

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

“Retiros de fondos previsionales: ¿originados por pandemia?”

Trabajo académico para optar por el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autor:

Leslie Roxana Peralta Casas

Asesor:

Flor de María Lizzett Ynga Morales

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, YNGA MORALES, FLOR DE MARIA LIZZETT, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Retiros de fondos previsionales: ¿originados por pandemia?": Las dificultades para el adecuado tratamiento de información médica de trabajadores" del autor(a) PERALTA CASAS, LESLIE ROXANA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 13/07/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 20 de febrero del 2024

YNGA MORALES, FLOR DE MARIA LIZZETT	
DNI: 43032956	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7457-2659	

Resumen

Mediante sentencia emitida bajo Expediente N° 00020-2021-PI/TC, el Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Sur contra la Ley N° 31192, Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos.

Así, el TC estableció que dicha Ley no es inconstitucional, tomando en cuenta el contexto de excepcionalidad originado por la pandemia, lo que trajo también consigo una carencia de empleo a nivel nacional.

No obstante, durante la crisis sanitaria se han aprobado seis retiros de fondos de pensiones en el Sistema Privado -algunos de ellos han sido de acceso para todos los afiliados, sin considerar si se encuentran laborando- incluso, actualmente existen propuestas legislativas que proponen un séptimo retiro.

En ese sentido, se plantea como problema principal si los retiros fueron originados a causa de la pandemia y, en base a ello, poder analizar el papel del Estado peruano ante dichos retiros, la relevancia de contar con un seguro de desempleo que sea de acceso para todos con el fin de poder afrontar los escenarios impredecibles, y que no se vea perjudicado el derecho fundamental a la pensión.

Siendo ello así, se concluirá que los retiros se encuentran permitidos desde antes de pandemia y bajo supuestos no relacionados con derechos previsionales, lo cual se encuentra ligado con la falta de cultura previsional y el papel del Estado respecto a su fomentación, así como normativa y propuestas legislativas.

Palabras clave: Seguridad Social · Retiro de ahorros previsionales · Sistema Privado

Abstract

Through Sentence under file N° 00020-2021-PI/TC, the Constitutional Court (CC) declared unfounded the unconstitutionality claim filed by the Law School of Lima Sur against Law N° 31192, Law that empowers members of the Private Pension Fund Administration System the withdrawal of their funds.

The Constitutional Court established that Law is not unconstitutional, taking into account the context of exceptionality caused by the pandemic, which also brought with it a lack of employment at the national level.

However, during the health crisis, six pension fund withdrawals have been approved in the Private System -some of them have been accessible to all affiliates, regardless of whether they are working- there are currently legislative proposals that propose a seventh withdrawal.

In this sense, the main problem is whether the withdrawals were caused by the pandemic and, based on this, to be able to analyze the role of the Peruvian State in the face of said withdrawals, the relevance of having unemployment insurance that is accessible for all in order to be able to face unpredictable scenarios, and that the fundamental right to a pension is not affected.

It will be concluded that withdrawals have been allowed since before the pandemic and under assumptions not related to social security rights, which is linked to the lack of social security culture and the role of the State regarding its promotion, as well as regulations and legislative proposals.

Keywords: Social Security · Withdrawal of pensions funds · Private System

Índice

Introducción	1
Contexto de excepcionalidad para permitir el retiro de ahorros previsionales: Análisis de Sentencia emitida en Expediente N° 00020-2021-PI/TC	3
1.1. ¿Fue el contexto de excepcionalidad el que generó el retiro de fondos previsionales?.....	3
1.2. ¿El Estado fomenta el retiro de los ahorros de fondos de pensiones?	10
El retiro de ahorros previsionales como solución	13
2.1. ¿El retiro de los fondos previsionales era la única posibilidad de solución? ..	13
2.2. ¿Hay una falta de cultura previsional?	17
Propuesta: Seguro de desempleo	19
3.1. Modalidades de protección frente al desempleo.....	20
3.2. Propuesta para Perú	23
Conclusiones	25
Bibliografía	28

Introducción

La sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2021-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional (TC), tiene como finalidad tratar la constitucionalidad de la Ley N° 31192, Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos, publicada el 07 de mayo de 2021, ya que esta permitía que todas¹ las personas que aportaban al Sistema Privado de Pensiones (SPP) pudieran -de forma extraordinaria y para coadyuvar a reforzar la economía familiar que fue afectada por el COVID-19- retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) del total de sus ahorros previsionales acumulados, es decir, por el monto máximo de S/ 17,600².

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estableció que la Ley en mención no es inconstitucional, haciendo referencia -entre sus argumentos- al contexto de excepcionalidad que vivió el Perú durante la emergencia, porque -según el mismo TC- la pandemia no solo desató una crisis sanitaria por el déficit de camas que se presentó en los centros de salud, así como la falta de personal médico; también tuvo devastador impacto en el empleo.

Bajo dicho contexto, para el TC, dicha situación de excepcionalidad justifica - como lo señala en la Sentencia- que las autoridades tomen medidas que, en lo particular, no considero sean céleres, oportunas o idóneas que alivien la situación económica de las personas, lo cual desarrollaré en el presente trabajo.

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional establece que la naturaleza jurídica del Sistema Privado de Pensiones no corresponde a la Seguridad Social, por lo que no se estaría vulnerando la intangibilidad de los fondos; sin embargo, como el mismo TC ha señalado en pronunciamientos anteriores, una de las características esenciales de los fondos pensionarios es su intangibilidad,

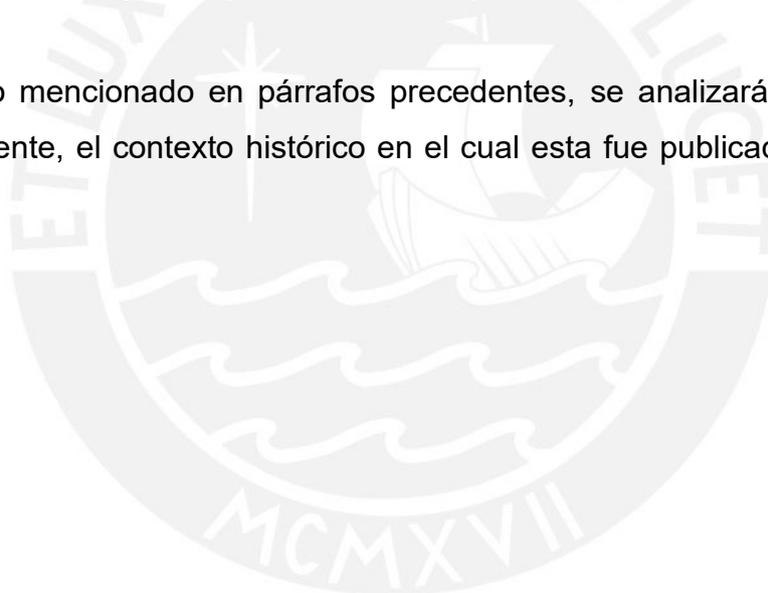
¹ No resultaba aplicable para aquellos que calificaban para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.

² Según Decreto Supremo N° 0392-2020-EF, se aprueba el valor de la UIT durante el año 2021 por S/4,400.

considerando que su finalidad es que sean empleados para enfrentar una contingencia cubierta por el sistema previsional.

