reclamar previamente ante la entidad participante del SPP (AFP o compañía aseguradora). En caso de que la entidad participante del SPP no formule respuesta dentro del plazo previsto normativamente o lo haya hecho de manera no satisfactoria para el usuario, este puede presentar su solicitud de solución de reclamos ante esta Superintendencia. El artículo 229° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que un procedimiento administrativo trilateral es un procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la referida Ley. Ciertamente dicho inciso hace referencia a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o función administrativa en virtud de concesión, delegación y autorización del Estado.

De ello resulta necesario admitir que las AFP y las compañías de seguros, si bien son empresas de capital privado, brindan una forma de seguridad social a la población siendo que dichas entidades privadas han tenido que solicitar autorización del Estado para proveer productos previsionales a los afiliados y beneficiarios conforme a los requisitos de establecidos en la Ley General del Sistema Financiero (Congreso de la República 1996).

Por otra parte, el artículo 231° del TUO de la LPAG indica que el procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio y durante el

desarrollo del procedimiento la Administración debe intentar alcanzar una solución conciliada.

“Sin embargo, por lo general estos procedimientos son iniciados por los administrados, quienes acuden a la Administración buscando la solución de una controversia generada por intereses contrapuestos a los de otro administrado (reclamación de primer grado), o solicitando en ocasiones la revisión de un acto emitido previamente por una de las partes -que por lo general es una entidad de la Administración- pretendiendo solucionar la controversia (reclamación de segundo grado)” (Zegarra 2015b).

Apreciado por el enfoque antes expuesto, las reclamaciones de SPP son reclamaciones de segundo grado en la medida que, de acuerdo con la Resolución SBS N°3948-2015 (SBS 2015), el usuario debe reclamar previamente ante la AFP y/o aseguradora. En tal sentido, es la respuesta que recibe la que será materia de recurrencia ante la SBS. En realidad, no importará tampoco si el usuario no recibe la respuesta en el tiempo pactado ya que no es la respuesta en sí el requisito que plantea la SBS para absolver el reclamo, sino que se haya recurrido antes a una de las entidades participantes del SPP.

Bajo la lógica planteada, una reclamación de primer grado en el marco del procedimiento de reclamaciones SPP podría darse cuando la AFP y una compañía de seguros no se pongan de acuerdo respecto a un beneficio que debe recibir un potencial pensionista (en el marco de un procedimiento de acceso a pensión). Un ejemplo de dicha situación sería si en el acceso a una Pensión de Supervivencia existiera contraposición entre la interpretación del artículo 44° del Título VII del Título del Compendio de Normas del SPP tanto de una AFP como de una compañía de seguros con las cuales se contrató un producto previsional (una Renta Temporal con una Renta Vitalicia Diferida) siendo que dicha problemática impediría que se prosiga el trámite del beneficio.

Dicha normativa precisa que

“[...] la documentación requerida a los beneficiarios hijos mayores de dieciocho años (18) años corresponde a la necesaria para obtener una prórroga de la percepción del beneficio a edades superiores a los dieciocho (18) años y no a una condición de acceso al beneficio, siempre que se cumpla con seguir estudios de nivel básico, otros que conduzcan a la certificación del bachillerato internacional o superior de forma ininterrumpida y satisfactoria” (SBS 2015).

Si, por un lado, la AFP considera que el hijo mayor de edad le corresponde pensión y la compañía aseguradora considera lo contrario, se tendría que dicha disyuntiva podría elevarse a un ámbito de resolución de controversias de primer grado. No obstante,

resulta necesario dejar establecido que el tipo de controversias que son materia de pronunciamiento en el presente trabajo son las de segundo grado.

2.4.1. Tribunal de solución de controversias en la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para resolver controversias del sistema nacional de pensiones: ¿diferenciación justificada con los afiliados en el sistema privado de pensiones que no cuentan con uno?

La ONP es la entidad encargada de administrar seguridad social en el SNP (Decreto Legislativo N°19990, Decreto Legislativo N°18846, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales- y otros regímenes previsionales que le encargue la ley), además otorga los Bonos de Reconocimientos de los aportes efectuados por los afiliados al SPP que antes aportaron al SNP.

De acuerdo con el Decreto Supremo N°043-2006-PCM (Presidencia del Consejo de Ministros [PCM] 2006), la ONP posee tres órganos de línea: la Dirección de Servicios Operativos, Dirección de Producción y Dirección de Inversiones. La Dirección de Servicios Operativos se encarga de la orientación y recepción de solicitudes, reclamos y quejas, así como acciones de fiscalización en el pago de derechos pensionarios y Bonos de Reconocimiento. La Dirección de Producción es la que califica y verifica los aportes de los asegurados por lo que cuenta con tres Subdirecciones (Precalificación, Calificaciones y Administración de Aportes).

En la página web se registraban once etapas de procesos para otorgamiento de una pensión,

“[...] las 11 etapas que conforman este proceso constituyen actividades permanentes de la ONP, como lo es el control de calidad, el anexo de documentos o la precalificación de expedientes. Sin embargo, algunas de ellas están tercerizadas. Más allá de lo señalado, es relevante señalar que al usuario interesado por conocer el estado de su expediente se le informa de acuerdo a su ubicación en alguna de las etapas, sin que haya información suficiente respecto a lo que supone cada una de ellas en la tramitación de su expediente” (Defensoría del Pueblo 2008:83)

La ONP tuvo por política tercerizar los servicios resolutivos, pero ello aunque funcionó sin mayores inconvenientes al inicio, fue objeto de críticas en cuanto a la desvinculación de quienes ejercían como operadores legales para la absolución de una temática tan delicada como el acceso a una pensión, ya que se segmentaban las etapas en lugar de emplearse una integración de procesos.

Debido a la situación antes descrita, mediante Decreto Supremo N°085-2001-EF (MEF 2001), y considerándose la preocupación del estado peruano por establecer

condiciones mínimas que permitan un adecuado acceso a la seguridad social, se crea el Tribunal Administrativo Previsional que actuaría en segunda y última instancia administrativa respecto a las reclamaciones y controversias que versen sobre derechos y obligaciones previsionales. Dicha entidad estaría conformada por tres Vocales (designados por la Presidencia del Consejo de Ministros) y dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Luego, mediante Decreto Supremo N° 258-2014-EF (MEF 2014), se modifica el Reglamento de Organización y Funciones de la ONP incorporándose a la estructura orgánica un Órgano Resolutivo (conformado por el Tribunal Administrativo Previsional y la Secretaría Técnica) y un Órgano de Línea (Dirección de Producción, Dirección de Prestaciones y Dirección de Inversiones). Incluso, se indica que la Dirección de Producción tendrá a cargo la resolución en segunda instancia de los recursos administrativos interpuestos contra las resoluciones expedidas en los procesos de calificación de bonos de reconocimiento, bonos complementarios, pensiones complementarias, el proceso de SCTR y de fiscalización de la acreditación efectuada¹⁹.

Por otra parte, a través del Decreto Supremo N°385-2015-EF (MEF 2015) se emite el Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional declarándose su autonomía e independencia en la emisión de resoluciones y pronunciamientos dependiendo administrativamente de la Jefatura de la ONP. Por esta razón, se debe tomar de referencia la creación de un Tribunal en el SNP, dado que ello avizora la desigualdad de oportunidades entre los afiliados a un sistema u otro. Así pues, mientras los afiliados del SPP no cuenta con un órgano especializado en resolver controversias los afiliados al SNP poseen dicha institución. Cabe indicar que la creación de un órgano colegiado o incluso un Tribunal Administrativo Previsional sí puede sumar para que los futuros potenciales afiliados encuentren una vía institucionalizada e independiente en la SBS que absuelva sus reclamos generando confianza al momento de optar por uno u otro sistema.

De todas formas, una tendencia palpable que suma en la consecución del principio de independencia y un marco institucional adecuado para dicho ejercicio en la absolución de las reclamaciones de SPP constituiría no necesariamente un Tribunal, sino la creación de un órgano especializado para evitar riesgos de que se juzguen las causas desde relaciones de poder, intereses del sistema u otros valores extraños a un derecho de acceso a la pensión.

¹⁹ En cumplimiento del artículo 34° del Decreto Supremo N°258-2014-EF (MEF 2014).

2.4.2. La importancia de contar con un órgano especializado en la solución de reclamos en el Sistema Privado de Pensiones en la SBS: evitando la superposición de la función reguladora y de solución de reclamos en un departamento de la SBS

Con relación a las características estructurales que pueden rescatarse de un Tribunal Administrativo, Gordillo (2000) señala que: “Precisamente esa libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar es lo que le permite a un tribunal administrativo, encontrar soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado”. Evaluando lo planteado, un tribunal administrativo podría proporcionar mayores márgenes de discusión e independencia al momento de que se sometan hechos controvertidos a su decisión. Sin embargo, no necesariamente la única opción especializada sería un Tribunal Administrativo dado que un órgano colegiado podría ser otra alternativa.

De lo que se sigue y vale la pena mencionar, es que el sometimiento de la Administración al derecho es innegable dado que la ley se convierte en el principio rector del ordenamiento nacional. Ello autoriza a plantear que conforme se viene siguiendo el procedimiento de reclamos de SPP, la primera y segunda instancia absolvería reclamos recayendo dicha potestad en un área y una persona (el Jefe del DSC y el Superintendente Adjunto de AFP, respectivamente) ante lo cual sería oportuno mencionar que la opinión pública (la que merece especial atención dado que el SPP posee un riesgo reputacional deteriorado) asocia al Tribunal como un órgano de control al interior de la administración pública aunque contrariamente en el ámbito judicial un Tribunal no comparte el nivel de prestigio mencionado. En ese contexto, se asocia a que existirían menos influencias y presiones que en el medio judicializado.

