

**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO
Y LA SEGURIDAD SOCIAL.**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**ARTICULO ACADÉMICO QUE COMO PARTE DEL CURSO SEMINARIO DE
TRABAJO ACADÉMICO 2 PRESENTA:**

JOSE ALBERTO VILLARAN ZEGARRA

CÓDIGO: 20028162

ASESOR: CÉSAR PUNTRIANO

NOVIEMBRE - 2016

Y ahora, ¿Quién podrá defendernos (de los riesgos)? Análisis de la Vigésima Cuarta Disposición Final de la ley N° 30425 que aprueba el retiro de 95.5% del Fondo Privado de Pensiones.

Jose Alberto Villarán Zegarra

RESUMEN

La seguridad social es la respuesta de la sociedad ante una serie de contingencias y riesgos sociales que han existido desde siempre y que seguirán presentes, por más perfecto que sea el modelo de estado que escoja una sociedad. Ante estas contingencias surge la Seguridad Social, para asegurar un estado de dignidad mínimo en el ciudadano, inherente a él como ser humano y, más concretamente, surge el derecho a la pensión, para otorgar una cobertura de protección ante incapacidad de la persona humana de seguir valiéndose por sí misma y de continuar laborando.

El 21 de abril del presente año se publicó la ley N° 30425, la misma que en su Vigésima Cuarta Disposición Final aprueba el retiro de 95.5% del Fondo Privado de Pensiones.

El presente documento, tratará de analizar - a la luz de los fines, principios y contenido del derecho a la pensión- si es que el retiro de los fondos de pensiones que aprueba dicha ley es constitucional o va en contra de la misma naturaleza del derecho a la pensión: la protección contra los riesgos.

Y ahora, ¿Quién podrá defendernos (de los riesgos)? Análisis de la Vigésima Cuarta Disposición Final de la ley N° 30425 que aprueba el retiro de 95.5% del Fondo Privado de Pensiones.

INTRODUCCIÓN.

Con 84 votos a favor, 2 en contra y 3 abstenciones, el Pleno del Congreso aprobó el 14 de abril de 2016 la ley del libre retiro de los fondos de pensiones privados, que permite a los usuarios del Sistema Privado de Pensiones (SPP), entre otras, el retiro del 95.5% de su fondo acumulado, al cumplir los 65 años, la misma que fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de abril como la Ley N° 30425.

En el presente artículo se tratará de analizar, a la luz de los fines, principios y contenido del derecho a la pensión, si es que el retiro de los fondos de pensiones que aprueba dicha ley es constitucional o va en contra de la misma naturaleza del derecho a la pensión. Asimismo, si dicho dispositivo legal vulnera el presupuesto constitucional que señala que los montos de la seguridad social son intangibles. Y, finalmente, analizar si la ley bajo análisis es coherente con un Estado Social y de Derecho.

Para obtener dicho resultado, empezaremos desarrollando el derecho a la seguridad social dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, para luego hablar del derecho a la pensión en sí. Seguidamente desarrollaremos el tema del sistema privado de pensiones para luego, finalmente, analizar dicho precepto a la luz de la Constitución y de la finalidad misma del derecho a la pensión.

1. El Estado Social y Democrático de Derecho

El concepto de Seguridad Social es el hito más avanzado en la evolución de las respuestas de los individuos y de las sociedades a las situaciones de necesidad.¹ Las soluciones que pueden presentarse ante esta realidad de necesidad social puede variar dependiendo si nos encontramos dentro de un sistema liberal o un sistema claramente intervencionista.

En efecto, a nivel de modelos de Estado, el concepto de la Seguridad Social es viable en un Estado Social y Democrático de Derecho. Como señala Aparicio Tovar, la Seguridad Social se convierte en un instrumento esencial para la garantía de las condiciones de existencia de los individuos, y por ello en el núcleo o corazón del Estado Social y Democrático de Derecho y, citando a W. Beveridge, señala que la Seguridad Social no es otra que cosa que *“la seguridad del individuo, organizada por el estado, contra los riesgos a que está expuesto el individuo, aun cuando la sociedad se organice de la mejor forma posible”*².

Asimismo, el profesor Grzetich³ afirma que en un modelo de Estado más intervencionista, se fortalecen las posibilidades de producir la necesaria redistribución de bienes que permite dar satisfacción debida a las necesidades sociales, ampliando sus objetivos tanto en materia de personas amparadas como en la intensidad de dicho protección.