En virtud a ello, el presente trabajo busca analizar si el contexto de excepcionalidad justificaba que se emitan las diferentes normativas para poder efectuar el retiro de fondos, o si existían otras opciones menos gravosas, abarcando en paralelo el contexto histórico que permitió nazcan leyes que les permitan a los afiliados al SPP poder disponer de sus fondos para otros fines, puesto que los retiros de ahorros previsionales en el Sistema Privado de Pensiones no resulta ser una novedad, al existir normativa que, incluso, sigue vigente; lo cual nos podría llevar a analizar si es el contexto el argumento que justifica que se dispongan de estos ahorros, también analizando datos estadísticos que reflejarían que este no es el problema principal.

Para todo lo mencionado en párrafos precedentes, se analizará la normativa peruana vigente, el contexto histórico en el cual esta fue publicada, y derecho comparado.



**Contexto de excepcionalidad para permitir el retiro de ahorros
previsionales: Análisis de Sentencia emitida en Expediente N° 00020-
2021-PI/TC**

La Sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2021-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional (TC), abarca un tema que es relevante; sin embargo, tanto la población como el Estado peruano no le brindan la importancia que se merece: El retiro de los ahorros de fondos de pensiones para fines no previsionales.

En adición a ello, el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia mencionada en el párrafo precedente trata fundamentos que son discutibles, como el contexto impredecible causado por la pandemia, lo cual justificaría -según el TC- que las autoridades emitan normativa que faculten poder disponer de los fondos en mención.

No obstante, ¿el contexto impredecible que trajo consigo la emergencia sanitaria era argumento suficiente para permitir la disponibilidad de fondos previsionales? Teniendo en cuenta que existen desde años atrás leyes que permiten disponer de estos ahorros, lo cual, ¿estaría en contra del fomento de una cultura previsional?

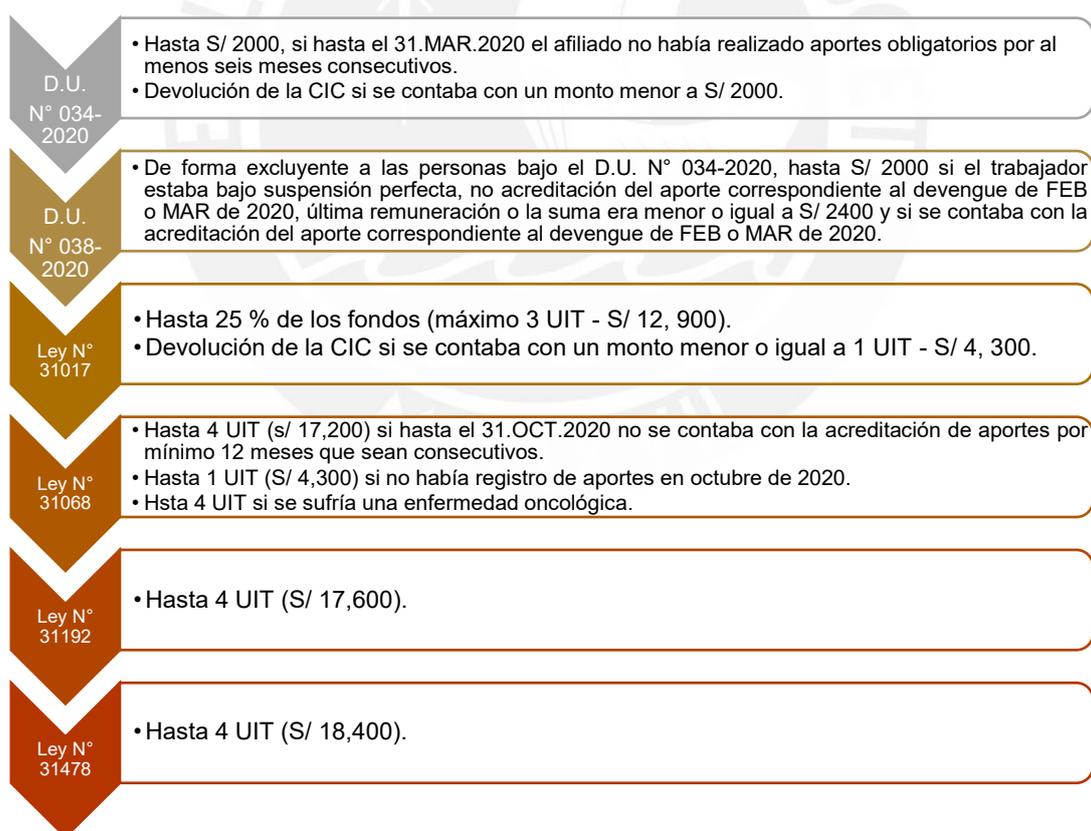
1.1. ¿Fue el contexto de excepcionalidad el que generó el retiro de fondos previsionales?

Como se había tratado en párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia mencionada que la situación de excepcionalidad que se generó por la propagación del COVID-19 justifica que las autoridades tomen medidas céleres que coadyuven a fortalecer la situación económica de las personas, tomando en cuenta la defensa de sus derechos y libertades económicas, bajo el marco establecido por la Constitución, así como la normativa correspondiente.

En adición a ello, el TC señala que el Plan Económico del Perú frente al COVID-19, específicamente en la primera etapa de contención, el cual inició en el año 2020, contenía a la “*Exoneración de retención y retiro extraordinario de AFP*” como un soporte económico para los hogares, por lo que el Tribunal Constitucional aprecia un contexto de excepcionalidad que antecedió a la expedición de la Ley N° 31192, Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos, que se encuentra -según el Tribunal- acorde a lo ya dispuesto tanto por el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo desde el año 2020.

Bajo dicho contexto, se emitieron por la situación excepcional, las siguientes normas durante la emergencia sanitaria:

Gráfico N° 1 – Normas que permitieron los retiros excepcionales en el SPP



Elaboración propia. Fuente: Normativa peruana

No obstante, se debe recordar que se emitieron diversas normas que antecedieron al contexto impredecible de la pandemia, las cuales también abarcaron el retiro de fondos previsionales del Sistema Privado de Pensiones en diferentes modalidades que facultaban la disposición de dichos fondos, entre las cuales se pueden encontrar:

Norma	Fecha de publicación	¿Qué establece?
Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del SPP (Ley N° 30425)	21 de abril de 2016	Permite que los afiliados puedan emplear el 25 % del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) como garantía para emplearlo en la cuota inicial en un crédito hipotecario para la compra de la primera vivienda.
Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del SPP (Ley N° 30425)	21 de abril de 2016	Permite que los afiliados cuando cumplan 65 años puedan elegir entre percibir pensión o solicitar la entrega de hasta el 95.5 % del fondo total acumulado en su CIC.