Otro aspecto que suma a las ventajas que podrían significar un aparato institucional es el tipo de comunicaciones que se emiten, las mismas que, aunque poseen rigor jurídico, atenúan la formalización típica de un proceso judicial y permiten buscar soluciones que satisfagan los intereses de las partes involucradas. En vista de que los miembros de un Tribunal poseen mayores márgenes para debatir también tiene mejores chances de otorgar justicia a los planteamientos de los recurrentes sin interferir con las políticas públicas del país (regulatorias y supervisoras). A modo semejante un Tribunal Administrativo, al encontrarse más cerca de la Administración por la propia naturaleza que tiene, puede influir en alcanzar soluciones que conjuguen mejor con los intereses contrapuestos que debe absolver.

Finalmente, antes de esbozar lo que significaría un órgano especializado para las controversias del SPP poniendo de manifiesto una expresión de justicia,

desconcentrando procedimientos al interior de la SBS y dotándolos de imparcialidad, entre otros atributos referidos al debido procedimiento, no se puede dejar de lado que actualmente existen aspectos que quizás impedirían propiciar imparcialidad en los procedimientos trilaterales del SPP toda vez que dentro del flujo de reclamaciones hay áreas que participan en la absolución del mismo pero, al mismo tiempo, determinan el sentido de la normativa en la casuística del SPP -mediante circulares, oficios múltiples- sugiriendo el sentido aplicable de cada norma en diversos casos.

Lo anterior, sin contar que la absolución de los procedimientos trilaterales del SPP en primera instancia (a cargo del DSC) no se analizan con especialidad y exclusividad dado que dicha área tiene competencia además para la atención de solicitudes, denuncias y consultas del mercado bancario y de seguros, chat, call center, haciendo poco posible que exista una valoración del SPP como derecho fundamental siendo el matiz dominante el de servicio financiero.



CAPÍTULO III

LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO ESPECIALIZADO DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS SPP

3.1 Los principios del procedimiento administrativo general y los dispositivos sectoriales de la SBS en las buenas prácticas de la Administración para abordar la solución de reclamos del SPP

La evolución de las fuentes del procedimiento administrativo no han tenido muchas disrupciones en cuanto a su evolución; así pues, el acápite V del Título Preliminar del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (MINJUS 2017) señala que el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Sin embargo, la autonomía no obsta a que dicho apartado deba ser interpretado aisladamente del ordenamiento normativo por cuanto de acuerdo con el apartado VIII de la citada norma, cuando existe deficiencia de fuentes, las autoridades administrativa no pueden dejar de resolver cuestiones propuestas debiendo recurrir a fuentes supletorias del derecho administrativo e incluso a normas de otros ordenamientos (subsidiariamente) siempre que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que conforme al Código de Consumo la resolución de controversias del SPP es competencia exclusiva de la SBS ya sea que los afiliados mantengan un vínculo con las AFP o empresas de seguros y, en cuanto a la materia pasible a la cual recurrir, es la detallada en los Títulos IV, V y VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SBS s.f.c) y normas complementarias en materia de protección al consumidor.

Al respecto, no queda claro si lo referente a temas de idoneidad de los productos y servicios del mercado previsional privado se encuentra a cargo de la SBS o si INDECOPI, en cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo III (Idoneidad de los productos y servicios) del Código de Consumo, mantiene intervención independiente con relación a los problemas que plantea los eventuales reclamos de consumidores cuyo asunto de fondo deba ser determinado a partir de la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que eventualmente termina recibiendo.

Pues bien, aun cuando no se puede afirmar que existe una fragmentación entre los Títulos IV, V y VII del Compendio de Normas SPP respecto del Código de Consumo para determinar quien posee la competencia para avocarse a los casos que puedan surgir en dicha materia, lo cierto es que existe un vacío legal para que la SBS se

encargue de ello toda vez que es imprescindible analizar los elementos que rodean una relación de consumo, no solo a la luz de los procedimientos formales que deben seguir las AFP y las empresas de seguros, sino aquellas expectativas válidas que se generan en lo afiliados, pensionistas y otros legitimados.

En efecto, la fórmula de coordinación de derechos presenta serias dificultades si estos no se encuentran recogidos en un dispositivo debido a que podría generar inseguridad jurídica, además de conjurar una dosis de conflicto en estricto. Incluso, para ello, la SBS debería utilizar los tipos de garantía según se señalan en el Código y hacer una lectura concordada de los dispositivos con la finalidad de no dejar de administrar justicia en el ámbito que le corresponde pues serán las resoluciones que emita las que podrán quedar firmes, como también ser objeto de recurrencia en el ámbito judicial mediante un proceso contencioso administrativo.

A propósito de la normativa vinculante sobre procedimientos y reclamos del SPP conviene traer a colación que la SBS posee normativa interna que se plasma en oficios múltiples y circulares, los que resultan de aplicación en los casos. Las circulares son publicadas en el Diario Oficial El Peruano y como tal, son oponibles y de conocimiento para el público en general; los oficios múltiples no poseen el mismo procedimiento, no obstante, dado que de un modo u otro consignan pautas de atención y resolución, podrían también seguir el mismo flujo de las circulares.

En realidad, la voluntad de los documentos citados podría compendiarse como dispositivos normativos y no ser meras recomendaciones concretas, con lo cual el proyecto de codificación vinculante del SPP estaría acorde con la predictibilidad que tanto los actores sociales como los del sistema privado de pensiones esperan de la Administración.

Todo ello, en una fase ni previa ni posterior a la conformación de un organismo especializado y/o Tribunal al interior de la SBS sino conjunta y consolidada ya que aunque se cuenta con un cuerpo de reglas y principios procedimentales de derecho administrativo y sobre el SPP, la actual fase de desaceleración en el mercado previsional confirmaría un proyecto viable de dicha naturaleza, adoptando una serie de iniciativas que culminarían en un proceso codificador.

3.2 ¿Órgano especializado o Tribunal de Solución de Reclamos en la resolución de reclamos de SPP?: modelo y enfoque

Como bien se sabe, la Administración debe sujetar su actuación al contexto jurídico que impone el Estado de derecho con absoluta legalidad, excluyendo todo lo que podría considerarse como interferencia o atisbo que menoscabe el derecho de los administrados, dado que solamente así puede contribuir con la seguridad jurídica y la

confianza considerando que ante alguna transgresión de derechos existirá una vía idónea para procurar la recurrencia de las decisiones con la garantía suficiente de imparcialidad y mejor derecho.

Ahora bien, antes de plantear la conveniencia o una aproximación de la fórmula que podría inclinar la balanza decisoria entre una posibilidad y otra, vale la pena hacer un recorrido referencial sobre los tipos de modelo que rigen en otros países. Conforme lo señala, Michael Asimow en “Aproximaciones comparadas de la jurisdicción administrativa” (García y López 2017:48), existen cuatro variables claves para estructurar los modelos de procedimientos administrativos (sobre ello, cabe resaltar el termino de jurisdicción empleado por el autor no guarda relación con la idea de contencioso administrativo, sino que se refiere a autoridades administrativas que resuelven conflictos entre particulares sin amenazar ni penetrar las atribuciones propias del Poder Judicial).

En efecto, plantea lo siguiente: “Hay cuatro variables clave; cada una requiere elegir entre dos alternativas. Las primeras dos variables se relacionan con las etapas del acto y el recurso administrativo; las otras dos con la etapa de revisión judicial” (García y López 2017:48). Las variables, según el referido autor, se clasifican así: i) La autoridad encargada de resolver las controversias es una agencia gubernamental con funciones combinadas o un tribunal separado, ii) ¿El procedimiento es adversarial o inquisitivo?, iii) ¿La revisión judicial es abierta o cerrada? y iv) ¿La revisión judicial de la controversia administrativa estará a cargo de un tribunal ordinario o de una corte administrativa especializada?

El numeral i) se refiere a cómo se divide la tramitación del procedimiento que culmina en una decisión para luego, de ser el caso, ser reconsiderado. Bajo esta lógica, o toda la etapa instructiva e incluso hasta la decisoria es vista por una agencia gubernamental o solamente existe una actuación parcial de dicha agencia otorgando a un tribunal atribuciones para avocarse a la reconsideración, pero sin formar parte de la investigación ni la mencionada tramitación del procedimiento.

En cuanto al acápite ii), la categoría de adversarial es típica de las causas penales, las mismas que se caracterizan por ser conducidas por la defensa, mientras que quien toma la decisión final tiene una postura menos activa; en cambio, lo inquisitivo posee como punto de partida un expediente que permite llegar a una conclusión de los hechos en donde los abogados poseen una posición más pasiva frente a la autoridad investigadora cuyo rol es prácticamente del control.

Por otro lado, respecto al apartado iii) es de indicar que la referencia a un sistema abierto permite que se proporcionen nuevas pruebas en la etapa jurisdiccional (además de las presentadas durante el procedimiento administrativo y

reconsideración); por el contrario, en un sistema cerrado, dicha prerrogativa no existe. Finalmente, el aspecto iv) hace hincapié en el grado de especialidad o materia que deberá reunir en el ámbito jurisdiccional el acto administrativo que se ponga a conocimiento.

Con todo, para ir configurando y ordenando la incidencia de los diferentes elementos mencionados es de indicar que

“Cada país tiende a acentuar la importancia principal de alguna de las tres etapas (es decir, acto administrativo o decisión inicial, recurso administrativo o reconsideración o revisión judicial) para alcanzar un resultado justo y preciso. En términos de eficiencia, es necesario que cada país tome esa decisión. Los países no pueden permitirse invertir una cantidad igual de recursos en dos de esas etapas, y menos en la tres. La etapa que cada país elija como la más importante es la que los agentes privados considerarán como la mejor para ganar los casos” (García y López 2017:50).

Michael Asimow delinea los cinco modelos de jurisdicción administrativa así:

Tabla 3.

