



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**Tesis**

**La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios frente a la  
intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social**

**Autor**

**Bach. Estela Díaz Jack Joshua Kevin**

**Asesor**

**Dr. Hernández Canelo Rafael**

**Para optar el título profesional de Abogado**

**Fecha de sustentación:**

**26 de enero del 2024**

**Lambayeque, 2024**

Tesis “La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social” presentada para obtener el título profesional de Abogado, por:



Bach. Estela Diaz Joshua Kevin

Autor



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

Asesor

Aprobado por:



Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE  
Presidente del Jurado



Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA  
Secretario del Jurado



Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ  
Vocal del Jurado.

## **Dedicatoria**

A mis padres, pilares  
fundamentales de mi educación y  
promotores principales de la  
realización de todos mis sueños y  
metas, quienes a través de su ejemplo  
supieron mostrarme el camino de la  
superación.

## **Agradecimiento**

En primer lugar, agradezco a mi familia, gracias a mis padres por ser los principales promotores de mis sueños, gracias a ellos por brindarme su apoyo incondicional en cada decisión y proyecto.

Agradezco a la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, a la escuela de Derecho y a todos sus catedráticos que depositaron sus conocimientos en mí permitiéndome realizar esta tesis, agradezco de manera especial a mi asesor de tesis, Dr. Rafael Hernández Canelo, por su paciencia y su guía durante el proceso de creación de la presente.

Jack Joshua Kevin Estela Díaz



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**UNIDAD DE INVESTIGACION**



**ACTA DE SUSTENTACIÓN**  
**A C T A DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 07-2024-UI-FDCP**

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Jack Joshua Kevin Estela Díaz.**

Siendo las 12:00 m. del día viernes 26 de enero del 2024 se reunieron en la Sala de simulación de audiencias 1 de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**LA FLEXIBILIZACIÓN PARA DISPONER DE LOS APORTES PENSIONARIOS FRENTE A LA INTANGIBILIDAD DE LOS FONDOS Y RESERVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**", designados por Resolución N° 212-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 25 de abril del 2023, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

**PRESIDENTE** : Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE.  
**SECRETARIO** : Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA.  
**VOCAL** : Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ

La tesis fue asesorada por Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, nombrada por Resolución N°212-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 25 de abril del 2023.


El acto de sustentación fue autorizado por Resolución 40-2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 23 de enero del 2024.


La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Jack Joshua Kevin Estela Díaz** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: APROBADO con la nota de 17 ( Diecisiete ) en la escala vigesimal, mención de BUENO.

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de ABOGADO, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 1:37 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Lambayeque, viernes 26 de enero del 2024

  
Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE  
Presidente del Jurado

  
Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA  
Secretario del Jurado

  
Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ  
Vocal del Jurado.

## CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, Docente/ Asesor de tesis/ Revisor del trabajo de investigación del bachiller en DERECHO Jack Joshua Kevin Estela Díaz, Titulada LA FLEXIBILIZACIÓN PARA DISPONER DE LOS APORTES PENSIONARIOS FRENTE A LA INTANGIBILIDAD DE LOS FONDOS Y RESERVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 18% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 28 de setiembre del 2023



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DNI: 16465401

ASESOR



Bach. Jack Joshua Kevin Estela Díaz

DNI: 72973102

Autor

# La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social

## INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

6%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[hdl.handle.net](http://hdl.handle.net)

Fuente de Internet

3%

2

[repositorio.unprg.edu.pe](http://repositorio.unprg.edu.pe)

Fuente de Internet

2%

3

[www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe)

Fuente de Internet

1%

4

[tesis.pucp.edu.pe](http://tesis.pucp.edu.pe)

Fuente de Internet

1%

5

[qdoc.tips](http://qdoc.tips)

Fuente de Internet

1%

6

Submitted to Universidad Privada Antenor  
Orrego

Trabajo del estudiante

1%

7

Submitted to Pontificia Universidad Catolica  
del Peru

Trabajo del estudiante

1%

8

[vlex.com.mx](http://vlex.com.mx)



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DNI: 16465401

ASESOR

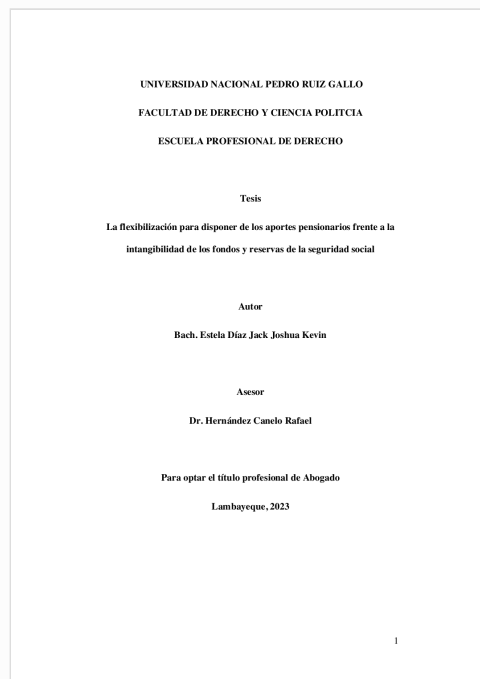


## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Jack Joshua Kevin Estela Diaz  
Título del ejercicio: REVISIÓN DE TESIS  
Título de la entrega: La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios ...  
Nombre del archivo: Tesis\_Estela\_Diaz\_Jack\_Joshua\_Kevin.docx  
Tamaño del archivo: 98.99K  
Total páginas: 101  
Total de palabras: 19,395  
Total de caracteres: 105,629  
Fecha de entrega: 28-sept.-2023 01:13p. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entrega: 2179608474



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DNI: 16465401

ASESOR



## Índice general

Dedicatoria .....	iii
Agradecimiento .....	iv
Índice general .....	v
Índice de tablas.....	ix
Resumen .....	x
Abstract .....	xi
Introducción .....	12
Capítulo I.....	16
Aspectos metodológicos de la investigación.....	16
1.1. El planteamiento del problema.....	16
1.2. La formulación del problema .....	18
1.3. La justificación de la investigación .....	18
1.4. La importancia de la investigación.....	19
1.5. Los objetivos de la investigación .....	20
1.5.1. El objetivo general .....	20
1.5.2. Los objetivos específicos .....	20
1.6. La hipótesis .....	21
1.7. Las variables.....	21
1.7.1. Variable independiente.....	21

1.7.2. Variable dependiente.....	21
1.8. Los métodos aplicados en la investigación .....	21
1.8.1. La aplicación del método exegetico .....	22
1.8.2. Aplicación del método de interpretación sistemática.....	22
Capítulo II .....	24
La naturaleza jurídica de los aportes pensionarios y su disposición flexibilizada.....	24
2.1. Trabajos previos .....	24
2.2. La seguridad social en el Perú.....	26
2.3. El sistema previsional peruano con base en la seguridad social .....	28
2.4. Naturaleza jurídica de los aportes pensionarios .....	38
Capitulo III .....	40
La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.....	40
3.1. La seguridad social y sus principios.....	40
3.2. La pensión de jubilación como derecho fundamental .....	43
3.3. Intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social .....	47
3.4. La devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones	49
Capítulo IV .....	52

Análisis y Resultados .....	52
4.1. Unidad de análisis .....	52
4.2. Resultados del análisis de la legislación relacionada con la disposición de fondos de pensiones .....	52
Capítulo V .....	57
Contrastación de la hipótesis .....	57
5.1. Discusión de los resultados .....	57
5.1.1. Discusión del objetivo específico “Estudiar teóricamente los aportes pensionarios para reconocer los fundamentos para flexibilizar su disposición” .....	57
5.1.2. Discusión del objetivo específico: “Desarrollar el contenido esencial de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social” .....	71
5.1.3. Discusión del objetivo específico: “Analizar constitucionalmente los efectos de la disposición de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social” .....	79
5.2. Validación de las variables .....	84
5.2.1 Validación de la variable independiente: “La viabilidad constitucional de la flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios” .....	84

5.2.2. Validación de la variable dependiente: “La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social” .....	88
5.3. Contrastación de la hipótesis .....	91
5.3.1. Determinación final de la tesis .....	92
Conclusiones .....	93
Conclusión general .....	93
Conclusiones específicas .....	93
Recomendaciones .....	95
Bibliografía .....	97

## **Índice de tablas**

Tabla 1: Tabla de evaluación de las leyes sobre seguridad social comprendidas entre los años 2020 y 2022, respecto a la flexibilización de requisitos para acceder a los fondos pensionarios.....	52
---	----

Tabla 2: Cuadro comparativo entre la hipótesis inicial y la determinación final de la tesis.....	92
--	----

## **Resumen**

Se ha planteado como meta de esta investigación determinar la viabilidad constitucional de la flexibilización para disponer de los aportes pensionarios a fin de respaldar la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social, lo cual ha podido lograrse en función al análisis de la realidad legislativa. Para tales efectos se ha considerado importante la intervención de los métodos de interpretación legislativa, siendo así la exégesis y la evaluación sistemática de las reglas han permitido observar condiciones inconstitucionales respecto de aquellas que se ocupan de flexibilizar los requisitos para acceder a los fondos pensionarios.