Elaboración propia. Fuente: Normativa peruana

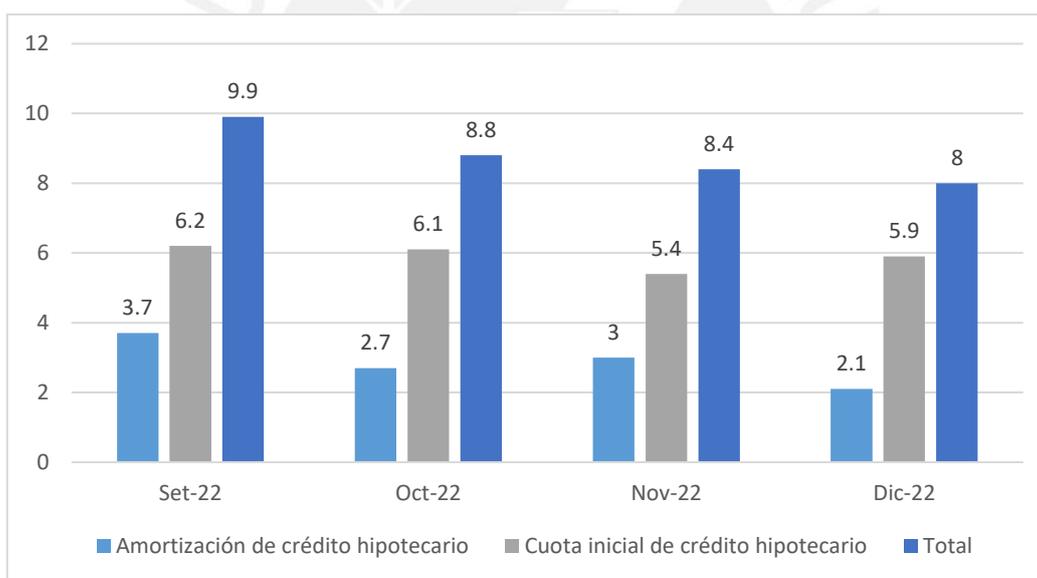
Por un lado, la norma que permite que el afiliado pueda disponer de hasta el 25% de sus ahorros previsionales para pagar la cuota inicial de compra o amortización de un primer inmueble no se encontraría acorde con el fin de la Seguridad Social ya que este es un sistema de protección social que permite prestar asistencia médica y también garantizar ingresos básicos cuando se enfrentan ciertas contingencias o riesgos sociales, como la vejez, invalidez, enfermedad³; por lo que los fondos deberían de ser empleados para una prestación que ofrece el sistema pensionario peruano (jubilación, invalidez y sobrevivencia), más no para fines diferentes.

³ Gonzáles, C. y Paitán, J. (2017). El derecho a la Seguridad Social. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Asimismo, disponer del 25% de los fondos afecta al afiliado respecto al monto que ha reunido en su CIC, ya que este disminuirá, lo cual podría afectar su derecho a la pensión, puesto que empleó un porcentaje para un fin que no es pensionario.

A pesar de ello, los afiliados siguen accediendo a este beneficio, tal como se puede observar en el Boletín Estadístico emitido por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)⁴:

Gráfico N° 2 - Monto mensual de retiros de las CIC para la compra del primer inmueble en millones de soles
(Última actualización disponible: Junio de 2023)



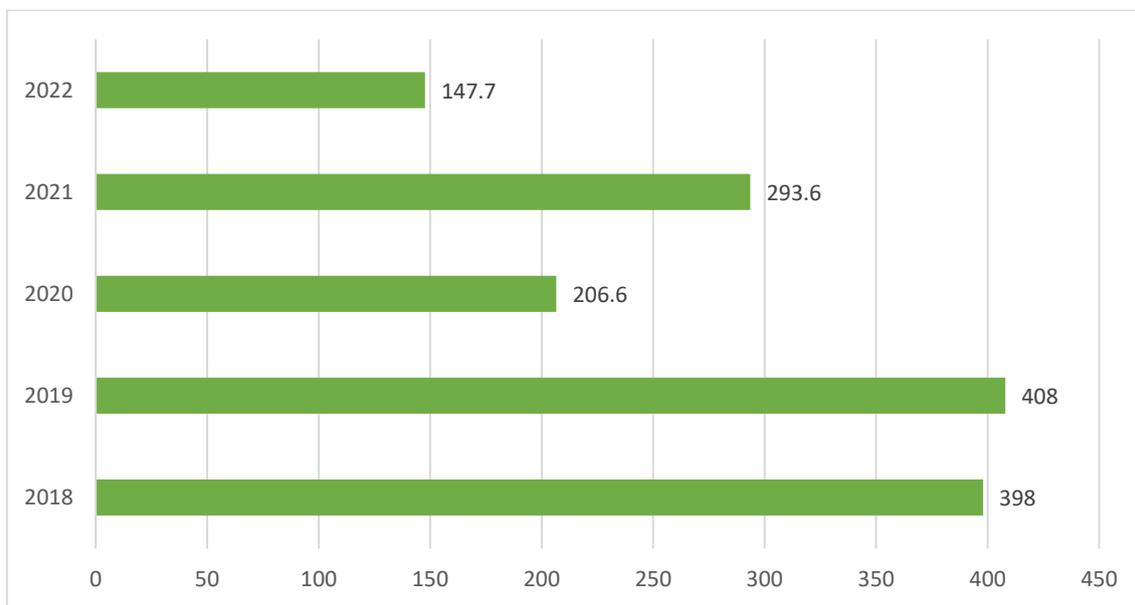
(*) Elaboración propia. Fuente: Boletín Estadístico de AFP de la SBS
(retiros para compra de primer inmueble).

No obstante, este comportamiento data de antes de pandemia, tal como se puede evidenciar en la información otorgada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁵:

⁴ SBS. Boletín Estadístico de AFP:
https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/estadisticaboletinestadistico.aspx?p=31#

⁵ SBS. Boletines Estadísticos de AFP:

Gráfico N° 3 - Monto anual de retiros de la CIC para la compra del primer inmueble en millones de soles
(amortización de crédito hipotecario y cuota inicial de crédito hipotecario)



(*) Elaboración propia. Fuente: Boletines Estadísticos de AFP de la SBS (retiros para compra de primer inmueble).

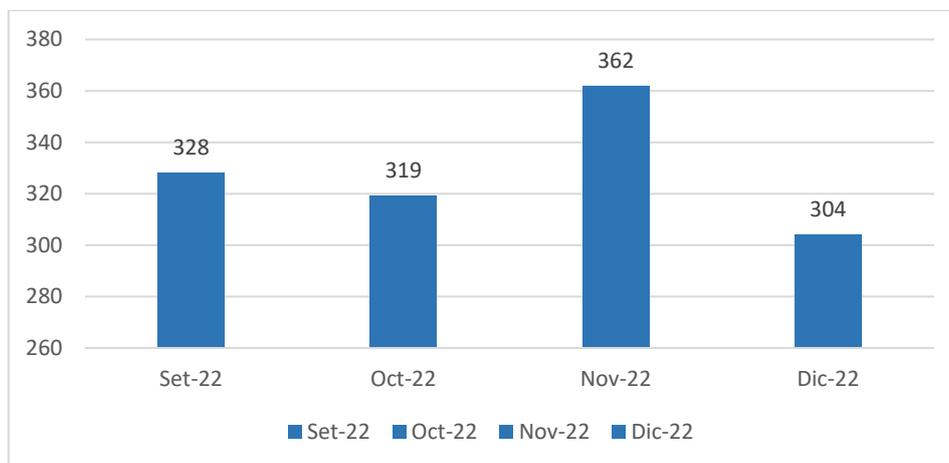
En ese sentido, se evidencia que los montos retirados de las CIC de los afiliados son sumas muy altas, lo cual incidirá directamente en la disminución de sus ahorros previsionales; así, al reducir el ahorro acumulado, se traerá como consecuencia la disminución del monto total de pensión mensual al cual se habría podido acceder.