Cinco modelos de Jurisdicción administrativa

Modelo	Descripción	Países
Primero	Funciones combinadas, revisión adversarial, cerrada, cortes comunes.	Estados Unidos
Segundo	Funciones combinadas, revisión inquisitiva, cerrada, cortes comunes.	Unión Europea
Tercero	Tribunal, revisión adversarial, cerrada, cortes comunes.	Reino Unido, Australia
Cuarto	Funciones combinadas, revisión inquisitiva, abierta, cortes comunes.	China, Argentina, Japón
Quinto	Funciones combinadas, revisión inquisitiva, abierta, cortes especializadas.	Francia, Alemania

Fuente: García y López 2017:52.

El Primer Modelo inicia con una audiencia adversarial presidida por un funcionario público que trabaja en la agencia gubernamental pero no forma parte del procedimiento administrativo, tampoco de la investigación ni de los actos que culminan en una decisión. Luego, la reconsideración se da en un ámbito jerárquico superior al interior de la mencionada agencia gubernamental. En caso, se impugne en la judicatura el acto éste es resuelto por un Tribunal Ordinario no admitiéndose nuevas pruebas. El referido modelo es típico de los Estados Unidos de América.

El segundo modelo es similar al primero, pero con características que lo diferencian: i) el procedimiento es más inquisitivo, ii) no hay separación de funciones (la misma persona investiga y decide) y iii) el funcionario público que interviene tiene una participación activa.

La forma del tercer modelo es semejante al primer modelo, pero la reconsideración está a cargo de un tribunal separado de la agencia que efectuó las acciones

preliminares y procedimentales. En el cuarto modelo, la decisión inicial y reconsideración es como en el segundo modelo, pero aquí la revisión de la judicatura es abierta. Finalmente, el quinto modelo al igual que el segundo, opera las fases de la decisión inicial y reconsideración, pero la revisión judicial no forma parte del sistema judicial general sino de uno que posee exclusividad en materia administrativa.

Tomando en cuenta lo antes expuesto, se tiene que respecto al SPP, la SBS actúa con funciones combinadas: supervisa, regula, investiga y resuelve controversias del SPP. Asimismo, la absolución de las referidas controversias se caracteriza porque la decisión inicial (primera instancia) y reconsideración²⁰ (segunda instancia) opera en el marco de distintas áreas dentro de distintas adjuntas, pero igualmente al interior de la SBS.

Dicho de otro modo, los actos emanados (resoluciones) de primera instancia, no se resuelven en un ámbito separado de la SBS siguiendo el mismo esquema en la segunda instancia cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa (siempre que éstas no sean recurridas en la vía judicial) dado que estas también son resueltas al interior de la SBS pero por una Superintendencia Adjunta distinta a la que emite las resoluciones de primera instancia siendo que, en ambos casos, parte del flujo de etapas que recorre el acto administrativo antes de ser emitido es que la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica coincide en ambos casos como una etapa indispensable antes de que la respectiva resolución sea emitida conforme a la normativa de la materia.

En ese contexto, si se tuviese que calzar el procedimiento de reclamos de SPP dentro de las variables antes esgrimidas, se puede afirmar que la autoridad encargada de resolver las controversias no es un tribunal separado sino una institución de derecho público con autonomía funcional reconocida constitucionalmente, con lo cual se aproxima más a la conceptualización de la referida agencia estatal.

Asimismo, la actividad procedimental recae en la autoridad que se avoca al conocimiento de una causa pendiente por mandato de la ley (principio de legalidad). En tal sentido, entre los principios del procedimiento administrativo registrados en el TUO de la Ley N°27444, se tiene al Impulso de Oficio, Informalismo y Verdad Material, lo que da una idea de las prerrogativas que la Administración Pública despliega. De allí que el procedimiento reuniría las condiciones para ser catalogado como uno de carácter inquisitivo antes que como acusatorio.

En lo referido al estilo de la revisión judicial, se tiene que conforme al artículo 27 de la Ley N°27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Congreso de la

²⁰ La autora cuando menciona el término reconsideración no se refiere únicamente a dicho recurso impugnativo sino que puede ser indistintamente el de apelación.

República 2001), la actividad probatoria en el referido proceso se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial. De lo que resulta que, si no se permite proporcionar nuevas pruebas en la etapa jurisdiccional (o sea, distintas a las actuadas en la instancia administrativa), se está ante un sistema cerrado.

En tanto, en lo referente al agotamiento de la vía administrativa, esta habilita la interposición de una demanda contenciosa administrativa ante el Juzgado Especializado en lo contencioso administrativo que es una subespecialidad del Poder Judicial, no existiendo un aparato judicial especializado en la temática administrativa separado del que opera en la Judicatura, de lo que se sigue que las causas quedan a cargo de un Tribunal Ordinario.

De todos modos, si se tuviera que elegir a qué modelo se acerca más el de resolución de reclamos SPP se tiene que con el primer y segundo modelo se guardaría mayor similitud. En efecto, del primer modelo compartiría los presupuestos en torno a que la apelación se efectúa en un ámbito jerárquico superior al interior de la agencia gubernamental (en el caso en concreto, la SBS), y en el contencioso administrativo no se admite nuevas pruebas (sistema cerrado). En tanto del segundo, que replica las mismas características del primero sobre absolución de controversias y contencioso administrativo, tendría que el procedimiento es inquisitivo.

A continuación se presentan de manera suscitan algunas características propias de otros países en torno a los esquemas que se han venido mostrando. En los Estados Unidos (que se acerca al primer modelo), quienes forman parte de los actos procedimentales iniciales no pueden entrar en contacto con el superior que debe resolver el mismo procedimiento en caso éste se impugne.

Sobre ello, aunque se mencionó en un párrafo precedente que el modelo de absolución de reclamos SPP comparte similitud con el primer modelo, cabe destacar una marcada diferencia dado que conforme se indicó la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica forma parte del flujo que recorre una resolución para emitirse en la primera y segunda instancia al interior de la SBS²¹.

Una aspiración interesante resultaría acercar los procedimientos de reclamos SPP al modo en que se estructura en el Reino Unido (Tercer modelo), en donde la agencia que toma la decisión inicial no forma parte de la reconsideración dado que ello es

²¹ Otro aspecto peculiar en los Estados Unidos de América, y que puede ser considerado como influyente es lo referente a la separación interna de funciones -que no sería otra cosa que evitar que quienes resuelven en una instancia mantenga contacto con los superiores que se avocan a la misma cuando esta es recurrida- es el hecho de que entre las actuaciones iniciales decisorias y la fase investigativa existe una brecha limitativa.

resuelto por un órgano distinto al que toma la mencionada decisión siendo que incluso, tradicionalmente cada agencia reguladora o administradora de prestaciones sociales posee su propio tribunal.

A mayor abundamiento,

“[...] el procedimiento administrativo de decisión inicial en muchas agencias proveedoras de prestaciones sociales (en particular, la seguridad social y las prestaciones para los veteranos de guerra) es inquisitivo en ciertos aspectos. [...] Sin embargo, en estos casos relacionados con prestaciones, la fase de decisión inicial se encuentra separada de la fase de investigación, el OA – funcionario público- no está involucrado en la investigación del caso, lo que no es típico del segundo modelo. La seguridad social y el sistema de prestaciones para los veteranos resuelven más de un millón de casos al año, probablemente más que todas las agencias federales juntas” (García y López 2017:58).

Ahora bien, luego de un recorrido de cómo se vienen estructurando los referidos modelos y habiendo extraído algunas herramientas que podrían construir y aunar en el modelo de sistema que se plantea: separación interna de funciones y recurrencia de resoluciones de reclamos SPP por un superior jerárquico distinto a la Agencia Gubernamental, –denominación planteada por el autor de la obra citada que identifica los diferentes modelos- en el caso este rol recaería en la SBS, que conoció el procedimiento en primera instancia.

Incluso, todo el procedimiento de atención de reclamos podría ser adscrito a un aparato institucional que aunque no esté al interior de la SBS mantenga un nivel de vinculación con el referido organismo a fin de fortalecer las decisiones que se emiten al resolver los reclamos. La intención es sugerir y por qué no, definir a través de qué estructura se podría ir configurando la absolución de los reclamos o incluso si la referida estructura aplicaría a todo el procedimiento (tanto de primera como segunda instancia) o solamente respecto de la instancia que emite actos administrativos que agotan la vía administrativa.

3.2.1. Esquemas comparativos de órganos especializados y tribunales de otros organismos estatales

La proyección adecuada de las actuaciones de la administración en la resolución de reclamos del SPP es una medida que resulta poner en agenda de urgencia. Más aun, en un contexto social de descontento generalizado de la población frente a una de las formas de seguridad social que considerando la tasa de natalidad descendente se termina convirtiendo en un sistema previsional indiscutible pero perfectible en la medida que existe una imposibilidad real del estado para proveer pensiones a todos

con estándares mínimos, exactamente, con un límite básico que asegure la supervivencia y el libre desenvolvimiento una vez llegada la etapa de jubilación de la cual nadie puede escapar.

En efecto, lo expresado en el párrafo precedente queda reducido a una conjunción de palabras conformada por tres elementos: jubilación, edad vulnerable y pocas posibilidades de recolocación en la vida laboral activa del país que aunque dice no asumir la jubilación guillotina (cuando automáticamente cumplida la edad de jubilación el vínculo laboral también culmina) una vez llegado el cumplimiento de la edad legal también termina tu relación laboral con escasas posibilidades de recolocarte en el mercado laboral.

Allí es donde encuentra asidero la postura de una mayoría que ante el panorama adverso descrito opta por emprender un proyecto empresarial para sobrevivir y para eso el retiro del 95.5% de los fondos de pensiones aparece como una respuesta y solución aunque en la realidad dista mucho de ello porque el promedio de éxito de las iniciativas empresariales no es asegurable y supeditar su viabilidad al aseguramiento previsional cae por sí solo.