Como resultado de este análisis se ha podido verificar que existen elementos de inconstitucionalidad incorporados en las reglas analizadas, lo cual alcanza a la lógica de comprensión destinada a la garantía de intangibilidad de los fondos pensionarios. Por tal razón es que se verifica la posibilidad de establecer un mejor control a nivel de la promulgación de las leyes, ante lo cual debe establecerse de manera exhaustiva la intervención del Poder Legislativo para que en uso de sus atribuciones proyecte el retorno a la situación anterior, lo cual debería darse bajo la posibilidad de un cambio legislativo.

**Palabras clave: Flexibilización, Aportes pensionarios, Intangibilidad, Seguridad social, fondos y reservas previsionales.**

## **Abstract**

The goal of this research has been to determine the constitutional viability of the flexibility to have pension contributions in order to support the intangibility as a guarantee of social security funds and reserves, which has been achieved based on the analysis of the legislative reality. For these purposes, the intervention of legislative interpretation methods has been considered important, thus the exegesis and systematic evaluation of the rules have made it possible to observe unconstitutional conditions with respect to those that deal with making the requirements for accessing pension funds more flexible.

As a result of this analysis, it has been possible to verify that there are elements of unconstitutionality incorporated in the rules analyzed, which reaches the logic of understanding intended to guarantee the intangibility of pension funds. For this reason, the possibility of establishing better control at the level of the promulgation of laws is verified, in view of which the intervention of the Legislative Power must be exhaustively established so that, in the use of its powers, it projects a return to the previous situation. , which should occur under the possibility of a legislative change.

**Keywords: Flexibility, Pension contributions, Intangibility, Social Security, pension funds and reserves.**

## **Introducción**

Esta tesis que lleva por título “La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social” se ha vislumbrado como una posibilidad de análisis en tanto que se trata de un cuestionamiento del nivel constitucional de las leyes establecidas entre los años 2020 al 2022. Siendo así se ha percibido un problema sobre la vulneración de los derechos pensionarios en tanto que se ha indicado ilegítima la acción que tomó el Estado peruano a través de los órganos de poder con capacidad legiferante.

La demostración de la realidad que se ha decidido discutir en el desarrollo de esta tesis, como tal dicho diseño se describe en el Capítulo I respecto al campo metodológico, donde se planteó una meta con el fin de establecer la respuesta al cuestionamiento principal que se describe como ¿Cuán viable constitucionalmente resulta la flexibilización para disponer de los aportes pensionarios a fin de respaldar la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social?

Dicha pregunta, en base a la estructura de contrastación, invitó a la creación de una posible respuesta la que se plasma mediante la hipótesis siguiente: La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios no resulta viable constitucionalmente en tanto que no respalda la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.



La perspectiva mostrada, se pudo corroborar mediante el desarrollo de la contrastación que se orientó a discutir cada uno de los objetivos específicos, con lo cual se ha tenido en cuenta un aspecto general: Determinar la viabilidad constitucional de la flexibilización para disponer de los aportes pensionarios a fin de respaldar la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.

Del mismo modo se ha tenido la estructura de los objetivos específicos marcados por: Estudiar teóricamente los aportes pensionarios para reconocer los fundamentos para flexibilizar su disposición; Desarrollar el contenido esencial de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social, Analizar constitucionalmente los efectos de la disposición de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social.

En base a tal estructura se han construido los contenidos teóricos como es el caso del Capítulo segundo relacionado con las bases teóricas respecto a los aportes pensionarios con el fin de comprenderlo en el marco de la legislación que se presume recoge adecuadamente dicho concepto, lo cual se apreció que esta realizado de manera adecuada en tanto que la garantía se orienta a proteger el fondo que la seguridad utiliza de respaldo.

Esta protección constitucional se aprecia vulnerada con las acciones legislativas de flexibilización de los requisitos para acceder a los fondos pensionarios, de lo cual no se aprecia una justificación jurídica válida, desestimando la postura respecto a su consentimiento en base a la urgencia sanitaria, puesto que no se logra demostrar una razón desprendida del análisis económico de la realidad, ni tampoco supera el sentido jurídico de protección, puesto que se trata de una garantía constitucional relacionada con la vida.

Luego en el Tercer Capítulo se tiene el desarrollo de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social, lo cual ha conllevado a la comprensión de un sentido lógico respecto a la protección normativa sobre el carácter intangible, que se orienta a la protección del fondo y reserva que otorga el respaldo económico necesario para satisfacer la materialización de la asistencia como pensión de jubilación. Esta percepción es el argumento que fundamenta la garantía de intangibilidad, lo cual se presume debe ser respetado en todos los niveles de la administración pública, puesto que se presenta como un límite a este tipo de acciones.

El contenido del Cuarto Capítulo se ha proyectado sobre el análisis de la realidad que ha operado sobre la intangibilidad de los fondos pensionarios respecto a la intervención estatal para flexibilizar los requisitos para acceder a los aportes pensionarios. Lo señalado dio como resultado de la evaluación legislativa, la presencia de un marco de vulneración de la

garantía de los fondos y reservas pensionarias, cuya restricción corresponde al Estado cuidar de sus capacidades administrativas, es decir no es posible atender otras necesidades distintas a la finalidad para la que fue creada.

Con estos resultados se ha podido crear en el Capítulo Quinto el esquema de la contrastación de la hipótesis, elementos que permiten el establecimiento de un marco crítico respecto a lo descrito en cada uno de los objetivos específicos asumiendo de ello una postura particular de parte del investigador, lo que a su vez ha permitido alcanzar la comprensión de la validez de cada una de las variables que generaron estas metas de manera inicial. Con esta acumulación de validez se ha logrado establecer un criterio propio sobre la meta principal, lo que se entiende como la determinación final de la tesis que es comparada con la hipótesis inicial para llevar a cabo la contrastación propiamente dicha.

La base teórica y comprensión de la realidad que se plasma en el desarrollo de la investigación ha permitido crear determinaciones conclusivas cuyos planteamientos relacionados de manera directa con los objetivos tanto general como específicos, siendo así, tal alcance académico conllevo a la creación de las recomendaciones del caso, siendo puestas a consideración de los miembros del jurado que estará encargado de la evaluación de estos contenidos.

El Autor.

## **Capítulo I**

### **Aspectos metodológicos de la investigación**

#### **1.1. El planteamiento del problema**

La realidad peruana respecto al sistema previsional que se ha creado con el fin de satisfacer necesidades futuras de los pensionarios, ha sufrido alteraciones durante los últimos años debido a la existencia de la pandemia que azotó a la humanidad; esto se indica en tanto que el intento de solucionar el problema de carencias económicas en la sociedad para solventar dicha situación sanitaria, provocó acciones demagógicas por parte de las gestiones de turno, promoviéndose así la flexibilización paulatina para que pueda accederse a la devolución de los aportes pensionarios.

Tal situación se ha podido observar de los planteamientos generados por el sistema de gestión gubernamental en el Perú mediante su órgano de poder Ejecutivo con la coordinación parlamentaria necesaria entre los años 2020 y 2021 que han tenido impacto sobre el sistema de pensiones a fin de que sea utilizado por cada uno de los afiliados para solventar situaciones de atención urgente, para lo cual se liberó la propia organización estatal de la instauración de mecanismos financieros para que de manera paralela se pueda apoyar el ahorro previsional del afiliado, lo cual pone en peligro el

derecho a percibir en el futuro pensiones cubiertas del tinte de dignidad que le corresponde a cada persona. (Abanto, 2021, pág. 50)

Desde luego la justificación de estas medidas operaron en razón de los efectos de un estado de emergencia, como acciones temporales que no necesariamente deberían continuar luego de la terminación de dicho estado; la continuidad y el incremento de la flexibilización antes mencionada, generan de una manera directa afectación al contenido esencial del derecho previsional, ello en tanto que altera el carácter intangible que inspira su naturaleza jurídica.