Por otro lado, respecto al Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA), retirar el 95.5% del monto de la CIC afectaría al afiliado ya que podrá emplearlo para fines no previsionales, lo cual podría dejarlo desprotegido cuando requiera de dicho soporte monetario, resaltando que podría perder el derecho a recibir una pensión, quedando expuestos también sus beneficiarios directos, lo cual evidencia la data elaborada por la SBS⁶:

https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/estadisticaboletinestadistico.aspx?p=31#

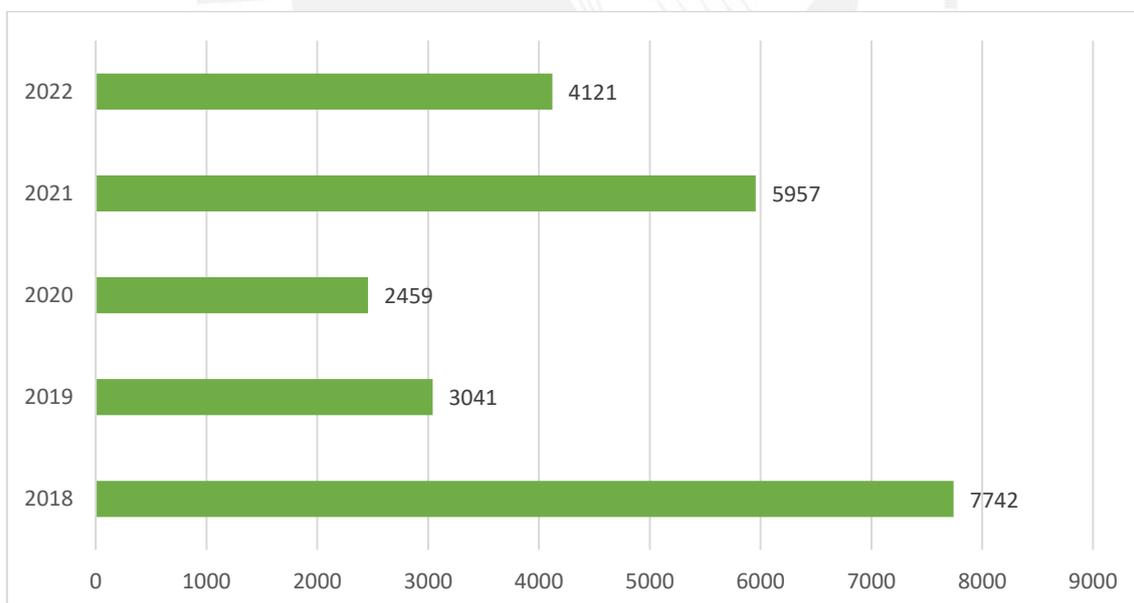
⁶ SBS. Boletín Informativo Mensual, actualizado a agosto de 2022. En: https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/estadisticaboletinestadistico.aspx?p=31#

Gráfico N° 4 – Montos de retiros de hasta el 95.5% de las CIC en millones de soles (Última actualización disponible: Junio de 2023)



(*) Elaboración propia. Fuente: Boletín Informativo Mensual de la SBS (retiros REJA).

Gráfico N° 5 - Monto anual de retiros de hasta el 95.5% de las CIC en millones de soles



(*) Elaboración propia. Fuente: Boletines Estadísticos de AFP de la SBS (retiros REJA)

Pero, cabe plantearse, ¿por qué nacieron estas disposiciones?, es decir, ¿cuál fue el contexto que les dio origen y que permite que sigan aún vigentes?

Antes de la emisión de la Ley N° 30425, en el Congreso de la República se discutía cómo aliviar la recesión económica vigente en aquel entonces:

“El congresista Víctor Andrés García Belaunde señaló que la iniciativa legislativa [que luego se materializó en la Ley N° 30425] apunta a dinamizar el sector inmobiliario, que en los últimos años de recesión económica presenta un estancamiento.”⁷

Aunado a ello, según el Congreso⁸, persiste el número de personas que no cuentan con viviendas propias, o que su capacidad de endeudamiento con las entidades del Sistema Financiero se viene acrecentando, lo que hace imposible que puedan cubrir el pago para una vivienda.

Incluso, el Proyecto de Ley N° 4520/2022-CR propone que los afiliados al SPP puedan disponer hasta el 50% de sus fondos para la compra o pago del crédito hipotecario de una única vivienda por los siguientes motivos:

- ❖ **Permitir el acceso a una vivienda a los afiliados y reactivar el crédito hipotecario y la economía del país.**
- ❖ Beneficiar a cientos de miles de afiliados que carecen de vivienda o tienen deudas hipotecarias.
- ❖ Facilitar a todos los afiliados, **especialmente a las generaciones de menos edad**, adquirir una vivienda familiar.
- ❖ Reactivar el mercado de viviendas y consecuentemente la industria de la construcción.
- ❖ Fortalecer el crecimiento de los créditos hipotecarios principalmente en moneda nacional.
- ❖ **No afecta de forma significativa al fondo previsional, más bien asegura la inversión del afiliado, quien, al convertirse en propietario de una vivienda o inmueble, automáticamente se convierte en sujeto de crédito del sistema financiero, pudiendo acceder a nuevos créditos para diversos fines.**

⁷ Gastelo, Elizabeth. 2019.

⁸ Proyecto de Ley N° 1117/2021-CR.

Es decir, las autoridades tomaron como solución permanente el retiro de hasta el 25% y 95.5% de los fondos de ahorros previsionales para aliviar la recesión económica, puesto que las personas al tener liquidez realizarían gastos, lo cual se reflejaría en una “inyección económica” beneficiosa para el país; sin embargo, estas medidas, que con el pasar del tiempo se escudan en argumentos diferentes, vulneran el derecho a la Seguridad Social ya que dicho derecho alude usualmente a un conjunto de provisiones que buscan proveer a las personas de protección social y que puede comprender un sistema de pensiones, seguro de salud y de desempleo⁹; por lo que los fondos no tienen la finalidad de proteger otros derechos que no son las prestaciones previsionales, o coadyuvar a la buena economía del país.

En virtud a todo lo expuesto, no habría sido el contexto de excepcionalidad el que generó el retiro de fondos previsionales, pues este último ya se encontraba permitido por leyes que siguen vigentes e, incluso, por situaciones que no son consideradas impredecibles o de grave urgencia, ya que se les permite a los afiliados poder disponer de hasta el 95.5% para los fines que deseen, los cuales no derivan necesariamente en previsionales; asimismo, el derecho a vivienda, si bien es un derecho constitucional que merece protección, esta última debe ser mediante mecanismos que no afecten el derecho a la Seguridad Social.

1.2. ¿El Estado fomenta el retiro de los ahorros de fondos de pensiones?

El Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia emitida en el Expediente N° 00014-2007-AI/TC:

*“(…) debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que, en un SPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, **tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado***

⁹ Rojas, J. “El sistema privado de pensiones en el Perú”. 2014

como elemento básico de su funcionamiento”. (Fj. 36) (negritas añadido).

En ese sentido, el TC reconoce al Sistema Privado de Pensiones como un régimen previsional; es decir, el SPP es un sistema de la Seguridad Social ya que el principio de solidaridad, si bien es relevante -y también se encuentra presente en dicho sistema puesto que los beneficiarios directos sin ser afiliados podrán acceder a una prestación en caso les corresponda¹⁰-, es considerado como elemento básico de su funcionamiento.

A pesar de que en la Sentencia materia de análisis se señala que la naturaleza jurídica del SPP no corresponde a la Seguridad Social, el Sistema Privado sí calificaría como sistema previsional, puesto que protege a las personas contra las contingencias que cubre dicho sistema, como jubilación, invalidez y sobrevivencia; asimismo, el SPP es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser instaurado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar¹¹.

Sin embargo, el problema radica en la emisión de normativa, así como iniciativas legislativas, que vulneran la esencia del SPP, puesto que las normas que permiten los retiros son *“típicamente populistas, de última hora, populares, de un Congreso que no hizo nada para llevar a cabo una reforma de pensiones¹²”*, lo que ha quedado en evidencia por los hechos y data que se han presentado.