Ahora bien, para que un sistema administrativo de solución de reclamos intente identificarse con la justicia administrativa en materia previsional debe comparar la organización del diseño institucional en que se encuentra y confrontar posibles arbitrariedades. Las actuaciones administrativas deben garantizar, entre otros, como mínimo el ejercicio autónomo de las funciones y decisiones, afiliados, pensionistas y potenciales pensionistas organizados y representados ante los estamentos respectivos en la toma de decisiones, intervención del Estado y otras entidades del Poder Ejecutivo.

Es importante recordar que no se trata de una solución de reclamos que engloba cuestiones que pueden ser resumidas en tecnicismos legales, sino que engloba decisiones de relevancia social y humana que se vuelven más endebles porque dependen de variables económicas; no obstante, ello no se puede resumir a dicho planteamiento porque la absolución de reclamos si bien para los afiliados tiene como fin obtener una pensión lo más alta posible no es el único aspecto a debatirse sino otras variables de índole legal sin las cuales ni siquiera se podría abordar aquella pretensión.

En tal sentido, es posible apreciar el funcionamiento de la administración y concentrar esfuerzos en las políticas públicas comparadas al interior de las entidades administrativa que tienen a su cargo la solución de reclamos. Reflejo de esto son los procedimientos administrativos que se exponen a continuación:

Tabla 4.

Procedimientos administrativos

	SBS (Portal de Transparencia s.f.a)	ONP (Portal de Transparencia s.f.b)	INDECOPI (Portal de Transparencia s.f.c)	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) (Portal de Transparencia s.f.d)	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) (Portal de Transparencia s.f.e)	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) (Portal de Transparencia s.f.f)	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. (OSITRAN) (Portal de Transparencia s.f.g)
PARTES	AFP, Compañías de Seguros, Seguro de Invalidez y Sobrevivencia y Gastos de Sepelio bajo póliza colectiva (SISCO), Afiliados, Pensionistas y Beneficiarios.	Administrado y Estado.	Consumidor y proveedor.	Usuario y empresa prestadora.	Usuario y empresa distribuidora.	Usuario y empresa prestadora.	Usuario y empresa prestadora.
COMPETENCIA	Sistema Privado de Pensiones	Sistema Nacional de Pensiones (derechos y obligaciones previsionales a cargo del Estado de los Decretos Ley N°18846, N°19990, N°20530 y N°30003 así como otros regímenes previsionales a cargo del Estado que sean administrados por la ONP.	Protección al consumidor, propiedad intelectual, eliminación de barreras burocráticas, concursal, libre competencia, competencia desleal y dumping subsidios.	Servicios de saneamiento.	Servicios de electricidad, hidrocarburos y minería.	Servicios de telecomunicaciones .	Cuestiones vinculadas o derivadas de los servicios brindados por las entidades prestadoras en virtud de la explotación de infraestructura de transporte de uso público. Controversias entre entidades prestadoras sobre materias relacionadas al libre acceso a los servicios, pagos o retribuciones, entre otros. Controversias entre entidades prestadoras y sus usuarios intermedios sobre interpretación o aplicación del mandato o contrato de acceso.
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Procedimiento Administrativo Trilateral.	Procedimiento Administrativo Sancionador.	Procedimiento Administrativo Trilateral y Procedimiento Administrativo Sancionador.	Procedimiento Administrativo Trilateral.	Procedimiento Administrativo Trilateral y Procedimiento Administrativo Sancionador.	Procedimiento Administrativo Trilateral.	Procedimiento Administrativo Trilateral.
NORMATIVA ESPECIFICA	Títulos IV (Información al afiliado y público en general), V (Afiliación y Aportes) y VII (Prestaciones) del Compendio de Normas Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y normas complementarias en materia de protección al consumidor.	Decretos Ley N°18846, N°19990, N°20530 y N°30003.	Ley N°29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor), Decreto Legislativo N°1309 (Decreto Legislativo de simplificación de los procedimientos administrativos en materia de propiedad intelectual), Decreto Legislativo N°1310 (Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa), Decreto Legislativo N°1212 (Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocrática para el fomento de la competitividad), Decreto Legislativo N°1075 (Aprueba las disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual), Decreto Legislativo N°1310 (Aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa), Decreto Legislativo N°1256 (Aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras	Resolución de Consejo Directivo N°066-2006-SUNASS-CD (Aprueba Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento y Documento de Análisis de Impacto Regulatorio) publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 14 de enero de 2007.	Resolución de Consejo Directivo N°067-2008-OS/CD se aprobó el Reglamento de los Órganos Resolutivos del OSINERGMIN a fin de regular la adecuada organización del Tribunal de Apelaciones en Temas de Energía y Minería (TASTEM) y de la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos (STOR).	Resolución de Consejo Directivo N°125-2018-CD/OSIPTEL (Modifican Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas) y Resolución de Consejo Directivo N°048-2017-CD/OSIPTEL (Norma que modifica el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones).	Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias del Organismo Supervisor de Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N°019-2011-CD-OSITRAN y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2011.

			burocráticas), Ley N°27809 (Ley General del Sistema Concursal), Decreto Legislativo N° 1034 (Ley de represión de conductas anticompetitivas), Decreto Legislativo N° 1205 (Modificación de la Ley de represión de conductas anticompetitivas), Decreto Legislativo N° 1396 (Modificación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), Decreto Legislativo N° 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal).				
ATENCIÓN AL USUARIO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UN MISMO ÓRGANO	Sí. El DSC (adscrito a SACMIF) atiende usuarios/consumidores de Banca, Seguros y AFP cuando aquellos interponen denuncias y resuelve controversias trilaterales de AFP en calidad de órgano de Primera Instancia.	No	No	No	No	No	No
ÓRGANO RESOLUTOR Y/O TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	Ninguno	Sí.	Sí.	Sí.	Sí.	Sí.	Sí.
ÁREA LEGAL Y RESOLUTORIA: INTERVENCIÓN EN LA EMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIA	Si	Si.	No	No	No	No	No
COMISIONADOS Y/O VOCALES DELIBERADORES DE CASOS	No	Si	Si	Si	Si	Si	Si
MEDIDAS CORRECTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES	No	Si	Si	Si	Si	Si	Si
CONSEJO DE USUARIOS	No. Existe Asociación de AFP que reúne a las cuatro AFP del mercado previsional, la cual busca generar sinergias entre ellas para mejorar el servicio al afiliado y actúa en representación de estas ante los poderes públicos y otras entidades.	No	No. Existe Asociaciones de Consumidores.	Si. Mediante Resolución de Consejo Directivo N°018-2019-SUNASS-CD (publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 06 de junio de 2019) se aprobó el proyecto de Resolución de Consejo Directivo mediante el cual se aprobaría el Reglamento de Funcionamiento de los consejos de Usuarios de la SUNASS. Asimismo, a la fecha SUNASS cuenta con cinco Consejos de Usuarios (Lima, Norte, Sur, Centro y Oriente).	Si. Según Decreto Supremo N°042-2005 se aprobó el Reglamento de la Ley N°27332 y su modificatoria Ley N°28337, se reglamentó la conformación, funciones, elección y constitución de los Consejos de Usuarios. Asimismo, mediante Resolución N° 152-2015-OS/CD, el Consejo Directivo de OSINERGMIN determinó que este Organismo Regulador contaría con un único Consejo de Usuarios de representación nacional e integrado por cinco miembros.	Si. Mediante Resolución de Consejo Directivo N°059-2015-CD/OSIPTEL (publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de junio de 2015) se modificó el Reglamento de los Consejos de Usuarios del OSIPTEL.	Si. Mediante Resolución de Consejo Directivo N°022-2016-CD-OSITRAN (publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 22 de abril de 2016) se aprobó el Reglamento de Funcionamiento de Consejos de Usuarios de OSITRAN.

Fuente: Portal de Transparencia, s.f.a, s.f.b, s.f.c, s.f.d, s.f.e, s.f.f., s.f.g.

Elaboración: Propia, 2020.

Como se puede apreciar, todas las instituciones que forman parte de la tabla anterior, con excepción de la SBS, cuentan con un órgano especializado para la solución de reclamos. Sin embargo, dicha estructura no incorpora en todos los casos a la primera y segunda instancia pero todas comparten la herramienta de un cuerpo colegiado especializado en la segunda instancia; es decir, la que emite actos administrativos que agotan la vía administrativa, dicho de otro modo, los que son recurribles en el ámbito jurisdiccional.

Una vez aclarado cómo se estructura la absolución de reclamos cabe preguntarse por qué no podría plantearse -a partir de las experiencias mostradas- un esquema similar bajo sus propias características en la SBS. Se debe considerar que si ello ocurre en organismos públicos del Poder Ejecutivo con mayor razón en un organismo constitucionalmente autónomo que, al igual que los anteriores, también recibe aportes por regulación como fondos para su funcionamiento y actuación.

En términos conceptuales esgrimidos sobre lo que implica las administraciones independientes se tiene que

“[...] en concreto, solo el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) y las universidades públicas son las únicas entidades que, en nuestro país, califican como autoridades. Estas administraciones tienen un estatus de autonomía reforzada o independencia, reconocido por la Constitución Política y desarrollado por las normas con rango de ley que garantiza su independencia orgánica y funcional del gobierno, así como que sus órganos de dirección sean neutrales y no estén sometidos directamente al poder político” (Rodríguez 2006:217).

Aunado a lo anterior, de acuerdo con la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, la SBS rige su proceso presupuestario conforme a las Leyes Orgánicas, con ello tendría una condición más favorable -desde un punto de vista económico- para proponer un órgano especializado o tribunal ya que el elemento indispensable para promover una estructura así necesita respaldo financiero porque compromete la utilización de recursos financieros. Al fin de cuentas, la respuesta acerca de qué tipo de órgano es el encargado de dirimir reclamos dependerá no solamente del sistema administrativo al que se adhiera el planteamiento sino que, además, admitiría en forma bastante generalizada los ejemplos que abundan en otras entidades que ejercen la función de solución de reclamos.