Lo señalado, debería tener la mayor atención en tanto los resultados que se han manifestado luego de la acción flexibilizada de los derechos pensionarios, puesto que “El acceso a los fondos de pensiones durante la pandemia ha tenido un impacto negativo significativo en el SPP. Entre los años 2020 y 2021, se aplicaron dos tipos de esquema de retiro: i) los focalizados en afiliados sin empleo formal o con enfermedad terminal; y, ii) los irrestrictos, a los cuales podrían aplicar todos los afiliados. Los programas de retiro irrestricto generaron la salida de S/ 51 866 millones (79% del total), mientras que los focalizados significaron el egreso de S/ 14 076 millones (21% del total)”. (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2022, pág. 38)

Es precisamente en este sentido que se proyecta esta investigación, dado que hace falta verificar si la construcción legislativa que propicia este ámbito de flexibilización para acceder a los aportes pensionarios, podría ser

calificada de inconstitucional, en tanto que altera el sentido de protección que debe resguardar los derechos de los pensionistas, de ser el caso tal resultado orientará a la propuesta de expulsión del ordenamiento jurídico a fin de salvaguardar el carácter intangible que al Estado corresponde garantizar mediante el control de constitucionalidad que se sugiere en esta investigación.

### **1.2. La formulación del problema**

¿Cuán viable constitucionalmente resulta la flexibilización para disponer de los aportes pensionarios a fin de respaldar la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social?

### **1.3. La justificación de la investigación**

Para el desarrollo de esta investigación se ha tenido en cuenta una primera justificación de orden social, ello en tanto que la inspiración del ordenamiento jurídico destinado a la protección del derecho pensionario en el Perú tiene su origen precisamente en la necesidad social de establecer mecanismos que aseguren el adecuado desarrollo de la vida de los sujetos de derecho que han cesado en sus funciones laborales, respaldo que debe propiciar una vida digna. Esta condición de resultado en la realidad no se aprecia en su totalidad o cuando menos como se habría previsto en el punto de partida normativo que emana de la Constitución, por lo cual se precisa

del análisis jurídico constitucional correspondiente para establecer margen de efectividad sobre el derecho de pensiones.

Teniendo en cuenta este punto de partida se aprecia una justificación jurídica desde el enfoque constitucional, esto en tanto que la materialización del régimen pensionario se encuentra estrechamente ligado con el respaldo que le otorga el fondo que se construye con el aporte de todos los trabajadores adscritos a este sistema, lo cual precisa de protección suficiente con la intención de asegurar el cumplimiento de los fines del sistema. Por tal razón se justifica esta investigación en tanto que las condiciones en que se esta presentando el manejo público de este tipo de respaldo no resulta ser lo suficientemente adecuado, vale decir que la política pública se ha proyectado erradamente sobre una realidad que justificó la flexibilización en su momento, para establecer pautas regulatorias permanentes como es el caso de la pandemia, por lo cual se aceptó el acceso a los fondos por una cuestión de necesidad urgente.

#### **1.4. La importancia de la investigación**

Un sentido trascendente respecto al trabajo académico presente, se valida con el existente nivel de las garantías constitucionales, en tanto que con ello se pretende establecer un control sobre el posible exceso que se muestra en el ordenamiento jurídico a través de la flexibilización en el sistema pensionario; esta condición al operar directamente sobre el acceso a los fondos requiere de mayor análisis, por lo que el resultado de esta

evaluación tendrá el suficiente nivel de importancia con el fin de asegurar que sean cumplidas las condiciones de garantía ofrecidas por este sistema de justicia.

## **1.5. Los objetivos de la investigación**

### **1.5.1. El objetivo general**

- Determinar la viabilidad constitucional de la flexibilización para disponer de los aportes pensionarios a fin de respaldar la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.

### **1.5.2. Los objetivos específicos**

- Estudiar teóricamente los aportes pensionarios para reconocer los fundamentos para flexibilizar su disposición
- Desarrollar el contenido esencial de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social
- Analizar constitucionalmente los efectos de la disposición de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social



## **1.6. La hipótesis**

La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios no resulta viable constitucionalmente en tanto que se contrapone a la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.

## **1.7. Las variables**

### **1.7.1. Variable independiente**

La viabilidad constitucional de la flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios.

### **1.7.2. Variable dependiente**

La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.

## **1.8. Los métodos aplicados en la investigación**

Para el desarrollo de la investigación se ha planteado como base del análisis el uso de parte de la metodología como mecanismos destinados a interpretar las reglas, es así que participan la exégesis como interpretación literal y la evaluación sistemática de la construcción de las leyes, vale decir su encasillamiento dentro del ordenamiento jurídico.

Para tal efecto se han analizado las reglas destinadas a la flexibilización de los requisitos para acceder a los fondos pensionarios

durante los años 2020 al 2022, con el fin de establecer la existencia de efectos negativos sobre el carácter de intangibilidad de los fondos pensionarios, siendo así se ha diseñado la aplicación de cada uno de los métodos de la siguiente manera.

#### **1.8.1. La aplicación del método exegetico**

La construcción de las leyes tiene un origen legislativo, que permite ver el sentido que su creador les ha dado con el fin de establecer control, se presume que dicho control debe estar destinado siempre al bienestar, sobre todo en el campo de la seguridad social. Vale decir que la construcción gramatical que ha incorporado el legislador para establecer dicha regla permite el entendimiento de sus alcances de manera objetiva. Es así que las reglas destinadas a la flexibilización se orientan a la reducción de las exigencias de control que opera en función a la intangibilidad, lo cual se aprecia limitado mas bien por la construcción de estas reglas.

#### **1.8.2. Aplicación del método de interpretación sistemática**

Cabe indicar que esta forma de reconocer la viabilidad jurídica de las reglas se desliga de la propia normativa constitucional, puesto que se presume que todo el ordenamiento jurídico gira en torno a la constitución, por lo mismo que este tipo de análisis se vislumbra como un acto de corroboración entre la pauta normativa que opera en función al artículo 12

de la normativa constitucional, frente al nivel de efectividad que se presume debe tener el carácter intangible de los fondos de pensiones.

Se entiende que la ausencia de vinculación sistemática, haría pasible de una calificación de inconstitucionalidad de estas reglas flexibilizadoras de los requisitos para acceder a los fondos pensionarios, dado que no encajan en la armonía del ordenamiento jurídico, puesto que alteran el concepto cerrado de la intangibilidad destinado a evitar que el fondo pensionario sea utilizado para fines diferentes para el que fue creado.

## **Capítulo II**

### **La naturaleza jurídica de los aportes pensionarios y su disposición flexibilizada**

#### **2.1. Trabajos previos**

Se tiene como primer antecedente la investigación de Javier Paitán Martínez (2020) que lleva por título “La reforma de las pensiones de jubilación en el Perú: un nuevo modelo de protección social por armar”, presentada a la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el grado académico de Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la cual se extrae la siguiente conclusión:

“Teniendo en consideración estos rasgos que son propios de un sistema de pensiones laboralizado, así como otros que se puedan identificar del estudio del pasado y del presente del sistema de pensiones, además de los problemas que viene afrontando, en reafirmación de la seguridad social, junto a sus principios rectores, como un servicio público, por ser una herramienta importante para fomentar la solidaridad, la redistribución y el alivio de la pobreza, se hace propicia la necesidad y urgencia de armar un nuevo modelo de protección social, que implique, por ser materia del presente trabajo, la reforma de las pensiones de jubilación en el Perú”.  
(Pitán, 2020, pág. 142)

También es posible señalar como trabajo previo la tesis de Diaz Mego Katia Jackeline (2020) cuyo título es “La naturaleza del fin previsional del sistema privado de pensiones frente a la libre disponibilidad del 25% y 95% de los fondos de pensiones implementado mediante Ley N° 30425 y 30478”, presentada a la Universidad Privada Antenor Orrego para obtener el título profesional de Abogado, de la cual se extrae la siguiente determinación:

“No resulta coherente conceder la disponibilidad de los fondos de la cuenta a los aportantes del sistema previsional privado por encima del carácter constitucional de la intangibilidad de fondos. Si el fin del sistema previsional es cuidar económicamente a sus afiliados cuando cesen en sus labores, como cumplir la meta si no existirían fondos suficientes para ello. Lo que se crea con la facultad de disponibilidad de los aportes es un riesgo para sus aportantes y desnaturalizar el sistema previsional, por cuanto funcionara como una simple cuenta de ahorros al devolver sus fondos, sin importar su garantía ni protección constitucional”. (Diaz, 2020, pág. 90)