En efecto, el liberalismo económico, como modelo de Estado, resultaría incompatible para hacer frente a las necesidades sociales de la nueva sociedad industrial. En efecto, las democracias liberales *“expulsaban de su esfera de participación política a aquellos que no obtuviesen por si mismos recursos para garantizarse la subsistencia. Se suponía que la garantía de la subsistencia era (y todavía hoy algunos lo creen) tarea exclusivamente individual, por lo que caer en la desprivatización, en la menesterosidad, era producto de la incuria personal y por tanto le invalidaba para acceder al ámbito en*

¹ GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria 2005, Pág. 73

² APARICIO TOVAR, Joaquín. *La seguridad social, pieza esencial de la democracia*. En: *“La seguridad social a la luz de las Reformas pasadas, presentes y futuros: Homenaje al Profesor Jose Vida Soria, con motivo de su jubilación”*, por MONEREO PEREZ, Jose Luis y OTROS. Granada, 2008. Pág. 118.

³ GRZETICH LONG, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 74

el que se dilucidaban los asuntos del interés general”⁴. Y es que las constituciones de los Estados Liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas.

Es dentro de este contexto de Estado Social de Derecho - que parte no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana⁵- que se gesta y tiene fundamento el derecho a la pensión, ya que al ser un derecho de naturaleza netamente social, se desprende del carácter Social de Derecho que posee el Estado. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional al señalar que:

“El derecho fundamental a la pensión tiene naturaleza de derecho social-de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer las estándares de la “procura existencial”. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección - negativas- y de garantía y promoción – positivas- por parte del Estado.”⁶

El Estado apunta a mejorar la calidad de vida de la persona, esto último en virtud del principio de dignidad de la persona humana, principio rector de todo estado Social y Democrático de derecho.

2. La Seguridad Social: Definición, reconocimiento en la Constitución y en los organismos internacionales.

En líneas generales, el origen de esta institución es producto de la rebelión social y política del movimiento obrero que se gestó a raíz de la revolución industrial, y luego de varios muchos años, se fueron generando condiciones políticas y sociales favorables a

⁴ APARICIO TOVAR, Joaquín *Óp. Cit.* Pág. 118

⁵ Fundamento 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI del 14/04/2005.

⁶ Fundamento 74 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI del 03/06/2005.

la adopción de medidas destinadas a resolver las necesidades sociales de los ciudadanos de la clase obrera. Es así que la seguridad social se empieza a gestar, con la finalidad de, según el profesor Abanto, *“constituir un mecanismo de protección para el individuo cuando se presentan a lo largo de su vida circunstancias que afectaran – de forma transitoria o permanente- su capacidad para trabajar, impidiendo que asuma por sí mismo sus necesidades básicas (alimento, salud, educación, vivienda, etc.) y la de sus dependientes.”*

En la misma línea, el profesor TOYAMA⁷ señala que el Sistema de Seguridad Social es un conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de prevenir y proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. Sobre el tema de los “riesgos” haremos hincapié más adelante cuando hagamos referencia a la finalidad misma del derecho a la pensión y la colisión con la medida legislativa objeto de análisis en el presente informe.

Por otro lado, con respecto al reconocimiento del Estado peruano de este derecho, la Constitución Nacional de 1993, asume las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho; es decir, como ya señalamos en el acápite anterior, se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular y sobre todo, la distribución o reconocimiento sustantivo de los Derechos Fundamentales de la persona humana. Así pues, el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental de carácter social, dentro del grupo de los derechos conocidos como “Derechos Económicos y Sociales y Culturales”, reconocido por nuestra Constitución Política y plasmado de la siguiente forma:

Artículo 10°.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Del citado artículo se desprende que, en virtud del principio de universalidad - propio del derecho a la seguridad social- el estado reconoce que este derecho le pertenece a todos los ciudadanos y que, no implica solo la asistencia cuando se presente alguna

⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *“Principios de la Seguridad Social”*; en: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia Previsional, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, p. 301.

contingencia, si no que apunta a mejorar la calidad de vida de la persona, esto último en virtud del principio de dignidad de la persona humana, principio rector de todo estado Social y Democrático de derecho.

Por otro lado, con respecto a su progresividad, el profesor, Gonzales Hunt, citando al profesor Abanto, señala que: “(...) *la progresividad referirá precisamente al acceso al derecho. Es decir, a fin de efectivizar el principio de universalidad del derecho, deberán establecerse determinados pasos que habiliten un acceso a la Seguridad Social, lo cual solo se podrá dar de manera gradual (progresivo), dependiendo de la situación económica del país.*”⁸. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1959, señala en su artículo 26° que el Estado debe lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales.

Asimismo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en su artículo 22° establece que “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este derecho y lo ha definido como “...*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 sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’*”⁹

⁸ GONZALES HUNT, César. “*La configuración constitucional de la seguridad social en pensiones*”, en: Estudio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Libro Homenaje a Javier Neves Mujica, Lima, 2009, pp. 434.