La ONP es una entidad que debería ser una posibilidad aleccionadora dado que al igual que la SBS absuelve controversias del SNP entonces ¿por qué la SBS que también absuelve reclamos del SPP no otorgaría las mismas prerrogativas y

mecanismos de defensa que otorga un órgano independiente y que se especializa en dar una respuesta a la problemática de afiliados y pensionistas quienes se encuentran en una posición de desequilibrio de poderes respecto de los actores del mercado previsional (AFP, compañías de seguros, Asociación de AFP, Asociación de Empresas de Seguros [APESEG])?

A propósito de ello, mediante Resolución SBS se creó el SISCO -ente jurídico que agrupa a las Compañías Aseguradoras que al ganar la licitación deben desembolsar el AA cuando las condiciones legales lo ameriten caso por caso- de tal modo que, el desembolso del AA en una solicitud de pensión de sobrevivencia o invalidez puede definir el monto de la pensión. En efecto, existen exclusiones y otras situaciones de las que se puede valer el SISCO para considerar que no desembolsará el AA con lo cual se activaría el reclamo de un afiliado incurso en los procedimientos mencionados.

Se advierte entonces, que antes el reclamo era iniciado por una persona natural contra una persona jurídica, lo que de por sí es a todas luces un desequilibrio natural, pero ahora dicha posición se agrava en la medida que ahora es la misma persona natural pero contra varias personas jurídicas agrupadas a través del SISCO. Como se puede apreciar, el recaudo de un órgano independiente y de ser posible un Tribunal merece una consideración notable.

El modelo por implementar sería uno en donde tanto la primera instancia como la segunda se encuentren adscritas a un Tribunal en donde no solamente se contemple la absolución de reclamos entre afiliados y operadores del mercado previsional, sino que se someta a consideración que entre dichos operadores también existe contraposición respecto de los casos que suponen paralización de los procedimientos iniciados por los afiliados, con lo cual podría contemplarse un cuerpo colegiado para dichos asuntos.

En ese sentido, antes de encausar dicha problemática –entre operadores del mercado previsional- mediante una comunicación a la SBS y ante la imposibilidad de que un pronunciamiento dando respuesta a ello no impide que se inicie un reclamo por parte del afiliado al no estar conforme con lo señalado (con una alta probabilidad de contradicción al interior de la SBS, dado que emitir una apreciación como supervisor prudencial puede colisionar con el rol de solucionador de reclamos), se podría descolocar el resultado de una caso en concreto por lo que sería conveniente implementar un canal específico ante dichos escenarios.

“De los principales principios que debe observar un país para un efectivo diseño regulatorio, consideramos que para el caso peruano uno que falta desarrollar y fortalecer es el de los Tribunales Administrativos y muy vinculado a ello las consecuencias de las revisiones judiciales de ciertas decisiones del

regulador por las implicancias que ello trae en la industria regulada. Lo anterior se sustenta en el hecho de que la experiencia muestra que países con fragilidad institucional, como el caso peruano, enfrenta severos problemas de confianza y de efectivo cumplimiento de sus normas y contratos, como es el hecho que su Poder Judicial no cuente con salas especializadas en la administración de controversias de materia altamente especializadas, que además resuelvan con celeridad las mismas y que sus resoluciones estén libres de cuestionamientos” (Asociación Peruana de Derecho Administrativo. 2010:378-379).

Bajo la línea de lo que argumenta el autor, el reforzamiento de los mecanismos de solución de controversias responde a dar la mayor rigurosidad posible a los procedimientos administrativos en el ámbito de una justicia administrativa que, como se sabe, es recurrible siempre en vía jurisdiccional pero no por ello debería renunciarse a la posibilidad de lograr un aparato institucional en la SBS que difunda su labor, publicite sus resoluciones y que convoque a los miembros del órgano especializado mediante concurso público con una mayor intervención de la sociedad y otros poderes del Estado.

3.2.2. Creación de un Consejo de afiliados al SPP con intervención en la solución de reclamos

La experiencia muestra figuras empleadas en otros organismos estatales que podrían ser promovidas en contextos como el que atañe al mercado previsional. Sobre ello, se tiene a los Consejos de Usuarios como organizaciones que buscan participar en el destino de la actividad previsional privada en Perú. Debe tenerse en cuenta que dicha labor es consultiva y garantiza una efectiva participación de asociaciones de consumidores no solamente a nivel regulatorio sino incluso más importante es su presencia y actuación (con voz pero sin voto) en la absolución de reclamos de SPP.

Antes de ahondar en cómo podría incluirse la participación de dicho Consejo conviene adentrarse en las implicancias jurídicas de dicha figura y cómo su actuación viene siendo abordada por la doctrina. Definitivamente, las falencias en la prestación del servicio previsional pueden ser una razón válida para la propuesta de su creación pero no es la única; el mismo devenir social y las propias dinámicas en la estructura del poder propician la intervención de entes que representan a grupos y/o colectivos para que se puedan producir un acercamiento fáctico en esferas donde la intervención de la Administración podría parecer impenetrable.

Dado que el mecanismo de participación ciudadana propuesto tendría carácter consultivo, una primera etapa estaría enfocada en su participación dentro de las

deliberaciones de los casos que debería existir con la creación del Tribunal Administrativo, buscando incidir en la mejora del enfoque en la absolución de los casos. La segunda fase podrá prever una intervención sobre las políticas y normas que se aprueban en el SPP, recogiendo consultas, propuestas y opiniones de las organizaciones que la respaldarían. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE 2016) en su informe sobre la Política Regulatoria en el Perú, manifiesta que la existencia de Consejo de Usuarios es una alternativa de participación cuya función persuasiva podría contribuir en mejora la calidad y eficiencia de las normas reglamento pero hace especial énfasis a la credibilidad del marco normativo.

Es pues este último punto el que favorece menos a la SBS y al mercado previsional; sin embargo, si se considera que tanto el engranaje regulatorio como los reclamos son las dos caras de una misma moneda pero que deben enfocarse desde distintas perspectivas, resulta indispensable la apertura del procedimiento de reclamos del SPP a otros actores distintos a los tradicionales.

El fenómeno representativo aun no encuentra acuerdo unánime respecto a si la actuación debe ir mas allá de ejercer una manifestación válida; lo que sí es constatable es que en un país como el Perú las diferencias geográficas atañen consecuencias de índole cultural y educativa con lo cual el entendimiento del mercado previsional no puede ser un elemento que deba dejarse al vaivén de la corriente populista, ya que lo haría fácil presa de intereses subrepticios y no necesariamente alineados con el rediseño y mejora del sistema de solución de reclamos SPP.

Bajo esta lógica, en donde existe un Consejo de Afiliados al SPP junto al Tribunal, se tiene otro elemento indispensable que será la deliberación a nivel de absolución de reclamos, dígame actores independientes y sin ninguna vinculación a la SBS para resolver las disputas. Si bien no se podría prescindir en totalidad de la intervención de algún funcionario de la SBS para dicho fin, esta representación debería ser la minoritaria.

Sin lugar a duda, las técnicas y sistemas de control juegan un rol preponderante así pues, los sistemas de control son parte de un proceso dependiendo de los objetivos o metas propuestas. En efecto, deberían establecerse estándares, medir el desempeño de cada miembro del Tribunal (primera y segunda instancia) en base a los estándares de sus pares y propiciar la corrección en el incumplimiento de los modelos que se establezcan.

Otros criterios que permitirían fortalecer la gestión administrativa como soporte de una adecuada absolución de reclamos es la línea de carrera profesional a ser cumplida por

los miembros. La Administración debe adaptarse al entorno, ser innovadora, monitorear procesos y no limitarse solamente a las funciones genéricas.

En ese sentido, los principales sistemas administrativos de la Administración Pública que deben incorporarse y sumar fuerzas para conseguir los logros serían: i) un Sistema Nacional de Racionalización (normas para formulación de un Reglamento de Organización y Funciones (ROF) más real para que se aproxime a un Cuadro de Asignación de Personal (CAP) además de no dejar de lado el Manual de Organización y Funciones (MOF), ii) un Sistema Nacional de Personal (normas necesarias para el reclutamiento, registro, control, desplazamiento y capacitación de los miembros contratados) y iii) el tema presupuestario aunque no está sujeto a aprobación de otro órgano al ser un organismo constitucionalmente autónomo no puede dejar de ser evaluado porque las transformaciones planteadas no dependen exclusivamente de aspectos normativos, sino de metodología y procesos presupuestarios que se incorporen en las mejoras que se planteen.

Finalmente, en cuanto a la modernización de la absolución de reclamos SPP y el rol de los miembros del órgano especializado y/o Tribunal debe partirse de lo siguiente:

- Insertar nuevos sistemas de gestión del despacho de expedientes asumiendo la responsabilidad los miembros (Comisionados) del Tribunal dependiendo de la materia predominante del caso y con el respectivo apoyo de especialistas legales sí así se organizase.
- Incrementar el uso de la tecnología informática y locales para oficinas de los miembros del Tribunal en donde podrían despachar con sus equipos de trabajo los casos que se resolverán y el avance de las resoluciones.
- Fortalecimiento del soporte administrativo para una mayor productividad y eficiencia en el servicio de solución de reclamos.
- Simplificación de procedimientos, aceleración y difusión óptima de la predictibilidad plasmada en las resoluciones y publicadas a través de la página web.

3.3 Las medidas correctivas y reparatoras pertinentes en materia de seguridad social. Importancia de medidas cautelares en el SPP

Es importante considerar que es propio de los procedimientos administrativos trilaterales que la pretensión que el accionante intenta se ejecute a su favor; por otro lado, son medios de solución de reclamos indiscutibles debido a que para alcanzar lo requerido, la Administración tendrá que ordenar una medida correctiva que retrotraiga los efectos del acto lesivo que habría ocurrido en perjuicio de un afiliado o beneficiario. Al respecto, con mayor atención en los procedimientos administrativos que versan sobre seguridad social, conforme ocurre en el SPP, donde el acto que se cuestiona

estaría poniendo en peligro el ejercicio de un derecho reconocido en la Constitución, cuya raigambre incluso atañe dispositivos internacionales que el Perú ha ratificado y que así forman parte de nuestro ordenamiento nacional.