Ha de considerarse la investigación de Niurka Lisset Torres Gaviño (2019) que se titula “Idoneidad de la Ley N° 30425 como mecanismo de salvaguarda en la estabilidad de la seguridad social y el sistema previsional: propuesta para mejor administración del fondo pensionario”, presentada a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo con la que obtuvo su

título profesional de Abogada, investigación que ha servido para extraer como reseña lo siguiente:

“La seguridad social es una de las piedras angulares de un Estado, pues mediante ella se garantiza que todas las personas tengan acceso a recibir prestaciones económicas de carácter asistencial en el momento que se vean imposibilitados de afrontar alguna contingencia social por cuenta propia”. (Torres, 2019, pág. 85)

## **2.2. La seguridad social en el Perú**

Los antecedentes más remotos de la seguridad social en Perú surgieron en medio de una crisis política y social, siendo en el año 1935 que el presidente Oscar Benavides encargó la elaboración del proyecto de Ley del Seguro Social, contando con el informe actuarial de Franz Schruefer; así el 12 de agosto de 1936, se creó el Seguro Social, con la promulgación de la Ley N° 8433 – Ley del Seguro Social Obligatorio.

Esta Ley buscaba proteger ante contingencias como “enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte”, teniendo como población objetiva los obreros y sus familiares, implementándose para tales fines la Caja Nacional de Seguro Social, institución que a partir de 1936 se encargaría de sus fondos. Una vez establecido el marco legal de la seguridad social en el Perú se dio inicio a la implementación de hospitales y centros de atención de salud para asegurados.

Otro hito que marca la evolución de la seguridad social en el país es la promulgación del Decreto Ley N.º 10902 – Ley que crea el Seguro Social Obligatorio del Empleado, cuyo objetivo fue cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, vejez, invalidez y muerte de los empleados del sector público y privado; se encontró a cargo del Cuerpo Organizador del Seguro Social del Empleado

Alrededor de 1970 se iniciaría la unificación de la seguridad social en el Perú bajo el Consejo Directivo Único de los Seguros Sociales, presidido por la Caja Nacional de Seguro Social y conformado por el Seguro Social del Empleado; este proceso buscaba unificar o equiparar los servicios a obreros y empleados, buscando la igualdad social de los beneficiarios de la seguridad social.

En ese contexto, el 1 de mayo de 1973 se promulgó el Decreto Ley N.º 19990, con el cual se lograba unificar la seguridad social en el Perú, en específico los regímenes de pensiones vigentes. Posteriormente, el 6 de noviembre se creó el Seguro Social del Perú, con la promulgación del Decreto Ley N.º 20212, estableciendo al Seguro Social como conformante del Ministerio de Trabajo, lo que significó también la unificación de los seguros sociales vigentes para obreros y empleados.

En el ámbito de la seguridad social referida a los servicios en salud, la unificación llegaría con la promulgación del Decreto Ley N.º 22482, Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social del Perú y a con el Decreto Ley NO 23161, de fecha 16 de julio de 1980 se creó el Instituto

Peruano de Seguridad Social (IPSS) teniendo como beneficiarios a asegurados y sus familiares ante contingencias de maternidad, invalidez, accidente, vejez y muerte, extendiéndose incluso a población desprotegida.

En 1992, tuvo lugar la creación de la Oficina de Normalización Previsional, y la promulgación de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud de 1997. Asimismo, el 30 de enero de 1999 se promulgó la Ley N 27056, Ley del Seguro Social de Salud (EsSalud), que buscaba proteger a asegurados a través de prestaciones de salud, económicas y sociales, surgió como parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, gozando de autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable, desintegrándose funcionalmente del Ministerio de Salud; siendo este el escenario vigente sobre las condiciones que ha de asegurar el estado para la subsistencia de los pensionistas.

### **2.3. El sistema previsional peruano con base en la seguridad social**

Una de las principales razones que orienta el presente trabajo de investigación es el reconocimiento de la trascendencia que la materia de seguridad social posee para el desarrollo de toda sociedad y para el cumplimiento de los fines que todo Estado debe perseguir, como medio innegable para alcanzar el bienestar común.

Entonces en principio, podemos señalar que la seguridad social debe ser entendida como la manifestación del ejercicio, por parte del Estado, de las atribuciones y mecanismos necesarios que le permitan garantizar a los



miembros de una nación la debida protección y calidad de vida, en determinadas circunstancias que hagan necesaria la intervención estatal a fin de lograr la anhelada igualdad y bien común.

Dentro de estas intervenciones del Estado, se deberá contribuir a garantizar la plena vigencia de los derechos económicos y sociales, como tal se ha reconocido mediante la interpretación constitucional que indica de manera puntual que “una de éstas es la seguridad social, manifestada en las pensiones. Este derecho tiene un doble propósito claramente identificable: por un lado, su reconocimiento busca la protección ante determinadas contingencias, y, por el otro, persigue la elevación de la calidad de vida de toda persona”. (Caso José Luis Correa Condori contra la Corte Superior de Justicia de Lima, 2016)

Esta manifestación debe estar entonces siempre orientada a construir un esquema normativo con adecuadas condiciones para el desarrollo de las actividades y supervivencia de los adultos mayores que se encuentran en condición de pensionista, sobre todo en situaciones más vulnerables, específicamente cuando la población cae en una situación que impida continuar con su desarrollo laboral que le provea el sustento, tal como lo es por ejemplo el alcanzar la vejez.

La seguridad social no ha sido conceptualizada de manera explícita en la Constitución Política del Perú del año 1993, sin embargo, en ella se hace referencia al derecho a la seguridad social al precisar que:

**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.

En este punto podemos señalar, que si bien, como hemos señalado, la Constitución no realiza una definición del concepto o contenido del término “seguridad social”, lo que sí realiza es atribuirle la trascendencia que merece, al establecerla como objeto de reconocimiento y protección por parte del Estado, obligándole a garantizarlo como derecho fundamental de toda persona.

En ese orden de ideas, se debe precisar que, dentro del contexto de un Estado social y democrático de derecho, el Estado se ve en la obligación de garantizar condiciones determinadas y mínimas como punto de partida para sus funciones, entre ellas el garantizar el derecho fundamental a la seguridad social, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional al señalar:

*“El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible*

*su ejercicio*”. (Caso Roberto Nesta Brero contra artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, 2003)

Así, el intérprete de nuestra Constitución ha establecido sobre las condiciones en que se desarrolla el campo del resguardo de las garantías sociales lo cual implica entenderse “como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Esta se concreta en un complejo normativo estructurado 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 o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida”. (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005)

El estado de condiciones relacionadas con las necesidades a las que hace referencia el intérprete de la constitución se deriva de la concurrencia de determinadas contingencias que repercuten sobre la posibilidad de mantener calidad de vida, así, se ha señalado que la seguridad social tiene por objeto “crear en beneficio de todas las personas y sobre todo de los trabajadores un conjunto de garantías contra ciertas contingencias, que pueden reducir o suprimir su actividad, o bien imponerles gastos

suplementarios (Nestter, 1982). Se habla de diversas contingencias que impiden la actividad, pero en el presente trabajo, nos avocamos directamente a abordar la pensión derivada del cese laboral o pensión de jubilación, y más específicamente centrada en el Sistema Nacional de Pensiones.