Esto se puede evidenciar en las recientes propuestas publicadas por el Congreso de la República que buscan aprobar nuevos retiros, a pesar de no encontrarnos en el contexto impredecible que surgió en el año 2020, entre los cuales se encuentra el Proyecto de Ley N° 4556-2022-CR, publicado el 23 de marzo de

¹⁰ Herrera, Ricardo. “El principio de solidaridad en nuestro sistema de pensiones”. 2019.

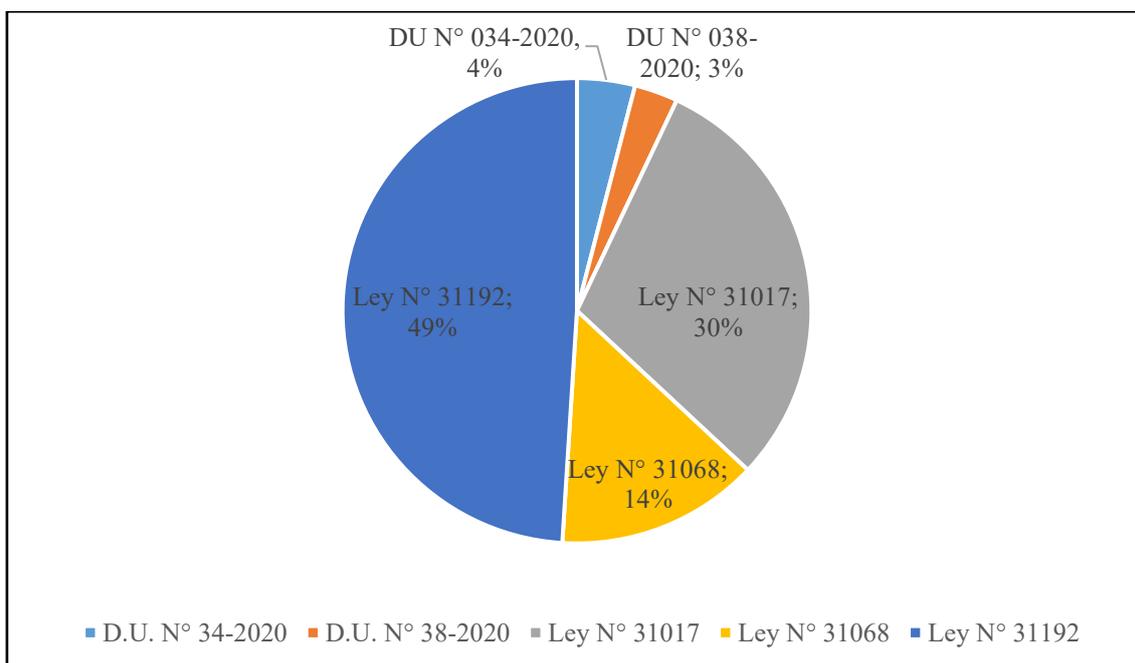
¹¹ Abanto, César. “¿El Sistema Privado de Pensiones es parte de la Seguridad Social? Un intento de adecuación a sus principios básicos.” 2021.

¹² “¿Nos beneficia la ley que permite el retiro de la AFP?”, en: <https://puntoedu.pucp.edu.pe/noticia/sin-pauta-nos-beneficia-la-ley-que-permite-el-retiro-de-la-afp/>

2023, que busca que se autorice el retiro de hasta tres (3) UIT de los fondos acumulados en la CIC.

Asimismo, la falta de empleo o mala economía no calzan como problema que lo justifique, y es que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP elaboró una data¹³ respecto a los retiros permitidos:

Gráfico N° 6 – Porcentajes de retiros de los ahorros previsionales (2020-2021)



(*) Elaboración propia obtenida del Informe Jurídico sobre Sentencia N° 151/2021 emitida en el Expediente N° 0016-2020-PI/TC.

Fuente estadística: Boletín Semanal N° 52. Diciembre 2021 (SBS).

Se evidencia que casi la mitad de los retiros realizados han sido por la Ley N° 31192 -que fue materia de análisis en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional- la cual fue la norma que permitió mayores retiros y no exigía requisitos (por ejemplo, encontrarse desempleado o no haber realizado aportes en los últimos dos meses como las normas anteriores requerían) o se enfocaba en aquellos que se encontraban en un estado de necesidad.

¹³ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Boletín Semanal N° 52. Diciembre 2021.

Como establece la Superintendencia¹⁴, el mayor porcentaje de afiliados que han accedido a los retiros excepcionales se encuentra en el rango de treinta y uno (31) a cuarenta (40) años, reduciendo su ciclo jubilatorio; asimismo, el 66% del fondo total fue retirado por quienes se encontraban laborando regularmente¹⁵.

Así, se puede observar que estas iniciativas legislativas no tutelan la cultura previsional, al contrario, fomentan el retiro de los fondos pensionarios sin plantear argumentos que sean sólidos, sino, netamente populistas, trayendo consigo que las personas creen que pueden -o deben- disponer de sus fondos cuando lo disponga, y no para fines pensionarios.

El retiro de ahorros previsionales como solución

Existe un mecanismo de protección frente a la contingencia de la pérdida del trabajo dentro de la Seguridad Social, la cual se denomina “seguro de desempleo” -que fue aplicada por aquellos países que contaban con dicho mecanismo, y que será desarrollado más adelante como propuesta de respuesta- el cual fue reforzado ampliando la duración de los beneficios y la cobertura durante crisis¹⁶, no obstante, antes de abarcar este mecanismo, es necesario conocer cómo se respondió ante el contexto impredecible.

2.1. ¿El retiro de los fondos previsionales era la única posibilidad de solución?

Algunos países, como Colombia, El Salvador, entre otros, consideraron que era necesario que las personas puedan acceder a su fondo de pensiones, pero, luego de un análisis, concluyeron que no era viable aplicar dicha excepcionalidad por las consecuencias que traía.

¹⁴ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Oficio N° 19059-2022-SBS. 11 de mayo de 2022.

¹⁵ Obtenido del Informe Jurídico sobre la Sentencia N° 151/2021 emitida en el Expediente N° 0016-2020-PI/TC. Repositorio PUCP (2022).

¹⁶ Velásquez, Mario. “Seguros de desempleo: ¿Qué hacer en la fase de crecimiento?”. 2010

Por ejemplo, en Colombia, a través del Proyecto de Ley N° 276 de 2020 Cámara acumulado con el Proyecto de Ley N° 320 de 2020 Cámara, se trató de aprobar el retiro parcial de pensiones del régimen de ahorro individual por la emergencia sanitaria, puesto que muchas personas perdieron su empleo y necesitaban ingresos económicos inmediatos.

No obstante, en dicho Proyecto, el Gobierno Colombiano señaló lo siguiente:

“El retiro de un monto de las cuentas individuales de los cotizantes no activos es una medida que tiene consecuencias indeseables y duraderas en el bienestar del futuro pensionario. El efecto de disminuir el monto de las cuentas de ahorro individual es negativo para las tasas de reemplazo del afiliado, las cuales actualmente son relativamente bajas para cubrir las necesidades del futuro pensionado. (...)”

Permitir el retiro de un monto de las cuentas individuales en un sistema de pensiones (...) podría generar insuficiencia de recursos para la jubilación y una afectación de las cuentas individuales, no solo de quien decida retirar parte de sus aportes, sino de todos los afiliados del fondo.”

En ese sentido, Colombia no optó por aprobar el retiro excepcional de fondos porque el efecto negativo que este traería como consecuencia sería mayor en un futuro tanto para los pensionistas como futuros jubilados, ya que se afectaría el derecho fundamental a la seguridad social de los ciudadanos (acceso a una prestación).