Aunando a lo indicado, conviene especificar que las medidas correctivas son aquellas que tienen por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora que un particular pudiera haber ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. En ese sentido, las medidas tienen por finalidad una corrección y es allí donde se diferencian de las sanciones en tanto no tienen un ejercicio punitivo sobre el administrado y tampoco aseguran una ulterior eficacia de decisión tal y como lo es una medida cautelar.

No obstante lo indicado en los párrafos precedentes, el tratamiento de las medidas correctivas en el SPP ha ido evolucionando en el tiempo hasta que su dictado se convirtió en un atributo tal y como funciona en la actualidad, dado que hasta antes de la promulgación del Código de Consumo no se encontraban previstas como una competencia de la SBS en el marco de los procedimientos administrativos trilaterales de reclamos SPP.

En efecto, antes en los artículos 9°, 10° y 11° de la Resolución SBS N°200-2003 (normativa no vigente) si bien se hacía mención del procedimiento de reclamos SPP al interior de la SBS, no existía mención expresa a la posibilidad del dictado de medidas correctivas. Incluso, en el acápite c) del artículo 4° señalaba entre las funciones de la PAU el traslado de las consultas, denuncias y reclamos que correspondieran al ámbito de su competencia al INDECOPI.

De lo anterior, antes cuando un consumidor quería hacer valer su derecho como tal contra una AFP u otro proveedor del mercado previsional, para retrotraer los efectos que la presunta conducta infractora había ocasionado lo lógico para lograr ello sería el dictado de una medida correctiva y para ello el mecanismo idóneo tendría que haber sido INDECOPI, toda vez que la SBS en aquel momento no contaba con dicha potestad; es decir, si bien podía avocarse al conocimiento del procedimiento administrativo trilateral no podría haber efectuado un mandato con las características propia de una medida correctiva. Ello respecto de los procedimientos de reclamos SPP más no para temas de supervisión y regulación en donde sí tenía dicha potestad habilitada.

El ordenamiento jurídico no establece una regla general que determine el rango de la norma que debe habilitar a una entidad pública a ordenar medidas correctiva por lo que cada ordenamiento sectorial será el que decidirá el modo de forma particular. Así, algunos organismos reguladores tienen dicha facultad por una norma de rango legal y otras por una norma de carácter reglamentario que se aprueba por el Consejo

Directivo en ejercicio de su potestad normativa. De allí que la SBS en su oportunidad pudo haber ordenado el dictado de medidas correctiva mediante una Resolución del Superintendente de Banca, Seguros y AFP. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tomar en cuenta que alguna doctrina considera que la reserva legal es indispensable para el dictado de medidas correctiva ya que, de algún modo, implica una intromisión en el ámbito de actuación de los administrados.

Sin embargo, luego de la emisión del Código de Consumo el dictado de medidas correctivas por parte de la SBS no quedó en duda desde un punto de vista formal. Ello traído a la realidad introduce al escenario en donde vale la pena debatir la importancia de contar con medidas correctivas que el Código antes citado habilita, así como adentrarse en las dificultades que se presentarían en determinados casos, especialmente cuando en el producto final pensionario no participan únicamente entidades bajo la supervisión y regulación de la SBS tales como ONP y otros actores del Estado.

Teniendo en consideración que en el caso del SPP los afiliados y los beneficiarios tienen –antes de la comisión de la infracción- el derecho a percibir un beneficio al interior de dicho régimen, el estado anterior a la comisión de la infracción es aquel en el cual la AFP y otros proveedores del mercado previsional se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las normas del SPP y el resarcimiento de las consecuencias patrimoniales que configura la reposición a la situación anterior a la comisión, significa –en muchos casos- que la AFP asuma el otorgamiento del beneficio con recursos propios, toda vez que producto de la infracción el afiliado o beneficiario vio afectado su derecho.

Bajo esta lógica, las medidas correctivas reparadoras a imponerse podrían variar dependiendo de la situación, caso por caso; por ejemplo, si existiera demora en el trámite de pensión (incumplimiento de los plazos establecidos en las normas de Pensión Mínima, Pensión Complementaria de Pensión Mínima, Jubilación Adelantada 19990, Jubilación Anticipada de Labores de Riesgo, en cuanto a la remisión de información a la SBS o a la ONP) por parte de la AFP u otros, la medida correctiva consistiría en i) remitir la información a la SBS o a la ONP, según corresponda y ii) cumplir con el pago de una pensión provisional desde la fecha que hubiera empezado a percibir la pensión si la AFP hubiera cumplido con los plazos establecidos en la normativa.

Si se tratara de la no observancia de la norma que establece el procedimiento de cálculo y transferencia del AA a la CIC del afiliado, la medida correctiva consistiría en que la AFP pague con sus propios recursos la diferencia entre el número de cuotas

que existen en la CIC del afiliado respecto de aquellas que deberían estar acreditadas si es que el AA se hubiera efectuado conforme las normas del SPP.

Dada las infinitas posibilidades que se pueden presentar en la SBS para materia de pensiones, el objetivo fundamental sería suplir de algún modo la ineficiente asignación de derechos y responsabilidades aun cuando es indiscutible que los mercados son un mecanismo idóneo en la activación de las operaciones económicas previsionales del SPP. Además, debe considerarse que éstas de ningún modo podrán ser interpretadas ni impuestas con una finalidad sancionadora.

Por otro lado, en lo referente a medidas cautelares, estas serían validadas a efectos de no arriesgar la eficacia de una resolución y a fin de preservar una situación porque lo contrario implicaría arriesgar el derecho a la pensión de un afiliado o beneficiario en cualquiera de sus vertientes. La doctrina plantea que las medidas provisionales son justificadas porque podría ocurrir que el transcurso del tiempo de trámite convierte en insubsistente el derecho porque no hay manera de retrotraer los actos de una conducta infractora.

En ese sentido, el artículo 236° del TUO de la Ley N°27444 establece que en el procedimiento trilateral en cualquier etapa de este procedimiento, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares. Ello aunado a lo dispuesto en el Código de Consumo, no deja duda que su adopción no solamente es una prerrogativa de la SBS sino que además es propio del tratamiento de un procedimiento trilateral al interior de la Superintendencia.

CONCLUSIONES

- El aspecto financiero y presupuestal finalmente definió la propuesta de un nuevo modelo de seguridad social (SPP), siendo la gestión administrativa deficiente del SNP la que puso en riesgo los beneficios que se venían brindado al interior de dicho sistema de seguridad social, dando como apreciación global que se convertía en inviable el sostenimiento de dicho régimen de seguridad social. Dicho de otro modo, el nacimiento del SPP fue una respuesta rápida al contexto económico.
- La incorporación de la SAAFP a la SBS intrínsecamente implicó que se incorporaran los mismos parámetros y directrices de regulación empleados en los productos financieros, aun cuando la naturaleza jurídica de la pensión difiere de esa perspectiva. Especialmente el escenario que se gestó cuando la supervisión, regulación y solución de reclamos pasó a ser ejercida dentro de la SBS al impregnarse de influencia económica pese a que tratándose de reclamos de seguridad social lo primordial es un enfoque de derecho
- De lo anterior, se encuentra que no se hace diferenciación entre el tipo de entidad a supervisar, es decir, bancos o AFP, lo cual tiene sentido si se comprende que ambas se supeditan a la volatilidad de los mercados económicos, pero valdría la pena efectuar una distinción en la medida que tal y como se reitera, los bienes jurídicos cautelados son distintos; por un lado, el ahorro público y del otro, el derecho a la pensión.
- Algunos aspectos de las reforma del SPP, aunque fueron intentos de lograr una mayor satisfacción del SPP en los afiliados, no han podido sostenerse en el tiempo como un mecanismo idóneo (especialmente, la licitación). En efecto, se ha logrado la consolidación de posiciones de actores en el mercado previsional en desmedro de la parte débil (afiliados y pensionistas), con lo cual el mecanismo de defensa y de solución de conflictos tendría que ser reestructurado y dotarlo de institucionalidad.
- Los incentivos a incumplir la norma por parte de los actores del mercado previsional son elevados ante cualquier incertidumbre de aplicación de una norma cuando se canaliza al margen del procedimiento administrativo trilateral que posee la SBS, por lo que distorsiona el ámbito de la solución de reclamos.
- El SPP, aunque se articula sobre la base del principio de capitalización y calificaría como un servicio de carácter económico, no puede perder de vista que además

descansa sobre la base de criterios distributivos adquiriendo así una connotación social. Como tal debe ser entendido como un servicio público impropio.