Doctrinariamente se ha señalado que “(...) la seguridad social es un fin en sí misma. Su objeto es la protección del hombre contra las contingencias sociales, utilizando todos los medios que estime necesarios para su realización”. (Etala, 2002)

Por su parte Jacques Doublet y George Lavau exponen los mecanismos o formas en las que la Seguridad Social cumple su propósito: “previsión por medio del ahorro individual y familiar; previsión colectiva sin fines de lucro por medio de las mutualidades; seguro facultativo u obligatorio, asistencia privada o pública: son diversas formas y técnicas que pueden ser utilizadas aisladas o simultáneamente, en yuxtaposición y en combinación, para tratar de procurar a los miembros de una sociedad, la seguridad contra los riesgos que disminuyen o limitan su capacidad de trabajo, le privan de medios de existencia y contra las cargas que pesan sobre sus condiciones de vida, etc.”, sin embargo, el resultado de éste conjunto de elementos aunque sean ejecutados a la par, no serían capaces de definir debidamente lo que hoy es la seguridad social, la cual “es un fin a alcanzar (...) fundamentalmente su objeto es asociar a todo el cuerpo social en una empresa sistemática de liberación de la necesidad creada por la

desigualdad, la miseria, la enfermedad y la vejez" (Doublet & Georges, 1958)

Otra definición que se ha dado a la seguridad social es ser el *"conjunto de actividades de la sociedad, para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, integrados en un sistema de políticas, normas, administración, procedimiento y técnicas"* (Rendon, 2008, pág. 83)

Francis Netter, por su lado, dice que "(...) el objeto de la seguridad social es crear en beneficio de todas las personas y especialmente de los trabajadores, un conjunto de garantías contra un determinado número de eventualidades susceptibles de reducir o de suprimir su actividad o de imponerle cargas económicas suplementarias". (Nestter, 1982)

De igual forma se ha caracterizado a la seguridad social como "una función del Estado a través de la cual éste interviene en la cobertura de los estados de necesidad de los ciudadanos", y como el conjunto sistemático de medidas (normativas y de ejecución) a través de las cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones legalmente previstas" (Montoya, 2002)

Por otra parte, se ha establecido que la seguridad social es "(...) un sistema general y homogéneo de prestaciones, de derecho público y supervisión estatal, que tiene como finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y

los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, mediante la redistribución de la riqueza nacional, especialmente dirigida a corregir supuestos de infortunio”. (Macías, Moreno, Martínez, & Hazas, 1993)

También se concibe a la seguridad social como una derivación de la solidaridad social con quien se ve afectado por las contingencias, así “son un conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad garantizando un nivel mínimo de rentas” (Alonso & Tortuero, 2002, pág. 38)

A nivel internacional, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) 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.

Asimismo, su artículo 25 prevé que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el

bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (1952), relativo a la norma mínima de la seguridad social, reconoce como prestaciones mínimas de la seguridad social: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social es: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional; desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

Este convenio consagra la necesidad de prever las siguientes prestaciones: (Organización internacional para el trabajo, 1952)

- ✓ Asistencia Médica Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo. La contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido, cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.
  
- ✓ Prestaciones Monetarias de Enfermedad Se debe garantizar la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas. La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional.
  
- ✓ Prestaciones de Desempleo Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo. La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo.
  
- ✓ Prestaciones de Vejez Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.



- ✓ Prestaciones en caso de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional. Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional.
  
- ✓ Prestaciones Familiares Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares. La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban.
  
- ✓ Prestaciones de Maternidad Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de maternidad. La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultante de los mismos, según la defina la legislación nacional.
  
- ✓ Prestaciones de Invalidez. Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez. La contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad.

- ✓ Prestaciones de Sobrevivientes Se debe garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobreviviente. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia.

#### **2.4. Naturaleza jurídica de los aportes pensionarios**

Con respecto a la naturaleza jurídica de este concepto sobre los aportes pensionarios se puede indicar que al tratarse de una cuota establecida como requisito para acceder a una pensión se presenta en la realidad desde la perspectiva de la economía, por lo mismo que algunos teóricos señalan la necesidad de ser eliminado como parte del sistema previsional. Vale decir que la estructura de los aportes se diseña en función de las condiciones que atraviesa la ciudadanía que activa el mercado económico, lo cual conlleva hacia una relación laboral.

Se presume también que, debido a esta circunstancia de obligación, tal exigencia se basa en fundamentos relacionados con los sistemas pensionarios, así se tiene “un pilar universal, no contributivo, que asegura un derecho humano y, un segundo pilar suplementario, libre y voluntario”. (Defensoría del Pueblo, 2014, pág. 6)

Como se puede apreciar existe una condición especial de “(...) tal forma que permitiera el auto sostenimiento de las pensiones, vía el mecanismo de capitalización de aportes por parte del trabajador, liberando al Estado de la responsabilidad directa en esta materia”. (Sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, págs. 59-60)

Es precisamente este mecanismo adquirido a través de la organización previsional que se pone a cargo de las aportaciones para lograr la capitalización de los fondos, este será el único respaldo que asegure una liquidación pensionaria que tenga como finalidad cubrir las necesidades de los usuarios del sistema; razón por la cual se ha de procurar que el sentido de su protección adquiera condiciones de intangibilidad.

## **Capítulo III**

### **La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social**

#### **3.1. La seguridad social y sus principios**

Los principios son guías para orientar procedimientos o determinados sistemas, garantizando su eficacia y correcto funcionamiento; en el caso de seguridad social también nos encontramos frente a diversos principios que rigen todo el sistema; siendo así, los principios que rigen la seguridad social nos sirven como criterios de aplicación absoluta al momento de la interpretación y aplicación de las leyes o normas que se promulgan para la regulación de la estructura administrativa de la actividad destinada a promover y ejecutar los derechos previsionales, evitando con ello que termine desnaturalizándose o alterando sus sistemas.

##### **a) Universalidad**

La seguridad social, según el principio de universalidad implica que todas las personas que integren un Estado tienen derecho a la seguridad social, y tienen acceso a ella sin que haya lugar a distinción o discriminación de ninguna clase.

Esta característica surge precisamente en la calidad de derecho fundamental que ostenta la seguridad social y por tanto el Estado está

llamado a garantizar el acceso de la totalidad de las personas a las prestaciones derivadas de dicha seguridad social.

**b) Solidaridad:**

Como hemos señalado, aludir a seguridad social, implica también alegar la existencia de solidaridad social, debido a que nos encontramos ante un sistema basado en la cooperación para lograr una redistribución que permita un adecuado financiamiento que garantice las prestaciones de la seguridad social.

**c) Subsidiariedad:**

La seguridad social, desarrollada o garantizada por el Estado, se convierte, conforme a este principio, en una subsidiaria de la capacidad individual de lograr el sustento económico, una vez que se presenten las contingencias que impidan precisamente que el individuo pueda autosatisfacer sus necesidades y garantizar su calidad de vida, por la imposibilidad de continuar con una vida laboral.

**d) Igualdad:**

La seguridad social se manifiesta de manera idéntica en todos los supuestos que originen su despliegue, sin existir distinciones de ninguna naturaleza, así se ha señalado que “donde se presente la misma necesidad

cualquiera sea la causa que la origine, deben otorgarse las mismas prestaciones para cubrirla, o con mayor brevedad, identidad en las prestaciones, en efectivo y en especie, para necesidades iguales”. (Anacleto, 2006)

Este principio se basa precisamente en la igualdad entre todos los miembros de una sociedad, lo que origina la igualdad de derechos y por tanto la identidad de prestaciones ante contingencias iguales, garantizando así la homogeneidad del sistema.

#### **e) Integralidad:**

Las contingencias a las que haya lugar y las consecuencias que de ellas deriven deben ser cubiertas de manera integral por la seguridad social, o al menos ese debe ser el sentido de su existencia. Así, este principio se ocupa de señalar que los ciudadanos deberían acceder de manera adecuada a lo que se comprende como una prestación, ello en tanto su condición de necesaria dado que su utilidad esta relaciona con la previsión de riesgo o situación social generada por necesidades personales o familiares. En ese sentido la seguridad social no se limita a satisfacer una necesidad específica, sino que debe orientarse a cubrir todas las necesidades que de la contingencia se deriven.

### **3.2. La pensión de jubilación como derecho fundamental**

La pensión de jubilación, como una de las expresiones de la seguridad social, está constituida por el otorgamiento de una cantidad de dinero, ante determinadas circunstancias o contingencias que impidan, de manera temporal o definitiva, el continuar percibiendo ingresos derivados de una relación laboral.

Esta prestación social, tiene como objetivo contribuir al sustento de los individuos y garantizar la calidad de vida de quienes en determinadas circunstancias dejan de percibir una remuneración como fruto de una relación laboral, generando especialmente una vida digna para el adulto mayor después del cese laboral.

La pensión de jubilación, entonces, debe buscar en gran medida garantizar la estabilidad económica de quien cesa en sus labores y de esta manera garantiza una vida digna y de calidad durante la vejez.

Como hemos señalado, nuestra Constitución Política, prevé el derecho fundamental a la seguridad social, así como también, la obligación por parte del Estado de garantizar el acceso a las pensiones, conforme lo establece su artículo 11°:

**Artículo 11.-** El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado

En este contexto constitucional se establece la obligación del Estado de garantizar que los individuos accedan a una pensión, la misma que puede ser brindada a través de instituciones públicas, privadas o mixtas, siempre bajo la supervisión del propio Estado.