⁹ Fundamento 54 ° de la Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social está plenamente reconocido por nuestra Constitución Política, por diversos Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y desarrollado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

3. El derecho a la pensión.

El concepto general de Seguridad Social abarca dentro de sí al concepto, más particular, de pensión. El Tribunal Constitucional Peruano, a través de la sentencia N° 050-2004-AI/TC y acumulados, ha reconocido la relación que existe entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión, y ha señalado incluso que la garantía de la vigencia de la pensión es el mismo derecho a la seguridad social. El fundamento 53° de la mencionada sentencia señala lo siguiente:

“Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho.

(...)De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.”

Por otro lado, la Seguridad Social se refiere a un conjunto de mecanismos, provistos por el Estado- generalmente, ya que como veremos más adelante, el sistema de pensiones también puede ser privado- para brindar a los ciudadanos una protección especial para aquel momento en el cual se encuentren en la situación de no poder valerse por sí mismos para su subsistencia. Este conjunto de mecanismos implican prestaciones de parte del estado al ciudadano. En ese sentido, el profesor Gonzales Hunt, menciona sobre el tema lo siguiente: *“Al respecto, cabe señalar que la Seguridad Social se manifiesta a través de dos tipos de prestaciones: prestaciones de salud y prestaciones económicas; estas últimas están materializadas -entre otras- a través del pago de las pensiones.”*¹⁰ Así pues, se puede determinar que la pensión es un tipo de prestación económica que brinda el Estado al ciudadano, por diversos motivos señalados en la legislación de la materia.

¹⁰ GONZALES HUNT, César. *Óp. Cit.* Pág. 428.

Por otro lado, el concepto de sistema de pensiones para el profesor Rojas, “*alude a esquemas de diverso tipo que tienen como propósito específico el pago de una renta, casi siempre vitalicia, a aquellas personas que se retiran del mercado laboral, sea esto en razón de su edad o por problemas de salud (invalidez o discapacidad), y en el cual la participación del Estado suele ser de menor importancia que la seguridad social.*”¹¹

Para el profesor Abanto, “*la pensión es – independientemente de la contingencia que la origine (enfermedad, accidente, vejez, muerte, etc.)- una suma dineraria, generalmente vitalicia, que sustituiría los ingresos percibidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o transitoria, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que esta cumpla todos los requisitos previstos legalmente.*”¹²

Finalmente, para el profesor Gonzales Hunt, “*las pensiones - como manifestación por excelencia de la Seguridad Social - se insertan como prestaciones económicas periódicas derivadas de las contingencias producidas por la invalidez, la vejez o el fallecimiento*”¹³

En ese sentido, podemos concluir válidamente que la pensión es un derecho que tiene el ciudadano, el mismo que tiene estrecha relación con el derecho a la seguridad social, ya que es una manifestación de éste y que ha sido desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución, como veremos a continuación.

3.1. El contenido esencial del Derecho a la Pensión.

La figura del contenido esencial de los derechos se da, entre otros motivos, para que el legislador ordinario no regule según su voluntad y sin parámetro alguno. La esencia del derecho no tiene que ser desdibujada. La idea del contenido esencial es la protección de la esencia del mismo derecho fundamental, es el mínimo indisponible que hace reconocible al derecho propiamente del tipo. Asimismo, el Tribunal Constitucional¹⁴ ha

¹¹ ROJAS, Jorge. “*El sistema privado de pensiones en el Perú*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año 2014. Pág. 25.

¹² ABANTO REVILLA, Cesar. “*Manual del Sistema Privado de Pensiones*”. Gaceta Jurídica. Lima. Año 2013. Pág. 29.

¹³ GONZALES HUNT, César. “*La configuración constitucional de la seguridad social en pensiones*”, en: Estudio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Libro Homenaje a Javier Neves Mujica, Lima, 2009, pp. 427-428

¹⁴ Fundamento 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC.

determinado que el contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser determinado a priori. Dicho contenido esencial es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan y su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

Dicho análisis ha sido efectuado por el Tribunal con respecto al derecho a la pensión a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI, señalando en la misma que el contenido esencial del mismo está constituido por tres elementos:

- El derecho de acceso a una pensión
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y.
- El derecho a una pensión mínima vital.