- La inclusión indefectible del consumidor previsional dentro de la de consumidor financiero, no financiero y de otros productos merece una apreciación peculiar dada las pretensiones que son materia de controversia y entendiendo los distintos intereses sociales y económicos que se articulan en su interior para la consecución de fines individuales y de subsistencia, los que han merecido incluso pronunciamientos de organismos internacionales para su defensa y recaudo.
- Los modelos de regulación financiero (Modelo Institucional, Modelo Funcional, Modelo de Regulador Concentrado y Modelo *Twin Peaks*) aunque como premisa no podrían ser aplicados a raja tabla en el SPP por las consideraciones constitucionales y de bienes jurídicos distintos, no son óbice para emplearlos y confrontados al esbozar su alcance en el desenvolvimiento de la supervisión prudencial y solución de reclamos del SPP.
- SACMIF y la SAAFP vendría concentrando la supervisión prudencial de SPP y absolución de reclamos en primera y segunda instancia, respectivamente. Dicha observación resultará clave para determinar la importancia que reviste la separación de una y otra función, considerando el interés distinto que representan, sin desconocer la interrelación que guarda una con otra.
- Una tendencia palpable que suma en la consecución del principio de independencia y un marco institucional adecuado para el ejercicio en la absolución de las reclamaciones de SPP tomando como eje de interés organismos con similares funciones a la SBS (la ONP es el ejemplo más cercano) y también los demás reguladores del mercado (OSIPTEL, SUNASS, OSITRAN, OSINERGMIN) constituiría una propuesta viable. Lo anterior puede lograrse ya sea mediante un órgano especializado o Tribunal para aminorar la posibilidad y el riesgo de que se juzguen las causas desde relaciones de poder, intereses del sistema u otros valores extraños a un derecho de acceso a la pensión.
- La codificación vinculante del SPP recogiendo oficios múltiples y circulares junto con el Título IV, V y VII del Compendio de Normas del SPP, son indispensables para propiciar seguridad jurídica, predictibilidad y transparencia entre los actores del mercado previsional del SPP. Ello, aunado a un organismo especializado y/o Tribunal, permitiría la emisión de precedentes de observancia obligatoria que a la fecha no existen en el SPP.
- Tomando en cuenta los sistemas administrativos comparados (agencias reguladoras y gubernamentales), una aspiración interesante resultaría acercar los

procedimientos de reclamos SPP al modo como se estructuran en el Reino Unido (Tercer modelo) en donde la agencia que toma la decisión inicial no forma parte de la reconsideración dado que ello es resuelto por un órgano distinto al que toma la misma, incluso, tradicionalmente cada agencia reguladora o administradora de prestaciones sociales posee su propio tribunal.

- Del cuadro comparativo de solución de controversias en la Administración se tiene que, con excepción de la SBS, todos cuentan con un órgano especializado para la solución de reclamos. Dicha estructura no incorpora en todos los casos a la primera y segunda instancia pero todas comparten la herramienta de un cuerpo colegiado especializado en la segunda instancia; es decir, la que emite actos administrativos que agotan la vía administrativa, dicho de otro modo, los que son recurribles en el ámbito jurisdiccional.
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su informe sobre la política regulatoria en el Perú, manifiesta que la existencia de un Consejo de Usuarios es una alternativa de participación cuya función persuasiva podría contribuir en mejorar la calidad y eficiencia de las normas y reglamentos, pero hace especial énfasis a la credibilidad del marco normativo. Ello traído al caso del procedimiento de reclamos SPP resultaría una herramienta innovadora y que equipararía los desequilibrios de poder existentes; así por ejemplo, existe una Asociación de AFP y una Asociación de Empresa de Seguros (APESEG) pero ninguna agrupación de afiliados y pensionistas del SPP. Lo anterior, junto con el órgano especializado y/o Tribunal de solución de reclamos, permitiría un reforzamiento en la toma de decisiones sobre los aspectos más controvertidos y problemáticos del marco regulatorio y el diseño del sector previsional privado.
- Teniendo en consideración que en el caso del SPP los afiliados y los beneficiarios tienen -antes de la comisión de la infracción- el derecho a percibir un beneficio al interior de dicho régimen, el estado anterior a la comisión de la infracción es aquel en el cual la AFP y otros proveedores del mercado previsional se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las normas del SPP y el resarcimiento de las consecuencias patrimoniales que configura la reposición a la situación anterior a la comisión, lo que significa -en muchos casos- que la AFP tenga que asumir el otorgamiento del beneficio con recursos propios, toda vez que producto de la infracción el afiliado o beneficiario vio afectado su derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFP Hábitat.

¿Cuáles son las comisiones de las AFP? Consulta: 22 de octubre de 2019.

<https://www.afphabitat.com.pe/todo-sobre-el-sistema/>

AFP Integra.

Comisiones de la AFP. Consulta: 22 de octubre de 2019.

<https://www.integra.com.pe/wps/portal/integra/personas/comisiones-y-cargos>

Alza Barco, Carlos.

2011. “¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad”. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*. Número 10.

Arranz Pumar, Gregorio.

2008. “Modelos de Regulación Financiera. Visión General y Algunas conclusiones para España”. *Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros Europeos*.

Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

2010. *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Tercera Comisión: Régimen de los Servicios Públicos e Infraestructura-Derecho Administrativo Económico-Regulación Económica*. Lima: Palestra Editores.

Baldwin, R., y otros.

1998. *A reader on regulation*. Reino Unido: Oxford University Press.

Bardella, Gianfranco.

1989. *Un siglo en la vida económica del Perú*. Lima: Banco de Crédito del Perú.

Blossiers Mazzini, Juan José.

2016. *Para conocer el Derecho Bancario*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.

Congreso de la República.

1992. *Decreto Ley N°25897*. Crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones -- SPP, conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -- AFP. Lima, 06 de diciembre de 1992. Consulta: 04 de agosto de 2019.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/285119/256914_L25897-1992.pdf20190110-18386-1xv695y.pdf

Congreso de la República.

1996. *Ley N°26702*. Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de

Banca y Seguros. Lima, diciembre de 1996. Consulta: 01 de diciembre de 2019.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/\\$FILE/26702.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/$FILE/26702.pdf)

Congreso de la República.

2000a. *Ley N°27328*. Ley que incorpora bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Lima, 24 de julio del 2000. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284280/256068_L27328-2000.pdf20190110-18386-l1s21c.pdf

Congreso de la República.

2000b. *Ley N°27252*. Ley que establece el Derecho de Jubilación anticipada para trabajadores al Sistema Privado de Pensiones que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud. 07 de enero del 2000. Consulta: 10 de septiembre de 2019.

<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256142-27252>

Congreso de la República.

2001. *Ley N°27584*. Ley Que Regula El Proceso Contencioso Administrativo. 06 de diciembre de 2001. Consulta: 04 de agosto de 2019.

http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_1_69.pdf

Congreso de la República.

2002. *Ley N°27617*. Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N°19990 y modifica el Decreto Ley N°20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones. 01 de enero del 2002. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/255317-27617>

Congreso de la República.

2007. *Ley N°28991*. Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. 26 de marzo de 2007. Consulta: 15 de septiembre de 2019.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/63D51C32576B46CE05257A370070E521/\\$FILE/3.Ley_28991-art.16.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/63D51C32576B46CE05257A370070E521/$FILE/3.Ley_28991-art.16.pdf)

Congreso de la República.

2010. *Ley N°29571*. Código de Protección y Defensa del Consumidor. 01 de septiembre de 2010. Consulta: 18 de septiembre de 2019.

https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/210787/C%C3%B3digo_Consumo_Ley29571.pdf/0528ba9f-61ca-03d9-8bfb-f434357aeb48

Congreso de la República.

2012. *Ley N°29903*. Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. 19 de julio de 2012. Consulta: 15 de septiembre de 2019.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/prensa/boletines/reforma_spp/Ley29903.pdf

Congreso de la República.

2014. *Ley N°30237*. Ley que deroga el aporte obligatorio de los trabajadores independientes. Lima, 17 de septiembre de 2014. Consulta: 15 de septiembre de 2019.

<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30237.pdf>

Congreso de la República.

2016. *Ley N°30425*. Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N°054-97-EF, que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Lima, 21 de abril de 2016. Consulta: 15 de noviembre de 2019.

<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30425.pdf>

Defensoría del Pueblo.

2008. Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP. Informe Defensorial N°135. Consulta: 17 de junio de 2019.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-defensorial-135.pdf>

García, Adriana, y López Ayllón, Sergio. (Coordinadores).

2017. *Perspectivas Comparadas de la Justicia Administrativa*. México: Centro de Investigación y Docencia Económica.

Garoupa, Nuno.

2014. "Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación". *Revista Ius Et Veritas*. Número 48. Consulta: 15 de noviembre de 2019.

https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1644/v3.0/Adjuntos/2370-2016.R.pdf

Gobierno Revolucionario.

1974. *Decreto Ley N°20530*. Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N°19990. Lima, 26 de febrero de 1974. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

<https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-ley/6548-decreto-ley-n-20530/file>

Gordillo, Agustín.

2000. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II: La defensa del usuario y administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Laguna de Paz, José Carlos.

2016. "Los servicios de interés general en la Unión Europea". *Revista Derecho PUCP*. Número 76.

Lazarte Molina, Jorge.

2003. "El concepto de servicio público en el derecho peruano". *Ius Et Veritas*. Número 26.

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

1994. *Decreto Supremo N°180-94-EF*. Dictan disposiciones referidas a la emisión de los Bonos de Reconocimiento. 30 de diciembre de 1994. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentos/Documentos/165.pdf

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

1997. *Decreto Supremo N°054-97-EF*. Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. 14 de mayo de 1997. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

<https://www.mef.gob.pe/es/normatividad/por-temas/pensiones/6814-d-s-n-054-1997-ef-1/file>

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

2001. *Decreto Supremo N°085-2001-EF*. Establecen diversas disposiciones aplicables a los procedimientos administrativos seguidos ante la Oficina de Normalización Previsional - ONP. 03 de mayo de 2001. Consulta: 13 de septiembre de 2019.

<https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/225995-085-2001-ef>

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

2014. *Decreto Supremo N°258-2014-EF*. Modificación del Reglamento de Organización y Funciones - ROF de la Oficina de Normalización Previsional – ONP. 04 de septiembre de 2014. Consulta: 17 de junio de 2019.

<https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-supremo/11803-decreto-supremo-n-258-2014-ef/file>

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

2015. *Decreto Supremo N°385-2015-EF*. Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. 23 de diciembre de 2015. Consulta: 12 de noviembre de 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-del-tribunal-administrativo-previsional-decreto-supremo-n-385-2015-ef-1326707-2/>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

2016. *Constitución Política del Perú*. Décimo primera edición. Lima: MINJUS.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

2017. *Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: MINJUS. Consulta: 06 de agosto de 2019.

http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

Montoya Chávez, Víctorhugo.

2008. "El principio previsional de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional". *Revista Ius Et Veritas*. Número 36.

Morón, Eduardo y Carranza, Eliana.

2003. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): avances, retos y reformas*. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

Ochoa Mendoza, Francisco.