Por ello, decidieron modificar el acceso a un subsidio que se entrega por desempleo para que se obtenga una mayor cobertura, y así no se deba acceder al fondo de Seguridad Social.

A pesar de los Proyectos populistas, los retiros no han sido aprobados en Colombia, asimismo, según la Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (FIAP)¹⁷, es una medida riesgosa porque se podría perder el acceso a la prestación.

Así, Colombia es uno de los ejemplos de países que prefirieron realizar otras medidas para no liberar los fondos de pensiones; sin embargo, Perú no tomó ese camino, y Chile tampoco lo hizo.

En Chile, como en nuestro país, existen las Administradoras de Fondos de Pensiones, por ende, su sistema también se rige bajo cuentas individuales de capitalización, por lo que cada afiliado ahorra en dicha cuenta para acceder a una prestación.

Sobre el particular, Chile cuenta con un seguro de desempleo, el cual también sufrió modificaciones para brindar mayores beneficios; no obstante, con el cambio de gobierno y propuestas populistas que surgieron al respecto, se consideró viable el retiro de fondos de pensiones.

Esto se evidencia en las recomendaciones brindadas por la OCDE¹⁸, puesto que señaló que, si bien los fondos no deben emplearse para tiempos de crisis, al menos deberían de cumplir con tres condiciones:

- Focalización: Solo a aquellos que necesitan el fondo con urgencia.
- Neutralidad tributaria: Los retiros no deben estar asociados a beneficios tributarios (para no incentivar).

¹⁷ FIAP. “Colombia: Expertos advierten sobre retiro anticipado de fondos de pensiones: dilapidaría el ahorro de largo plazo”. 2023.

¹⁸ FIAP. “Impacto de los retiros de los fondos de pensiones chilenos sobre la economía y las personas”. 2021.

- Reposición: Establecer mecanismos obligatorios de reposición de fondos (para que no se vea tan afectada la disminución).

No obstante, los retiros en Chile estuvieron enfocados para todos los afiliados sin tomar en cuenta si se encontraban laborando o si se encontraban en un estado de necesidad -situación similar a Perú respecto a la norma materia de análisis en la Sentencia emitida por el TC-, y no era obligatorio reponer el monto retirado; incluso, las personas -en caso aún contarán con ahorros previsionales disponibles- podían acceder a más de un retiro.

Aunado a ello, se planteó una reforma constitucional, la cual permita modificar la Carta Fundamental de Chile con la finalidad de establecer un mecanismo que permita -excepcionalmente- el retiro de los fondos de pensiones en situaciones impredecibles, por ejemplo.

Sin embargo, mediante Sentencia Rol N° 9797-20-CPT de fecha 30 de diciembre de 2020 emitida por el Tribunal Constitucional de Chile, se estableció que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la Seguridad Social.

Como se puede observar, la única posibilidad de solución no era el retiro de los fondos de pensiones, ya que algunos países plantearon otras estrategias, por ejemplo, entregaban subsidios como ayuda económica para los desempleados en la búsqueda de la reinserción laboral, con la finalidad de no perjudicar el derecho a la seguridad social de estas mismas personas; asimismo, se evidencia que un país (Chile) puede contar con mecanismos ideales (seguro de desempleo), pero, si su situación política y, sobre todo, la concientización previsional de sus ciudadanos no se encuentra presente, a pesar de contar con medidas alternativas, se accederá al retiro de fondos previsionales ya que no se visualiza lo dañina que puede ser esta medida.

2.2. ¿Hay una falta de cultura previsional?

El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia emitida en el Expediente N° 0050-2004-AI/TC, ha establecido que el contenido esencial del derecho a la pensión está conformado por: a) Libre acceso, b) Pensión Mínima Vital, y c) No privación arbitraria.



(*) Elaboración propia. Fuente: TC.

Es decir, el contenido esencial es aquel que no se puede vulnerar ni alterar por el legislador, puesto que tiene como finalidad proteger el derecho a la pensión de la persona.

En virtud a ello, las disposiciones que infrinjan lo dispuesto, deberían de considerarse que se encuentran en contra de dicho derecho, por lo que tener edad suficiente para jubilarse pero no poder acceder a una pensión por haber retirado, por ejemplo, el 25% o 95.5% de los fondos de la Cuenta Individual de Capitalización también debería tener la misma naturaleza.

En ese sentido, permitir retiros con fines diferentes a los previsionales no serían constitucionales, puesto que vulneran la intangibilidad de los fondos establecida en el artículo 12° de la Constitución Política del Perú, pues solo pueden ser utilizados para el pago de las pensiones, sin contemplar supuestos de retiro, devolución o similares¹⁹, por lo que las normas así hayan tenido como finalidad brindar una inyección económica a aquellos que sufrieron un estado de necesidad, se encuentran en contra del fin de la Seguridad Social e, incluso, eran universales (para todos los afiliados) y no exigían requisitos de acceso (desempleo).

Pero, como ya se han desarrollado al inicio del presente artículo, existe normativa que permite disponer de los fondos no necesariamente para prestaciones ofrecidas por el sistema de Seguridad Social, y que se encuentra vigente desde antes de pandemia.

Sucede que hay una falta de cultura previsional porque, según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo²⁰, se presentan tres problemas:

1. Las personas no tienen conocimiento sobre la Seguridad Social:
 - a) Existe ausencia de un proceso formativo sobre materia previsional en los contenidos educativos desde temprana edad, y
 - b) Existen personas que no tienen acceso a la información brindada por las instituciones encargadas de la Seguridad Social.
2. Hay población con alto nivel de desinformación sobre la Seguridad Social, lo cual perjudica que decidan incorporarse o permanezcan en la misma.
3. Sectores de la población muestran falta de interés o rechazo en participar (o retornar) al sistema de Seguridad Social.

¹⁹ Abanto, César. “El impacto de la COVID-19 en el sistema de pensiones del Perú”. 2021.

²⁰ MTPE. “Estrategia Integral de Promoción de la cultura en Seguridad Social”. 2015

Aunado a ello, la Organización Internacional del Trabajo²¹ alertó que -para fines del año 2022- existía un 34,5% de personas mayores de sesenta y cinco (65) años en América Latina que no tenían pensiones.

Sin embargo, actualmente existen proyectos en el Congreso para la aprobación de un posible séptimo retiro de fondos, a pesar de que ya no se evidencia el estado de necesidad que sufrió la población al inicio de la pandemia.

Por ello, sí hay una falta de cultura previsional, la cual proviene no solo de las autoridades, también de la ciudadanía; sin embargo, considero que es el Estado el encargado de fomentar que las personas conozcan el sistema de Seguridad Social y, crear incentivos que motiven a formar parte de ella, con la finalidad de que se comprenda que los fondos ahorrados son para una prestación y no para disposiciones diferentes, además, no es suficiente contar con la normativa como tal, esta debe ser interiorizada por la gente para que puedan comprender que es solo para su beneficio, más aun en las etapas de vejez y/o invalidez en las cuales uno se encuentra más vulnerable.

Propuesta: Seguro de desempleo

Perú actualmente no ofrece un seguro de desempleo; no obstante, cuenta con otro tipo de modalidades que podrían brindarle cierta protección a algunas personas frente a la pérdida de trabajo; sin embargo, estas no otorgan el mismo grado de protección ni se encuentran en supuestos que sean de aplicación para todos.

En ese sentido, se desarrollarán a continuación -de forma breve- con la finalidad de analizar si estas tienen cierta similitud con el seguro de desempleo o si podrían reemplazarlo y, por ende, si serían efectivas.