Es así que, mediante el derecho fundamental a la pensión -señala el Tribunal- la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privado de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de **reconocer el disfrute de una pensión mínima vital** como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.¹⁵

3.2. El régimen de pensiones administrado por la AFPs en el Perú

La doctrina ha señalado que existen fundamentalmente 02 sistemas de pensiones. Citando al Profesor Delgado¹⁶, el más tradicional es del de reparto o solidario, que consiste en que todos los trabajadores activos financian las pensiones de los jubilados, todos los aportes entran a un fondo común y luego estos son redistribuidos en montos máximos y mínimos que se gradúan en función del tiempo y de cuantía.

¹⁵ Fundamento 107 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI del 03/06/2005.

¹⁶ DELGADO ZEGARRA, Jaime y FUERTES AMAYA, Aldo. “*Los fondos de pensiones. ¿Qué futuro nos espera?*” Impreso por Solvima Graf S.A.C. Lima. Año 2010. Pág. 27.

Muchos autores concuerdan que el Sistema Privado de Pensiones (en adelante SPP) no es propiamente un sistema de seguridad social como el del Estado y, en efecto, de un examen valorativo, el SPP no se fundamenta en los principios propios e inherentes a la seguridad social – solidaridad, universalidad, etc.- por lo que desde un punto de vista principista, los sistemas privados no son seguridad social.¹⁷ Ello sin embargo, señala Abanto¹⁸, no implica sustraer al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues -en un sentido amplio- es un modelo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser implementados por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por la tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar.

Así pues, el sistema privado de pensiones debe ser entendido dentro del ámbito de aplicación de los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución referidos a la seguridad social y el derecho a la pensión y – sobre todo, para lo que nos interesa en este informe- a la intangibilidad de los fondos.

3.2.1 Prestaciones: Pensión de Jubilación

Se entiende por prestaciones, a los beneficios que, de modo directo y bajo los alcances de los riesgos sociales comprendidos en el SPP, se otorgan a los trabajadores afiliados así como a sus beneficiarios. De acuerdo a las normas del SPP, las prestaciones que se otorgan son: pensión de Invalidez, pensión de sobrevivencia, gastos de sepelio y finalmente, el tema que nos atañe, la pensión de Jubilación.

La pensión de jubilación es uno de los beneficios que se otorga a los afiliados de la AFP, que consiste en el pago de una cantidad de dinero financiado con el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), que recibe mensualmente el afiliado jubilado, siempre que cumpla con los requisitos y procedimiento establecidos en las normas legales del SPP. La pensión de jubilación es aquella que se otorga desde el

¹⁷ PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Sistema privado de pensiones (AFP)*. En: Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica. Secretaria General de la OSISS. Madrid: 1998, p.179.

¹⁸ ABANTO REVILLA, Cesar. *El sistema privado de pensiones en el Perú: Criticas a su implementación, dos décadas después*. En: Libro Homenajes a Mario Pasco Cosmópolis. Lima. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, p. 111.

momento que el afiliado (a) alcanza los 65 años de edad o antes si cumple con los requisitos de una jubilación anticipada¹⁹.

El monto de la pensión por otro lado, no es una cantidad determinada, pagadera desde su retiro del trabajo hasta su fallecimiento, sino una suma cuyo monto y duración dependen del saldo acreditado en su cuenta, más la suma que hubiera podido obtenerse por la venta o redención del bono de reconocimiento entregado por la ONP, si hubiera tenido derecho a él, y de la modalidad de pago que elija. Se deducen de los saldos de la cuenta del pensionista las comisiones de la AFP o de la compañía de seguros por la administración del capital y por el pago de las pensiones.

3.2.2 Modalidades del retiro

Siendo que el tema abordado por este artículo es el retiro de casi la totalidad de los montos de los fondos de pensiones privados, consideramos pertinente señalar – brevemente - cuáles son las otras opciones de retiro que posee el afiliado a un SPP²⁰:

- ✓ Retiro Programado: Es una modalidad de pensión administrada por la AFP por la cual el afiliado mantiene la propiedad de los fondos de su Cuenta Individual de Capitalización y efectúa retiros mensuales hasta su extinción, si es el caso. El saldo que quedara de la CIC al momento del fallecimiento del afiliado pasa a sus herederos.
- ✓ Renta Vitalicia Personal: Aquí el afiliado contrata con la AFP una renta vitalicia mensual solo para él hasta su fallecimiento, cediendo a la AFP el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización.
- ✓ Renta Vitalicia Familiar: Es la modalidad por la cual el afiliado contrata con la empresa de seguros de su elección el pago de una pensión mensual hasta su fallecimiento, y el pago de una Pensión de Supervivencia a sus beneficiarios en

¹⁹ Antes de los 65 años, si el afiliado obtiene una pensión por lo menos igual al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses anteriores al mes que presenta su solicitud, debidamente actualizada.