2016. "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera "responsiva" la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". *Revista Derecho PUCP*. Número 76. 2016.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

2016. *Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria. Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria*. Lima: OCDE. Consulta: 29 de marzo de 2019.

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Poli%CC%81tica-Regulatoria-en-el-Peru%CC%81-aspectos-clave.pdf>

Ortiz de Zevallos, Gabriel, y otros.

1999. *La economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Picado Chacón, Gustavo, y otros.

2008. *Viabilidad de las Pensiones No contributivas en el Perú. Proyecciones Demográficas y Financieras*. Lima: Fondo de Población de las Naciones Unidas y Oficina Internacional de Trabajo.

Portal de Transparencia.

s.f.a. "Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS)". Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/enlaces/pte_transparencia_enlaces.aspx?id_entidad=147&id_tema=1&ver=D#.XrMmBp5KjIV

Portal de Transparencia.

s.f.b. “Oficina de Normalización Previsional (ONP)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/enlaces/pte_transparencia_enlaces.aspx?id_entidad=82&id_tema=5#.XrMI3J5KjIW

Portal de Transparencia.

s.f.c. “Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/enlaces/pte_transparencia_enlaces.aspx?id_entidad=10006&id_tema=1&ver=D#.XrMIQ55KjIU

Portal de Transparencia.

s.f.d. “Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/enlaces/pte_transparencia_enlaces.aspx?id_entidad=8&id_tema=1&ver=D#.XrMm6J5KjIV

Portal de Transparencia.

s.f.e. “Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/tupas/pte_clasificador_entidad.aspx?id_tema=5&ver=D&id_entidad=5#.XrMnFp5KjIU

Portal de Transparencia.

s.f.f. “Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

<http://www.osiptel.gob.pe/transparencia.html>

Portal de Transparencia.

s.f.g. “Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)”. Consulta: 23 de enero de 2019.

http://www.transparencia.gob.pe/enlaces/pte_transparencia_enlaces.aspx?id_entidad=10024&id_tema=1&ver=D#.XrMnsJ5KjIU

Presidencia del Consejo de Ministros (PCM).

2006. *Decreto Supremo N°043-2006-PCM*. Aprueban Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones - ROF por parte de las entidades de la Administración Pública. 21 de julio de 2006. Consulta: 09 de agosto de 2019.

https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ds043.pdf

Presidencia de la República.

1991. *Decreto Legislativo N°724*. Créase el Sistema Privado de Pensiones complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del IPSS. 08 de noviembre de 1991. Consulta: 04 de agosto de 2019.

<https://www.deperu.com/legislacion/derogada-decreto-legislativo-n-724.html>

Presidencia de la República.

1992a. *Decreto Ley N°25987*. Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 21 de diciembre de 1992. Consulta: 04 de agosto de 2019.

<https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25987-dec-21-1992.pdf>

Presidencia de la República.

1992b. *Decreto Legislativo N°25967*. Se crea la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Lima, 07 de diciembre de 1992. Consulta: 15 de noviembre de 2019.

https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentos/Documentos/498.pdf

Prima AFP.

Comisiones. Consulta: 22 de octubre de 2019.

<https://www.prima.com.pe/wcm/portal/PrimaAFP/para-personas/aportes-y-fondo/aportando-prima-afp/comisiones/>

Redacción EC.

2018. "AFP Integra ganó cuarta licitación del Sistema Privado de Pensiones". *El Comercio*. 13 de diciembre de 2018. Consulta: 06 de agosto de 2019.

<https://elcomercio.pe/economia/peru/afp-integra-gano-cuarta-licitacion-sistema-privado-pensiones-nndc-noticia-587325-noticia/>

Rodríguez Manrique, Carlos.

2006. "Organismos Públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes". *Revista de Derecho Administrativo*. Número 2.

Rojas Jorge.

2014. *El Sistema Privado de Pensiones en el Perú*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

s.f.a. *Hacemos más fuertes los sistemas supervisados. Memoria Anual 2017*.

Lima: SBS. Consulta: 22 de diciembre de 2019.

http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/PUB_MEMORIAS/Memoria_2017_new_2018.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

s.f.b. Compendio Estadístico del SPP. *sbs.gob.pe*. Consulta: 01 de diciembre de 2019.

<http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=37#>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

s.f.c. Compendio de Normas Reglamentarias del SPP. *sbs.gob.pe*. Consulta: 01 de diciembre de 2019.

<https://www.sbs.gob.pe/regulacion/compendio-de-normas-reglamentarias-del-spp>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

1998. Resolución N°232-98-EF/SAFP. Consulta: 01 de noviembre de 2018.

https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/LEYES_SPP_COMPENDIO/Titulo_VII_SP_P_10-10-2018.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2005. Resolución SBS N°816-2005. Lima, 03 de junio de 2005. Consulta: 30 de septiembre de 2019.

https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/pf_normatividad/20160719_Res-816-2005.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2012. *Resolución SBS N°842-2012*. Modifican la Autoridad Competente para resolver de los procedimientos administrativos relacionados con los sistemas asegurador y previsional bajo el ámbito de la Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y Seguros. 30 de enero de 2012. Consulta: 01 de agosto de 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/modifican-la-autoridad-competente-para-resolver-de-los-proc-resolucion-n-842-2012-747052-1/>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2013. Resolución SBS N°7452-2013. 20 de diciembre de 2013.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2014a. *Resolución SBS N°8518-2014*. Aprueban estructura orgánica de la SBS y precisan disposiciones en tanto se aprueba la nueva versión del Reglamento de Organización y Funciones. 25 de diciembre de 2014. Consulta: 21 de noviembre de 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-estructura-organica-de-la-sbs-y-precisan-disposicio-res-n-8518-2014-1181846-1>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2014b. Resolución SBS N°5624. 25 de agosto de 2014.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2014c. Resolución SBS N°5830. 05 de septiembre de 2014.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2014d. *Circular AFP N°139-2014*. Tratamiento de recursos acreditados en la cuenta individual de capitalización con posterioridad al inicio de pago de pensiones definitivas en el SPP. 15 de agosto de 2014. Consulta: 06 de agosto de 2019.

https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/344/v1.0/Adjuntos/afp-139-2014.c.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2015. *Resolución SBS N°3948-2015*. 09 de julio de 2015. Consulta: 09 de diciembre de 2019.

https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1560/v2.0/Adjuntos/3948-2015.r.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2016a. *Resolución N°2370-2016-SBS*. 26 de abril de 2016. Consulta: 22 de diciembre de 2019.

https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1644/v3.0/Adjuntos/2370-2016.R.pdf

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

2016b. *Resolución SBS N°5439-2016*. 11 de octubre de 2016. 01 de noviembre de 2018.

<https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/reglorganizyfunc/Res-5439-2016.pdf>

Tribunal Constitucional.

2004. *STC 0050-2004-AI*.

Tribunal Constitucional.

2005. *Expediente N°9381-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional.

2006. *Expediente N°10063-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional.

2008. *Expediente N°579-2008-PA/TC*.

Tribunal Constitucional.

2012. *Expediente N°0013-2012-PI/TC*.

Zegarra Valdivia, Diego.

2015a. "La Regulación como técnica de intervención administrativa". *Revista Derecho & Sociedad*. Número 23.

Zegarra Valdivia, Diego.

2015b. *Procedimiento Administrativo Trilateral*. Lima: Escuela de Indecopi.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ADICIONALES

Abruña, Antonio.

2007. "¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?". *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo "Derecho Administrativo Contemporáneo"*. Buenos Aires: Palestra Editores.

Bernal, Noelia y Otros.

2008. *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones: Diagnóstico y Propuestas*. Lima: Editorial Norma.

Caputi, María Claudia.

2007. "Legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios". Cassagne, Juan Carlos. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

Cassagne, Juan Carlos.

2006. "La Justicia Administrativa en Iberoamérica". *Revista de Derecho Administrativo*. Número 1.

Danós Ordoñez, Jorge.

2006. "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas". *Revista de Derecho Administrativo*. Número 1.

Falconí Picardo, Marco.

2013. *Derechos de los usuarios del Sistema Financiero*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República.

García Granara, Fernando.

2006. "La sostenibilidad financiera en los Regímenes de Pensiones". *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional. Libro de Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Garza, Eduardo.

1941. *De la necesidad de crear tribunales administrativos en México*. México: Escuela Libre de Derecho.

Gordillo, Agustín.

1981. "Tribunales Administrativos". *Revista del Colegio de Abogados de La Palta*. Número 41, 1981.

Melgar Córdova, Eduardo.

2006. "Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador". *Revista de Derecho Administrativo*. Número 1.

Muñoz Machado, Santiago.

2015. *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Cuarta Edición. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.

Pasco Cosmópolis, Mario.

1998. “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?”. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Organización Iberoamericana de Seguridad Social. *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Rocca Carbajal, Lilian.

1994. “Marco Jurídico del SPP y funciones de la Superintendencia de AFP en el Perú”. Centro de Asesoría Laboral (CEDAL). *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas*. Lima: CEDAL.

Stucchi López Raygada, Pierino, e Iparraguirre Romero, Gianfranco.

2006. “Explicando el ejercicio de poder público desde las categorías Proceso y Procedimiento”. *Revista de Derecho Administrativo*. Número 1.

Tassano Velaochaga, Hebert.

2008. “Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos”. *Revista de Derecho Administrativo*. Número 4.

Tassano Velaochaga, Hebert.

2007. “Los Tribunales Administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos”. *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo “Derecho Administrativo Contemporáneo”*. Buenos Aires: Palestra Editores.

Vélez García, Jorge.

1996. *Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*. Santa Fe de Bogotá: Instituto Universitario Sergio Arboleda.

Zegarra Valdivia, Diego.

2010. “Apuntes en torno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios públicos y la actividad de la Administración reguladora”. *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo “Modernizando el Estado para un país mejor”*. Buenos Aires: Palestra Editores.