²¹ OIT. Serie Panorama Laboral 2022.

3.1. Modalidades de protección frente al desempleo

Entre las modalidades que podrían aproximarse en cierto grado al seguro de desempleo, se encuentran:

- **Compensación por Tiempos de Servicios (CTS)**

El Decreto Legislativo N° 650, denominado “Dictan Ley de Compensación por Tiempo de Servicios”, señala que la CTS tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo.

Siendo ello así -tal como establece la norma citada en el párrafo precedente- la CTS devenga desde el primer mes que inició el vínculo laboral, y debe ser depositada semestralmente. No obstante, solo comprende a los trabajadores que se encuentran bajo el régimen laboral privado que cumplan, en promedio, una jornada mínima de cuatro horas diarias.

En ese sentido, se puede observar que no comprende a todos los regímenes laborales existentes y que, incluso, condiciona a un tiempo mínimo de servicio; por ende, no es un beneficio al cual puedan acceder todos los ciudadanos y así puedan enfrentar la contingencia del desempleo.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que, en el sector público, la Compensación por Tiempo de Servicios se rige bajo la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, la cual establece que el pago de la CTS es cancelatorio y se hará efectivo cuando culmine el vínculo existente entre el servidor con la entidad correspondiente.

Es decir, este esquema rompe el vínculo entre el aporte individual y el fondo acumulado por el trabajador que era el

principio fundamental del régimen de CTS y que garantiza su financiamiento²².

En adición a ello, la Ley N° 31480, publicada el 25 de mayo de 2022 (es decir, se publicó dos años después del inicio de la pandemia), denominada “Ley que autoriza la disposición de la Compensación por Tiempo de Servicios a fin de cubrir las necesidades económicas causadas por la pandemia del COVID-19”, autorizó que los trabajadores puedan disponer de su CTS en base al contexto impredecible originado por la pandemia, autorizando que hasta el 31 de diciembre de 2023 los trabajadores bajo el Texto Único Ordenado (T.U.O.) del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, puedan disponer del 100% de dichos depósitos. Incluso, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2022-TR, comprende a trabajadores de empresas del Estado sujetos al régimen laboral del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, y servidores civiles bajo el mismo régimen.

Como se puede observar, aún se encuentra vigente -a pesar de que han transcurrido más de tres años desde que se presentó la pandemia- poder realizar el retiro de la CTS a personas que cuentan con un ingreso fijo, ya que son trabajadores, por lo que se estaría desvirtuando la figura de poder proteger a los ciudadanos -solo a aquellos que se encuentran bajo los supuestos permitidos para acceder a la CTS- frente a la figura del desempleo.

Así, considero que no cumpliría con ser un “seguro de desempleo”, teniendo en cuenta que se pueden acceder a retiros parciales y totales mientras la persona se encuentra

²² Díaz, Arturo. “Perú: La CTS del Sector Público”. 2015.

laborando (es decir, cuenta con un ingreso económico), pudiendo destinar dichos montos a otras finalidades diferentes, sumando que no se encontraría en tiempos de crisis impredecibles.

- **Despido arbitrario**

Otra figura que también podría considerarse que le brinda una ayuda económica al trabajador frente a la figura del desempleo es la indemnización brindada si el empleador recae en la causal de despido arbitrario, la cual es regulada por el artículo 34° y 38° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728.

Sin embargo, es un requisito que el empleador haya incurrido en la causal mencionada y, en paralelo, el trabajador deberá iniciar un proceso judicial laboral contra dicho empleador, en el cual obligatoriamente va a incurrir en gastos que probablemente no podrá proveer (tasas, abogado, entre otros); asimismo, el resultado deberá de ser a favor de dicho trabajador, pero, por la carga judicial, los procesos podrían demorar más de lo indicado por las normas correspondientes, dejando desprotegido al trabajador.

Por otro lado, no se toma en cuenta el factor de la informalidad, ya que la figura del despido arbitrario podría aplicar solo para aquellos trabajadores que cuentan con un contrato de trabajo.

Por ello, en lo particular, dicha indemnización si bien es un monto económico que podría ayudar al trabajador a enfrentar el desempleo, no es de acceso para todos por un tema de gastos, informalidad, y en caso el fallo del juzgado no sea beneficioso para el trabajador.

Además, dicha indemnización se encontrará acorde al tiempo que haya laborado el trabajador en la empresa, mas no tomará en cuenta toda su vida laboral en total, es decir, el monto obtenido -en caso acceda a este- sería menor.

Siendo ello así, las figuras que se encuentran vigentes actualmente en Perú no cumplirían con asimilarse a un seguro de desempleo puesto que no son de acceso para todos los trabajadores, y se podría disponer de dichos montos monetarios en situaciones en las cuales la persona no se encuentra desempleada y/o no enfrenta un estado de desprotección.

3.2. Propuesta para Perú

El seguro de desempleo, como su mismo nombre lo señala, tiene como finalidad proteger a las personas frente a la contingencia del desempleo; no obstante, al no contar con esta figura implementada en Perú, se recurren a otras -como el retiro de los ahorros previsionales- para poder enfrentar dicha contingencia, pero se estaría causando un daño al acceso a una prestación previsional futura.

Cabe mencionar que estar protegido contra el desempleo se encuentra regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Artículo 25°

- 1. Toda persona tiene derecho a (...) los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez (...)”
(subrayado añadido).*

Incluso, la Organización Internacional del Trabajo²³ en el año 2021 planteó una propuesta de seguro de desempleo para Perú que podría ser implementada:

²³ OIT. “Un seguro social por desempleo para el Perú”. 2021.

Parámetros	Escenario base
Cobertura	Obligatorio para trabajadores con contratos indeterminados y sujetos a plazo fijo del régimen laboral privado.
Contribuciones requeridas para acceder a los beneficios	12 meses de contribuciones en los últimos 24 meses previos al evento de la pérdida de ganancias por desempleo involuntario.
Eventos cubiertos ante la pérdida del empleo	Desempleo involuntario.
Tasa de reemplazo	70%, 65%, 60%, 55% y 50% del salario medio de los últimos 12 meses previo al evento de la pérdida del empleo.
Duración máxima del beneficio	5 meses.
Periodo de carencia	7 días.

(*) Elaboración propia obtenida del Informe Jurídico sobre la Sentencia N° 151/2021 emitida en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC.

Se observa que el modelo brindado primero solo abarca a los trabajadores que cuentan con un contrato porque, considero, sería irreal -como muy esperanzador o traer consecuencias no provechosas- iniciar con esta medida para todos los regímenes existentes (incluyendo los especiales), ya que cada uno se rige no solo bajo normativa diferente, también los ingresos económicos y la forma en la que se obtienen varía (no se puede comparar el sueldo de un trabajador agrario con el sueldo de un trabajador que se encuentra contratado a plazo indeterminado y que cuenta con todos los beneficios que ofrece la normativa).

Asimismo, se podrían implementar contribuciones diferentes para cada régimen pero que protejan al ciudadano ante el desempleo, para lo cual se podrían establecer grupos de trabajo o comités que se especialicen en determinar medidas eficientes, lo cual conlleva tiempo.

En ese sentido, la implementación se podría dar, en un primer momento, de forma gradual (es decir, por regímenes laborales hasta poder abarcar a todos), con contribuciones que no sean visualizadas como una pérdida o afectación al ingreso mensual, para lo cual el Estado peruano podría implementar campañas de fomento de concientización respecto a la importancia de contar con un seguro de desempleo (sobre todo para los trabajadores informales, quienes también se podrían exponer a situaciones impredecibles que perjudiquen sus ingresos).