²⁰ ABANTO REVILLA, Cesar. “Manual del Sistema Privado de Pensiones”. Gaceta Jurídica. Lima. Año 2013. Pág. 102.

la misma modalidad; para lo cual cede a la empresa de seguros el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización.

- ✓ Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida: Modalidad por la cual el afiliado conserva parte de su Cuenta Individual de Capitalización, administrada por la AFP, para financiar una Renta Temporal de 1 a 5 años y luego recibir una Renta Vitalicia con la empresa de seguros de su elección, La Renta Vitalicia que se contrata debe ser el 50% o 75% del primer pago mensual de la Renta Temporal, la misma que se recalcula cada año.
- ✓ Jubilación anticipada: Procede la jubilación anticipada (antes de los 65 años), si el afiliado obtiene una pensión por lo menos igual al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses anteriores al mes que presenta la solicitud, debidamente actualizadas. Con la Ley N°29903 se redujo ese porcentaje a un 40%. Para efectos de la jubilación anticipada, la evaluación del requisito establecido, considerará la modalidad de Retiro Programado.

4. La problemática Constitucional entre la intangibilidad de los fondos y el retiro de los fondos de pensiones

La Constitución política ha establecido en su artículo 12° que los fondos de la seguridad social, esto es, los montos aportados por los ciudadanos sujetos al régimen, serán intangibles. Señala el dispositivo constitucional lo siguiente:

“Artículo 12°.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.”

De esta forma, nuestra Constitución efectúa una precisión particular de los fondos y las reservas de la seguridad social al calificarlas de intangibles, lo cual implica que, según Abanto²¹, *“...que no podrán ser utilizados para fines distintos a los que corresponden a la atención de las prestaciones de salud y pensiones, y aquellos determinados por un*

²¹ ABANTO REVILLA, Cesar. *“La intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social”*. En: La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica. Tercera Edición, p. 621.

mandato legal, asumiendo los funcionarios y particulares (en los regímenes privados) a cargo de su administración la responsabilidad de ley por su utilización indebida o su manejo irregular.”

Vemos entonces que el artículo 12° de la Constitución tiene la finalidad de salvaguardar los intereses de todos aquellos afiliados a un fondo de pensiones, ya sea público o privado, y que nunca se destinen dichos fondos a fines distintos de aquellos para los que fueron creados. Esta disposición tiene una finalidad protectora, la intangibilidad a la que se refiere la norma no hace más que crear un escudo, blindar dichos montos para de esta forma preservar el derecho a la pensión, manifestación económica del derecho a la seguridad social.

4.1. El derecho de propiedad sobre los montos abonados.

Uno de los principales argumentos a favor del retiro de los fondos de las AFPs es que el afiliado es propietario de los montos aportados, y por tanto, puede disponer de los mismos a su voluntad. Al respecto debemos manifestar, a manera de trasfondo, que los derechos fundamentales no son absolutos.

El Tribunal Constitucional ha aclarado el tema. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado en diversa jurisprudencia que la pensión, si bien forma parte del patrimonio del pensionista, no se puede entender que la misma esta asimilada el derecho a la propiedad ya que existen notables diferencias entre el derecho a la propiedad y la pensión. En efecto, la diferencia jurídica entre ambas se basa sobre todo en los actos que pueden realizarse con ellas (la propiedad y la pensión).

En este sentido el tribunal²² señala que por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos y, en cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad.

²² Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0030-2004-AI/TC.

Así pues, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°0030-2004-AI/TC, señala que la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación –como equivocadamente señalan los demandantes–. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de o sus beneficiarios.

En esa misma línea, si bien la propiedad privada es inviolable, este derecho también debe en ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites propios que la ley le aplica; y esto porque nos encontramos en un Estado Social de Derecho en la que la persona humana no es entendida ya de modo excluyente como individuo o como miembro de una comunidad, si no que ambas concepciones confluyen en el concepto de Estado Social de Derecho. Así pues, se puede señalar válidamente que si bien el afiliado es propietario de los montos aportados, este derecho le otorga la seguridad de que sus fondos no serán utilizados para un fin distinto de aquel que no esté relacionado directa – o indirectamente- con el pago de una pensión mínima (contenido esencial del derecho a la pensión) al momento en que la contingencia se produzca.

Por el contrario, no se puede entender que el derecho de propiedad que ejerce el pensionista le otorga la facultad de disponer de los mismos (no ejerce el derecho de propiedad en este aspecto) para fines distintos al de recibir una prestación económica – pensión-, ya que estos montos están destinados a un fin superior, un fin que tiene como fundamento la dignidad misma del afiliado: los aportes pensionarios. Y, esta finalidad, ha sido impuesta por la ley al amparo de lo dispuesto en la Constitución referente al derecho a la seguridad social y el derecho pensionario y sobre todo, en virtud de la intangibilidad otorgada por el artículo 12° de la Carta Magna a dichos montos.