Esta obligación, surgida de su naturaleza de Estado Social, se encuentra correlacionada o incide directamente con otros derechos, como lo son el derecho a la salud, al bienestar, la dignidad y el derecho mismo a la vida.

En ese orden de ideas, desde la perspectiva de interpretación constitucional se ha logrado abordar la protección previsional, la cual se ha reconocido como “una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana. Nuestro texto constitucional consagra la



promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo. El derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico”. (Caso Manuel Anikama Hernández contra la Corte Superior de Justicia de Lima, 2005)

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la pensión “tiene la 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 los 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.” (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005)

En esa línea, el Tribunal Constitucional, ha establecido tres elementos esenciales que forman parte del contenido del derecho a la pensión y que son:

“a) El derecho de acceso a la pensión Entendido como libre acceso a la seguridad social, pues es el derecho de aportar con fin previsional y de igual forma acumular tiempo de servicio a los trabajadores dependiente del sector público o privado o de ser el caso de trabajadores independientes”. (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005)

“b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, es decir, si el trabajador cumplió con los requisitos legalmente establecidos, (edad y tiempo de servicio) el Estado de ninguna forma puede privar arbitrariamente de este derecho adquirido”. (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005)

c) El derecho a una pensión mínima vital. “Se hace referencia al ingreso, (en este caso la pensión de jubilación) que requieren las personas para atender las necesidades básicas y asegurar su subsistencia, manteniendo una vida digna”. (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005)

Concluye además que “estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de este derecho” (Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 2005).

Entonces, podemos señalar que las características de la protección pensionaria al tener vinculación directa con el sentido de la subsistencia que representa a la propia vida del ser adquiere un carácter fundamental, por lo cual es inherente a la naturaleza propia del ser humano, y conforme ha citado el Tribunal Constitucional “Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegido comparte, el derecho a la pensión "adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales.” (Caso Manuel Anikama Hernández contra la Corte Superior de Justicia de Lima, 2005)

### **3.3. Intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social**

Es preciso señalar previamente que la seguridad social que existe en el ámbito peruano se presenta en dos circunstancias la que se verifica bajo la condición de obligatoriedad respecto al seguro que corresponde a los empleados que reciben un salario y la consecuente traslación de este beneficio a la familia; también se considera un sentido relacionado con la necesidad de alcanzar protección a los ciudadanos que están fuera del contexto asalariado. (Romero, 2009, pág. 297)

Como se explica, la acumulación de fondos de pensiones obedece a la pauta obligatoria del aporte, el mismo que se concentra en un solo ente para su administración, partiendo de ello se ha requerido la participación del control estatal mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico. Hacer uso de estas garantías otorga el respaldo para que se consolide la intangibilidad de esos fondos, tal cual se puede apreciar del artículo décimo segundo de la normativa constitucional peruana, dando indicaciones incluso de la responsabilidad que implica el manejo de estos fondos para lo cual se precisa de un desarrollo legislativo especial, que es precisamente del cual se pretende hacer crítica en esta investigación, a fin de reconocer su efectividad garantista.

Parte de la problemática que se podría observar en función con el carácter intangible que se le atribuye al fondo económico que respalda la pensión, es el hecho de que la legislación que se inspira en esta pauta de garantía constitucional debe mantenerse activa y actualizada; eso significa que los cambios en la realidad social a nivel nacional y mundial deben tener reflejo en la estructura y acción de estas reglas, por lo mismo que se proyecta una estructura dinámica, produciendo de esta manera el perfeccionamiento del sistema basado en la seguridad social. (Calle, Mora, Antonio, Juarez, & Flores, 2017, pág. 88)

### **3.4. La devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones**

Es innegable que el actual sistema de pensiones, en su vertiente pública, viene siendo ineficaz para la consecución de sus fines, ello por cuanto en la práctica existen un sinnúmero de dificultades administrativas para acceder a una pensión, además quien logra alcanzar una pensión, termina recibiendo un monto que muchas veces resulta irrisorio en contraposición con el costo de vida y las necesidades de una persona en edad de jubilación.

Estas circunstancias, vienen generando un descontento en la población, que muchas veces ve truncada su posibilidad de acceder a una pensión, y dicha disconformidad se ha traducido en algunas iniciativas legislativas que han intentado modificar el sistema nacional de pensiones u otorgar ciertas “licencias” a sus afiliados para poder acceder a su fondo.

Esta situación se vio fortificada en el contexto de la pandemia derivada de la COVID-19, debido a que el confinamiento afectó de manera directa la economía de gran parte de la población, y mientras que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones pudieron acceder a parte de sus aportes para su subsistencia, los afiliados al sistema nacional no tenían esa misma posibilidad, básicamente debido a que la naturaleza del fondo del sistema nacional impide realizar retiros de aportes, pues como hemos señalado esos aportes son los que nutren el monto que se le ha de otorgar a los beneficiarios de este sistema.

Dentro de ese marco, el Congreso de la República aprobó por insistencia con 87 votos a favor, 21 en contra y 3 abstenciones, la Ley N°

31083, que entre sus disposiciones permitía el retiro de aportes al Sistema Nacional de Pensiones.

El ámbito de alcance de esta Ley otorgaba a los aportantes activos e inactivos la devolución de aportes voluntaria y por única vez de hasta una UIT, es decir S/ 4,300.00 soles.

Por otra parte, a quienes habiendo alcanzado los 65 años de edad, pero no lograron cumplir con los años de aportes que les permitieran alcanzar una pensión de jubilación se les otorgaba la devolución total de sus aportes.

Finalmente, a los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones se les otorgaba una retribución extraordinaria única equivalente a una Remuneración Mínima Vital, es decir por la suma de S/. 930.00 soles.

Esta Ley, conforme a la posición de este estudio, al igual que cualquier otro intento de devolución de aportes, carece de un sustento suficiente, y choca frontalmente con el contenido constitucional de protección y garantía de seguridad social y con el derecho fundamental a la pensión, toda vez que afecta la intangibilidad del fondo común, del que depende el sustento económico de las pensiones que actualmente se brindan.

En este contexto, el Poder Ejecutivo interpuso demanda de inconstitucionalidad de dicha Ley, pretensión que fue amparada por el Tribunal Constitucional peruano, el cual por unanimidad declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Poder Ejecutivo contra la Ley N° 31083.

Nuestro Tribunal Constitucional encontró vicios de inconstitucionalidad material, como hemos señalado, con relación a la intangibilidad de los fondos de pensiones, la sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes pensionarios, la administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición de crear o aumentar gasto que tienen los congresistas, y el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria.

Es así que actualmente, el escenario normativo, no plantea la posibilidad de efectuar retiros de aportes al Sistema Nacional de Pensiones, sin embargo, es probable que se realicen futuros intentos de emitir normativa de contenido similar, ya sea basada en aparentes criterios técnicos o simplemente como una respuesta a un clamor popular.

## Capítulo IV

### Análisis y Resultados

#### 4.1. Unidad de análisis

Para reconocer la unidad de análisis que sirve de base para esta observación de la realidad se ha planteado como población a la regulación normativa del derecho previsional en el Perú. Es en base a ello que se indica el detalle de la muestra que tiene como finalidad establecer correctamente la verificación del tratamiento legal de los fondos pensionarios el análisis de la legislación existente desde el año 2020 al 2023.