Ahora bien, un riesgo que se encuentra presente son los incentivos perversos puesto que al obtener el seguro podría ocasionarse que la persona no se esfuerce tanto en tener un nuevo trabajo²⁴, es por ello que se justificaría que se establezca un tiempo de duración máxima para recibir dicho beneficio, y la obligatoriedad en aportar que también se encuentra presente en el aspecto previsional

En virtud a ello, considero que es fundamental que se implemente este mecanismo en nuestro país, puesto que es altamente probable que ocurran sucesos impredecibles que traigan como consecuencia la pérdida del trabajo, y que, como es evidente, con las respuestas actuales reguladas no se enfrenta de forma correcta y, se estarían afectando los derechos previsionales de las personas que también son fundamentales.

Conclusiones

1. El Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 00020-2021-PI/TC establece que el contexto de excepcionalidad que trajo consigo la pandemia originada por la propagación del virus, justifica el retiro de los fondos previsionales del Sistema Privado de Fondos de

²⁴ Méndez, R. Seguro de desempleo en Perú. 2007.

Pensiones por la situación económica que se estaba viviendo, especialmente por la afectación al empleo.

Sin embargo, como se ha podido analizar en el presente trabajo, desde años anteriores han existido contextos que “justifican” disponer de dichos ahorros, es decir, el Estado ha establecido como método de solución para diferentes panoramas que la ciudadanía pueda disponer de su CIC, incluso para situaciones que no son urgentes o cuya tutela no le corresponde a la Seguridad Social. En adición a ello, existen métodos alternativos -como el seguro de desempleo- que permiten enfrentar contextos que sí son impredecibles.

En virtud a ello, no fue el contexto de excepcionalidad el que originó los retiros de ahorros de pensiones en el Sistema Privado, considerando que se encuentra permitido desde años atrás.

2. La Seguridad Social tiene la finalidad de proteger a las personas a través de prestaciones, como jubilación, invalidez y sobrevivencia, con la finalidad de ayudarlos a enfrentar un estado de necesidad y/o llevar un estilo de vida digno. El Sistema Privado de Pensiones ofrece las prestaciones mencionadas y, respecto al principio de solidaridad, el cual es fundamental en un sistema previsional, se encuentra presente en el SPP, ya que los beneficiarios del afiliado -sin tener necesariamente que pertenecer a un sistema pensionario- podrán acceder a las prestaciones que ofrece el sistema.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no reconoce al SPP como sistema pensionario en la Sentencia emitida, cayendo en contradicción con sus propios pronunciamientos emitidos anteriormente; e incluso, se podría entender que dicho ente coadyuva a la disponibilidad de dichos ahorros en situaciones catastróficas porque lo toma como medida de ayuda económica, pero no considera el largo plazo (obstaculización en acceso a prestación y vulnerabilidad en la vejez).

3. Es evidente la falta de cultura previsional que existe en el país; sin embargo, el Estado la fomenta, considerando los proyectos de ley populistas, normativas que se han vuelto permanentes a pesar de que no se enfrenta un contexto impredecible, e, incluso, se evidencia en la Ley N° 31083 -ya derogada- mediante la cual se trató de disponer de los fondos administrados por la Oficina de Normalización Previsional, a pesar de ser un sistema de reparto.

Por ello, se debe realizar un fomento de la cultura previsional tanto en la ciudadanía (para que no visualicen los aportes como un gasto que solo los perjudica o disminuye sus ingresos; o como un fondo del cual podrán disponer en algún momento para fines no pensionarios); así como en las autoridades, puesto que la normativa publicada vulnera los derechos pensionarios o no se enfoca netamente en ellos.

4. Los métodos actuales alternativos (retiros de ahorros previsionales, compensación por tiempo de servicios o la indemnización por despido arbitrario) que permiten enfrentar la pérdida de trabajo no son eficientes y vulneran otros derechos, entre los cuales se encuentra el derecho fundamental a la pensión.

En ese sentido, resulta esencial que el Estado peruano evalúe implementar el seguro de desempleo, comenzando de forma gradual por regímenes, con la concientización en las personas mediante campañas presenciales y virtuales (tanto para sectores formales e informales), y acompañando en el fortalecimiento tanto de conocimientos y habilidades como reinserción en el empleo; puesto que esta es la figura correcta que le permitirá al ciudadano poder enfrentar -de forma viable y sin perjudicar su derecho a una prestación- la pérdida de trabajo, teniendo en cuenta que los sucesos impredecibles pueden ocurrir en cualquier momento nuevamente.

Bibliografía

Abanto, C. (2021). *Impacto de la COVID-19 en el sistema de pensiones del Perú*. Revista Paradigma, volumen 30, N° 3.

Abanto, C. (2021). *¿El Sistema Privado de Pensiones es parte de la Seguridad Social? Un intento de adecuación a sus principios básicos*. Revista Laborem N° 15.

Consultora Kantar. *Peruanos destinarán 60% de retiro de AFP en consumo dentro del hogar*. Consumo & Legal. Núm. 185, junio 2022 en:

<http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=https://app.vlex.com/vid/907776906>

Díaz, A. (2015). *Perú: la CTS del Sector Público*. Consulta realizada el 2 de mayo de 2023 en:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/2015/04/27/per-la-cts-del-sector-p-blico/>

FIAP. (2021). *Impacto de los retiros de los fondos de pensiones chilenos sobre la economía y las personas*.

FIAP. (2023). *Colombia: Expertos advierten sobre retiro anticipado de fondos de pensiones: dilapidaría el ahorro de largo plazo*.

Gastelo, E. (2019). *Impacto y estrategias de inversión para afiliados que busquen retirar el 95.5% de sus fondos en una AFP en Lima Metropolitana*. Repositorio Institucional de la Universidad de Lima.

González, C. & Paitán, J. (2017). *El derecho a la Seguridad Social*. Colección lo Esencial del Derecho N° 28. Fondo Editorial PUCP.

Herrera, R. (2019). *El principio de solidaridad en nuestro sistema de pensiones*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Méndez, R. (2007). El seguro de desempleo en Perú. Tomo N° 81. Revista Jurídica del Perú.

MTPE. (2015). *Estrategia Integral de Promoción de la cultura en Seguridad Social*.

OIT. (2022). *34,5% de personas mayores de 65 años no tienen ingresos en América Latina y el Caribe*. Serie Panorama Laboral 2022.

OIT. (2021). *Un seguro social por desempleo para el Perú*.

Punto EDU PUCP. *Sin pauta, ¿nos beneficia la ley que permite el retiro de la AFP?* Consulta realizada el 9 de mayo de 2023 en <https://puntoedu.pucp.edu.pe/noticia/sin-pauta-nos-beneficia-la-ley-que-permite-el-retiro-de-la-afp/>

Proyecto de Ley N° 1117/2021-CR

Proyecto de Ley N° 4520/2022-CR

Proyecto de Ley N° 4528/2022-CR

Proyecto de Ley N° 4556-2022-CR

Proyecto de Ley Colombiano N° 276 de 2020 Cámara acumulado con el Proyecto de Ley N° 320 de 2020 Cámara.

Rojas, J. (2014). *El sistema privado de pensiones en el Perú*. Fondo Editorial PUCP.

Sentencia Rol N° 9797-20-CPT de fecha 30 de diciembre de 2020 dictada por el Tribunal Constitucional de Chile.

Velásquez, M. (2010). *Seguros de desempleo ¿Qué hacer en la fase de crecimiento?* OIT Notas sobre la crisis.