5. El conflicto con la finalidad misma del derecho a la pensión. Y ahora, ¿Quién podrá defendernos (de los riesgos)?

La iglesia católica, en los sermones que se transmiten en el tiempo de Adviento, hace mención a que al cristiano tiene que ser visitado – necesariamente- a lo largo de su vida por tres “ángeles”, el ángel de la enfermedad, el ángel de la vejez y finalmente, el ángel de la muerte. Saliendo ya del tema religioso, cierto es que estos tres “ángeles” a los que hace referencia la doctrina cristiana, no son otros que aquellos que en la seguridad social son denominados los “riesgos”. Estos siempre han existido y han sido muchos y diversos los mecanismos de protección que se usaron para protegerse de los mismos.

5.1. Los riesgos

Así pues, con respecto a los riesgos a los que está expuesto el ser humano y su relación con el origen de la seguridad social, Nugent señala que *“la seguridad social es el resultado de un largo proceso histórico derivado del estado de inseguridad en que vive el hombre, desde los albores de la humanidad”*²³. Señala más adelante el autor que *“El germen de la seguridad social lo encontramos entonces inscrito en la humanidad social desde los tiempos más remotos. El hombre se enfrenta a un mundo que no entiende y que le agrede constantemente, a lo que se agregan las enfermedades y por consiguiente la urgente necesidad de prevenirlas; al igual que las vicisitudes propias de la vejez y la imposibilidad de subsistir por sus propios medios”*²⁴

Vemos que la seguridad social es la respuesta de la sociedad ante una serie de contingencias y riesgos sociales que han existido desde siempre y que seguirán presentes, por más perfecto que sea el modelo de estado que escoja una sociedad. Los riesgos se configuran son tan antiguos como la humanidad misma y afecta a todos los seres humanos, genera consecuencias tan hondas, que desde las hordas primitivas han tratado de buscar soluciones, mediante los medios económicos, físicos, sociales y religiosos que tenían a la mano²⁵. En ese sentido, Olea y Tortuero, citando a Willian Beveridge, señalan que la seguridad social es *“el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción*

²³ NUGENT, Ricardo. *“La seguridad social: su historia y sus fuentes”*. En: “Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”. Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. México. Año 1997. Pág. 603.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ RUEZGA BARBA, Antonio. Seguridad Social: Una visión latinoamericana. México: CIESS, 2009. Pág. 6

individual que jamás dejaran de presentarse, por optima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan.”

En esa misma línea, Ruezga Barba²⁶, citando a Jean Jacques Dupeyroux, describe a los riesgos en funciones de sus efectos en los individuos, señalando que todos los riesgos tienen en común una incidencia sobre la situación económica de los individuos, ya susciten una disminución de sus ingresos o una elevación de sus gastos. Afectan los ingresos, los riesgos físicos que reducen la capacidad de trabajo -como la enfermedad, la vejez y la invalidez- y, los riesgos económicos que, sin alterar la fuerza de trabajo, obstaculiza su ejercicio, como el desempleo.

La Organización Internacional del Trabajo no se ha quedado ajena ante esta realidad humana y, en el Convenio 102° se explica cuáles son las necesidades y los riesgos que afronta el ser humano y exige a los estados firmantes brindar asistencia a los ciudadanos durante la infancia y la **vejez**, y cuando se esté enfermo y desempleado.

Como se desprende de los párrafos precedentes, la Seguridad Social es derecho reconocido por el Estado que tiene toda persona, el mismo que tiene por objeto amparar al ciudadano y protegerlo ante los posibles riesgos que se enfrente a lo largo de su existencia, riesgos que pueden causar disminución en su capacidad para valerse de sí mismos y que pueden causar la desaparición de sus ingresos económicos, situaciones como sufrir un accidente, la enfermedad, el desempleo, la vejez o invalidez, pueden colocar a la persona en una situación de desamparo. Ante estas contingencias surge la Seguridad Social, para asegurar – valga la redundancia- una estado de dignidad mínimo en el ciudadano, inherente a él como ser humano y, más concretamente, el derecho a la pensión, para otorgar una cobertura de protección ante incapacidad de la persona humana de seguir valiéndose por sí misma y de continuar laborando.