#### 4.2. Resultados del análisis de la legislación relacionada con la disposición de fondos de pensiones

*Tabla 1: Tabla de evaluación de las leyes sobre seguridad social comprendidas entre los años 2020 y 2022, respecto a la flexibilización de requisitos para acceder a los fondos pensionarios.*

N° de Ley	Fecha	Crítica	TC Constitucionalidad
DU 033-2020	27/03/2020	SUSPENDE RETENCIÓN DEL 10% Y DE COMISIÓN DE LAS AFP	SIN SENTENCIA
DU 034-2020	02/04/2020	AUTORIZO A RETIRAR DOS MIL SOLES, A CONDICIÓN DE NO TENER APORTES OBLIGATORIOS EN LOS ÚLTIMOS SEIS MESES SPP	SIN SENTENCIA
DU 038-2020	14/04/2020	AUTORIZO A RETIRAR DOS MIL SOLES, A APORTANTES EN CONDICIÓN DE SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES O QUE CUMPLAN REQUISITOS DEL DU 33-2022	SIN SENTENCIA
LEY N° 31017	01/05/2020	AUTORIZO A AFILIADOS DE LA SPP A RETIRAR 25% DE LOS FONDOS DE SU CIC, CON LOS	SIN SENTENCIA



		LIMITES DE ENTRE 1 UIT Y 3 UIT	
LEY N° 31068	18/11/2020	RETIRAR FACULTATIVAMENTE 4 UIT DEL SPP, A CONDICIÓN DE ENCONTRARSE DESEMPLEADO Y SIN APORTES OBLIGATORIOS EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES	SIN SENTENCIA
LEY N° 31083	03/12/2020	RÉGIMEN ESPECIAL FACULTATIVO PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES DE LOS APORTANTES ACTIVOS E INACTIVOS DEL DECRETO LEY N° 19990 DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES (SNP) HASTA 1 UIT	NO SENT. 151/2021 EXP. 16-2020-PI/TC
LEY N° 31192	06/05/2021	RETIRAR FACULTATIVAMENTE 4 UIT DEL SPP	SI SENT. 300-2022 EXP. 20-2021PI/TC
LEY N° 31301	22/07/2021	OTORGA PENSIONES CON MENOS DE 20 AÑOS HASTA 10 AÑOS ONP	SI
LEY N° 31478	20/05/2022	RETIRO EXTRAORDINARIO DE LOS FONDOS PRIVADOS DE PENSIONES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19, EN EL AÑO 2022 (HASTA 4UIT) SPP	SI SENT. 300-2022 EXP. 20-2021PI/TC

#### OBSERVACIÓN:

De la revisión de leyes que operan alrededor del fondo de pensiones se ha podido recopilar las arriba indicadas mediante una línea de tiempo, que muestra la tendencia a la flexibilización, con sus avances y reveses, ello en tanto que mayoritariamente se verifica la disposición económica respecto a los fondos pensionarios. Otra de las características de esta observación es que existe este fenómeno tanto para el sector público así como el privado, sobre lo cual conviene hacer la atinencia de que la protección

constitucional respecto a la intangibilidad del fondo de pensiones aplica de manera general, así se tiene en este progreso que las tendencias flexibilizadoras se han desarrollado de manera conjunta durante el año 2020, que se entiende justificada tal acción en virtud de las necesidades generadas por la pandemia que aún se encontraba en desarrollo.

El sentido de protección respecto al fondo pensionario también se aprecia en la Ley N° 31083, que considera como una condición particular el hecho de otorgar facultades para la devolución del aporte. Se destaca también el hecho de que en el año 2021 aparece una tendencia incrementada sobre la facultad para poder retirar los fondos pensionarios hasta el total máximo de 4 unidades impositivas tributarias, que dicha condición flexibilizada no es la única característica puesto que en el mismo año mediante la Ley N° 31301 en la que se disminuyen los requisitos para acceder al beneficio pensionario destacando el límite mínimo hasta de 10 años; ello permite apreciar que la tendencia de cambio flexibiliza no solo al ámbito privado sino también en el público aun cuando se trata de diferentes aspectos.

La misma tendencia de flexibilización se aprecia en el contexto legal descrito mediante la Ley N° 31478, que especifica un espacio temporal determinado en el año 2022 para acceder al recurso dinerario que forma el respaldo de las pensiones dentro del ámbito particular hasta por el monto de

4 IUT, diferenciándose de la regla del año 2021 en que se presenta de manera taxativa la justificación en razón de los efectos económicos de la pandemia COVID-19.

Esta lectura describe una condición o carácter común en la regulación sobre el destino de los fondos pensionarios que destaca sobre la flexibilización del acceso a los fondos, que si bien es cierto se hubo creado inicialmente como un mínimo porcentaje para requerir dichos fondos, ahora se ha incrementado en una posibilidad amplia que refiere hasta cuatro UIT. Esta característica sin duda trae efectos sobre la realidad de los fondos pensionarios, tanto en el sector público así como en el privado; vale decir que la estructura económica que se ha diseñado para alcanzar eficacia en la distribución de pensiones al momento de la jubilación, depende de manera directa de las arcas que pudieran consolidarse mediante los aportes.

Se entiende que al tratarse de un fondo circulante, la aportación que se produce de manera constante, se ve alterada en su contenido por la disposición del recurso monetario que permite aquella finalidad del sistema pensionario; es decir que el cumplimiento con las pensiones en vigencia depende del fondo que se alimenta de manera constante en función a los aportes que permiten una acumulación dineraria a través del tiempo. Esta secuencia se ve alterada por la extracción de los fondos que conllevan al desequilibrio de aquella constante que facilita el pago de las pensiones.

Se trata entonces de un riesgo, que solo podrá evidenciarse en función a la descripción cuantitativa de las existencias económicas que consolidan estos fondos. Para el caso específico del sector privado que administra estos fondos, existe una característica particular, que se vincula con el retiro de los montos dinerarios que como se trata de una cuenta individualizada de cada aportante, el concepto de fondo pensionario se retrae a dicha condición; es decir que se trata un fondo personal el cual sufre una alteración de su contenido, lo cual matemáticamente altera las condiciones que permiten el acceso luego terminar las actividades laborales mediante el cese, sobre una pensión lo suficientemente decorosa para satisfacer las necesidades mínimas.

Esto quiere decir que la afectación del fondo de pensiones se produce de una manera directa e individual sobre cada sujeto que decide retirar sus aportaciones hasta el máximo permitido, lo cual invita a razonar que la justificación de estas pautas legislativas no se ha basado en un estudio válido sobre la real necesidad de las personas para obtener dicho beneficio de disposición sumada a la capacidad de administración que pudiera o no tener cada sujeto pasible de este supuesto beneficio, que dicho sea de paso se da en función a sus propios aportes.

## **Capítulo V**

### **Contrastación de la hipótesis**

Las condiciones metodológicas respecto al diseño tomado para la investigación han llevado a establecer un espacio de contrastación que se plantea en el marco de recopilación de datos primero teóricos o académicos en la doctrina jurídica y la crítica dogmática para luego unir dichas posturas con la perspectiva crítica mediante la discusión, lo cual permite asumir una posición que muestra la opinión como resultado de la tesis. Esta postura se reúne sistemáticamente de acuerdo al orden de las variables para luego establecer su validación, lo cual conllevó a la determinación final de la investigación, idea que se contrasta con la hipótesis inicial de la tesis.

#### **5.1. Discusión de los resultados**

##### **5.1.1. Discusión del objetivo específico “Estudiar teóricamente los aportes pensionarios para reconocer los fundamentos para flexibilizar su disposición”**

Paitan (2020) ¿De qué manera la captación de fuentes de financiamiento universales podría cubrir el déficit que generaría la flexibilización de los requisitos para obtener una pensión o para la disposición de los aportes pensionarios? La postura de la investigadora se orienta sobre un ideal de financiamiento con tendencia absolutistas, lo cual

de por sí ya representa un riesgo, puesto que la universalidad de esta captación de recursos sale de los límites establecidos para el esquema pensionario. Estos límites están diseñados por las propias políticas públicas, lo que en un sentido de control no deben superar la condición de captación social mínima, esto debe entenderse como las restricciones a la intervención estatal, ello en tanto que será el propio Estado quien se ocupe de recabar dichos fondos.

Lo señalado se basa en el control de la actividad estatal en función al criterio subsidiario de su intervención, puesto que tal teoría orienta la acción estatal en base a límites, propiamente se establece una confrontación entre los intereses públicos y los privados. Si bien es cierto que la política pública subsidiaria tiene la potestad de intervenir en todos los aspectos económicos y sociales de la nación, existe un tope de acción en tanto que la actividad privada se ocupe de algún ámbito económico o empresarial de servicios.

La postura que se advierte contraria al principio de subsidiariedad del Estado, tendría que adaptarse para cubrir un déficit generado por las condiciones exigidas para el otorgamiento de una pensión de jubilación, además de los efectos que estarían produciendo el acceso a los aportes pensionarios acumulados; lo cual no se podría lograr con efectividad, puesto que ello se debe asumir más que como una solución un problema que se generaría debido a la reducción innecesaria de los fondos pensionarios, que siendo la opción adquirir mayor captación solo tendría un efecto respecto del presupuesto nacional.

Esto último se vincula con la necesidad de establecer un porcentaje del PBI nacional, tal cual se desarrolla respecto a otras instituciones del Estado, lo cual sin duda a través del tiempo se ha ido incrementando como necesidades que cubrir por parte del Estado; significa que el hecho de incorporar un requerimiento presupuestario mayor, provocaría un desajuste de la economía nacional. Por lo mismo que siempre ha de ser la mejor opción el efecto de capitalización de los fondos, puesto que el movimiento mercantil tendrá un efecto positivo sobre el manejo de los fondos en tanto incremento del capital.