5.2. El riesgo lo asume el ciudadano

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad propia del Derecho la seguridad social, a través de una de sus manifestaciones – la pensión- habría que preguntarse, qué pasara en

²⁶ RUEZGA BARBA, Antonio. *Seguridad Social: Una visión latinoamericana*. México: CIESS, 2009. Pág. 4

aquellos casos en los que el ciudadano se quede sin la misma. Y es que, según la Vigésimo Cuarta Disposición Final señalada en el artículo 2° de la ley bajo análisis, el afiliado que opte por el retiro del 95.5% de los montos de su AFP quedara desprotegido contra futuras contingencias relacionadas con la posible incapacidad de seguir valiéndose por sí mismo a consecuencia de su edad. La norma señala lo siguiente:

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

Y es que, los sistemas de pensiones -públicos o privados- tienen como finalidad asumir los riesgos de los afiliados, por lo que el retiro hasta del 95.5% del saldo de sus aportes, a través de un pago único a partir de la edad de jubilación, no hace otra cosa que transferir el riesgo al propio jubilado, en la etapa más vulnerable de su ciclo de vida: la vejez.

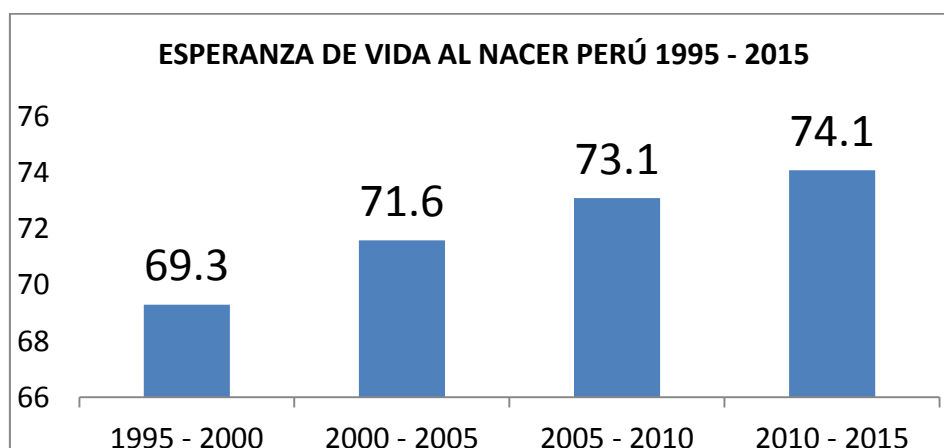
Por otro lado, consideramos que habría que tener en cuenta ciertos factores agravantes de riesgo que el legislador no ha considerado como es el caso de la longevidad del individuo. La longevidad está asociada a la posibilidad que tienen las personas de superar la esperanza de vida de su grupo etario. Desde la perspectiva previsional, este hecho es considerado como un riesgo, porque el afiliado agota sus propios recursos para financiar su retiro y cae en situación de pobreza antes que su vida haya culminado.²⁷

Asimismo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) dio a conocer que la esperanza de vida de la población peruana aumentó en 15 años, en las últimas cuatro décadas, por lo que, de mantenerse constantes las condiciones de mortalidad del año 2015, los peruanos vivirán, en promedio, 74,6 años (72,0 años los hombres y 77,3 las

²⁷ <http://rpp.pe/economia/economia/afp-los-motivos-de-la-observacion-de-ley-sobre-retiro-de-fondos-para-vivienda-noticia-968126>. Visitado el 22 de octubre de 2016.

mujeres).²⁸ A continuación 02 cuadros demostrativos de los índices de longevidad a nivel nacional:

PERÚ			
INDICADOR	UNIDAD MEDIDA	AÑOS	VALOR
Esperanza de vida al nacer – Ambos sexos	Años	1995 – 2000	69.3
		2000 – 2005	71.6
		2005 – 2010	73.1
		2010 – 2015	74.1



Como se puede entender del cuadro, el riesgo que tiene que afrontar el afiliado se acrecienta en la medida que la esperanza de vida aumenta y es que, es mayor el tiempo en el que el afiliado que decidió por el retiro del 95.5% de los montos de la AFP, en virtud de la norma bajo análisis, deberá asumir el riesgo de la vejez.

En esa misma línea, lo más probable y, teniendo en cuenta la idiosincrasia nacional, es que la mayoría de los afiliados que opten por el retiro completo (o casi) de sus fondos no sabrán invertirlos adecuadamente, de tal forma que dicha inversión le asegure una protección económica para el resto de su vida. En palabras simples, el afiliado vivirá

²⁸ <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/esperanza-de-vida-de-poblacion-peruana-aumento-en-15-anos-en-las-ultimas-cuatro-decadas-8723/>. Visitada el 20 de octubre de 2016.

más tiempo, y vivirá sin una pensión, una pensión que de una forma u otra le asegura un nivel mínimo de vida digna, ya que después de todo, esa es la finalidad última de la pensión, proteger al individuo de los riesgos y asegurarle una vida digna al momento de su vejez.

5.2.1. Características sociales del adulto mayor

Un aspecto importante que hay que tomar en cuenta para poder avizorar las consecuencias negativas que puede traer esta medida legislativa es la realidad social que viven las personas que tienen más de 65 años – los que son afectados con esta medida-.

Como señala Grzetich²⁹, en otras épocas y lugares, las redes de apoyo grupal y familiar estaban más consolidadas. La diferencia de roles que se pueden ir cumpliendo a medida que la edad impide los que exigen fuerza y juventud, eran elementos que hacían menos necesaria la previsión social. Pero, con la revolución industrial, fenómeno en el que las ciudades cobran mayor importancia, el ámbito de la familia tradicional o extendida es sustituida por la familia nuclear (padres e hijos). Las redes familiares se debilitan por esa reducción numérica de la familia, lo que implica la pérdida de roles familiares de cuidado de niños y ancianos.

Según un estudio realizado por Olivera y Clausen³⁰, Aproximadamente 32% de los adultos mayores viven en hogares unipersonales, es decir, no tienen algún familiar a quien recurrir, este porcentaje representa alrededor de 567, 000 adultos mayores. De ellos, el 26.7% vive en pobreza (extrema y no extrema), lo cual representa aproximadamente 156, 700 adultos mayores.

²⁹ GRZETICH LONG, Antonio. “Derecho de la Seguridad Social”. Uruguay, 2005. Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 73

³⁰ OLIVERA Javier, CLAUSEN, Jhonatan. Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. Pág., 33

CONCLUSIONES

1. La Seguridad Social se gesta dentro del germen del Estado Social y Democrático de Derecho, siendo el derecho a la pensión una de sus manifestaciones. Este último, al ser un derecho de naturaleza netamente social, se desprende del carácter Social de Derecho que posee el Estado.
2. La Vigésima Cuarta Disposición Final de la ley N° 30425, transgrede el principio constitucional de la intangibilidad de los fondos de pensiones recogido en el artículo 12° de la Constitución, el mismo que tiene la finalidad de salvaguardar los intereses de todos aquellos afiliados a un fondo de pensiones, ya sea público o privado, y que nunca se destinen dichos fondos a fines distintos de aquellos para los que fueron creados.
3. No se puede entender que el derecho de propiedad que ejerce el pensionista sobre los fondos de pensiones le otorga la facultad de disponer de los mismos (no ejerce el derecho de propiedad en este aspecto) para fines distintos al de recibir una prestación económica – pensión-, ya que estos montos están destinados a un fin superior, un fin que tiene como fundamento la dignidad misma del afiliado: los aportes pensionarios
4. La Vigésima Cuarta Disposición Final de la ley N° 30425, va en contra de la finalidad misma del derecho a la pensión - entendiéndose este como una manifestación de la Seguridad Social- la cual es amparar al ciudadano y protegerlo ante los posibles riesgos que se enfrente a lo largo de su existencia, riesgos que pueden causar disminución en su capacidad para valerse de sí mismos y que pueden causar la desaparición de sus ingresos económicos, situaciones como sufrir un accidente, la enfermedad, el desempleo, la vejez o invalidez, pueden colocar a la persona en una situación de desamparo.

5. Aquellos afiliados que opten por el retiro de los fondos, no podrán optar luego por algún beneficio otorgado por el Estado. Entiéndase que no podrán solicitar la Pensión 65 por más que se encuentren en estado de desamparo.



BIBLIOGRAFIA

NUGENT, Ricardo.

1997 *“Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

APARICIO TOVAR, Joaquín.

2008 *“La seguridad social, pieza esencial de la democracia”*. En: *“La seguridad social a la luz de las Reformas pasadas, presentes y futuros: Homenaje al Profesor Jose Vida Soria, con motivo de su jubilación”*, por MONEREO PEREZ, Jose Luis y OTROS.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2008 *“Principios de la Seguridad Social”*; en: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en materia Previsional*, Tribunal Constitucional del Perú.

GONZALES HUNT, César.

2009 *“La configuración constitucional de la seguridad social en pensiones”*, en: *Estudio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Libro Homenaje a Javier Neves Mujica.

ROJAS, Jorge.

2014 *“El sistema privado de pensiones en el Perú”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

DELGADO ZEGARRA, Jaime y FUERTES AMAYA, Aldo.

2010 *“Los fondos de pensiones. ¿Qué futuro nos espera?”* Impreso por Solvima Graf S.A.C. Lima.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2011 *“La Cláusula de Estado Social en la Constitución”*. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1984 *Introducción a la Seguridad Social*. Ginebra.