Es posible que la postura de la tesis ahora criticada sería una tanto abstracta, por lo mismo que se han advertido circunstancias que imposibilitarían su ejecución; esto debe orientarse más bien a una aclaración puntual sobre elementos que precisan ser atendidos como parte de la estrategia. Esta construcción propositiva requiere de una indicación puntual sobre la manera en que se habrán de conseguir mayor cantidad de fondos, ante lo cual se advierte como posibilidad a la inversión de los fondos a fin de alcanzar un nivel de autonomía que se proyecte a cubrir déficit como el generado por la flexibilización de requisitos y acceso a los fondos; ello en tanto que el fin último del derecho pensionario es retribuir la actividad laboral otorgada a la sociedad y respaldar condiciones adversas que salen del marco de la empleabilidad.

Se precisa de ubicar posturas que orienten de manera positiva en la reforma del sistema de seguridad social.

Teniendo en cuenta la propuesta se asume este carácter de intangible respecto a los recaudos o aportes se encuentra consagrada en el artículo 12° de la constitución implica el respeto del principio de Sostenibilidad financiera. ¿La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios vulnera lo consagrado en el artículo 12° de la constitución y al principio de Sostenibilidad financiera?

- ¿La flexibilización de los requisitos para obtener una pensión o para la disposición de los aportes pensionarios, podría generar la quiebra del sistema de pensiones?

Teniendo en cuenta la estructura de la investigación en la que los trabajos previos forman parte importante del diseño de análisis, se habrá de contemplar cada una de sus posturas a fin de cuestionar lo pertinente a fin de asumir un criterio propio. Así se tiene que sobre la tesis de la investigadora Diaz (2020) se puede cuestionar ¿Qué tan importante es mantener los fondos de pensiones como garantía económica para defender o garantizar el bienestar de los beneficiarios del sistema de pensiones?

Según lo señalado por la investigadora que se cita, la condición especial en la que se han generado los permisos para disponer de los fondos resulta adecuado, con lo cual no se comparte de manera total dicho planteamiento; ello en tanto que las condiciones en las que se ha configurado el concepto de la garantía económica, debe mantenerse en



función a la necesidad que se genera en tanto el sujeto de derecho pierda el vínculo o la capacidad laboral para acceder a una remuneración.

Estas condiciones de capacidad para el trabajo más que propiamente vinculado a la posibilidad de trabajar, se condiciona a un rango de edad en la que el ejercicio de las funciones laborales produce un derecho que tiene por finalidad garantizar un nivel de estabilidad económica que le permitan seguir desarrollando un nivel de vida digna. Esta percepción del derecho previsional adquiere un rango de importancia dado que los resultados que se esperan de su ejecución están relacionados con la propia existencia del ser, dado que las pensiones buscan garantizar la economía que asegure tal fin.

La posición de la investigadora se enlaza a las condiciones en que se produce la legislación que se ocupa de controlar el acceso liberado respecto a los contenidos dinerarios que se supone están destinados a la cobertura de pensiones, lo que precisa de ciertas razones justificantes por lo que conviene cuestionar ¿Qué fundamentos justifican la libre disponibilidad del 25% de los fondos de pensiones adoptados en la legislación nacional?

Según lo planteado por la tesis bajo análisis, existe una justificación válida para el acceso al 25% del fondo pensionario, que es la necesidad de adquirir un bien inmueble destinado a la vivienda del futuro pensionista; esto se convalida con el derecho mismo que está planteado como garantía constitucional para materializar su bienestar. Sin embargo, el planteamiento

no va más allá de lo indicado por la propia regla, en tanto que dicha justificación se indica de manera taxativa.

Es necesario por todo ello, hacer una observación de la real perspectiva legal de esta libre disponibilidad, sobre todo en la percepción del término, ello en tanto que la libertad a la que se refiere esta disposición es asumida de una manera amplia, precisando restricciones específicas para que el destino del fondo alcance su finalidad, lo cual bien podría darse en razón de requisitos previos para el acceso que vinculen la finalidad inmobiliaria con el acceso. Solo así se estaría garantizando la finalidad del derecho pensionario enlazado con la necesidad de vivienda.

Torres (2019) ¿Qué se necesita para determinar la existencia de cultura de ahorro como conducta de los ciudadanos aportantes? De acuerdo con las indicaciones de la investigación citada, una de las justificaciones para que se genere la disponibilidad de los fondos pensionarios es el hecho de que en la sociedad existe una cultura de ahorro, llegando a indicar que los ciudadanos aportantes del sistema de pensiones, en tanto reciban los fondos librados serán lo suficientemente conscientes de ubicar un modo de inversión para su dinero.

Sobre ello se puede indicar que las acciones liberadoras de los fondos pensionarios requieren de una justificación mucho más acertada, en tanto que lo señalado anteriormente no se ajusta a una condición palpable en la realidad, sobre todo en tanto que la investigación citada no ha desarrollado un análisis económico y hasta cultural para tener la autoridad

de indicar que tal conducta de ahorro existe en la ciudadanía. Es por ello que se encuentra inadecuada la percepción que justifica flexibilizar la disposición de los aportes pensionarios.

En vinculación a lo señalado y tomando en cuenta que esta liberación de los fondos además de permitir el acceso al capital que se considera intangible, agrega la investigación que se cita, la obligación de parte del Estado para luego de tal efecto de flexibilización, tenga que otorgar una pensión, ante lo cual se cuestiona ¿Qué tan posible es que el Estado otorgue un beneficio pensionario sin la existencia del fondo que se crea en función a los aportes?

Sobre ello conviene indicar que la justificación del fondo de pensiones generado en función de los aportes es precisamente alcanzar la meta de financiamiento de una pensión luego del cese en las labores del sujeto que accede al sistema. Entonces, al liberarse la disponibilidad de dichos fondos se estaría imposibilitando la liquidez de esta fuente que permite la entrega de las pensiones.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO - Las pensiones en el marco de la seguridad social en el Perú

¿La flexibilización de los requisitos para el retiro de aportes puede generar desequilibrio financiero en el sistema Nacional de Pensiones?

Teniendo en cuenta que la situación previa a la realidad actual muestra un sistema de pensionario deficiente no solo en cuanto a la estructura para recaudar sus fondos, sino también sobre su finalidad, que se debería orientar hacia una pensión no solamente justa en función a los aportes sino suficiente para mantener un nivel de vida digno como resultado del esfuerzo laboral generado durante la vida.

Asumiendo que la intención de flexibilizar los requisitos para acceder a los aportes trasladados de parte del empleador hacia las cuentas del fondo de pensiones tiene sin duda un efecto negativo sobre la estructura financiera del sistema nacional de pensiones, en tanto que desde esta perspectiva no solo se está limitando el capital que lo integra, sino también la capacidad para generar el fin antes señalado. Es por ello que se considera inapropiado el mecanismo que busca flexibilizar los requisitos, que si bien es cierto tiene como fundamento, incorrecto, la eliminación de barreras burocráticas, puesto que el resultado final altera la condición financiera del propio sistema de pensiones puesto que disminuye su capacidad de capital.

¿Es posible la puesta en marcha de una política de previsión ante el envejecimiento poblacional con la flexibilización requisitos para el retiro de aportes de los sistemas de pensiones?

Habiendo descrito la finalidad del sistema de pensiones, se advierte una evidente distorsión de la misma en razón de las condiciones actuales que se presentan como medidas de acción para resolver una problemática

social, esto es la apertura de opción de retiro de aportes pensionarios. Esta situación es lo que se aprecia como una limitante de la capacidad del sistema y que no permite consolidar otro tipo de acciones que conlleven a materializar el beneficio que se espera del sistema.

Precisamente por esta realidad es que no se podría tener un resultado idóneo sobre la política de previsión ante el envejecimiento poblacional, tal vez dicha realidad podría ser diferente si la estructura del sistema de pensiones estuviera alimentada económicamente por otro tipo de mecanismos diferentes al de aportes de los propios integrantes del sistema, dado que la capacidad de equilibrio entre aportantes y beneficiarios de la pensión se mantenga a través del tiempo.

Esta realidad desequilibrada se puede apreciar en otras latitudes, así se tiene el caso de Europa en que la población esta mayoritariamente compuesta por adultos mayores beneficiarios de pensiones, situación que bien podría generarse en nuestro país, obedeciendo a otros factores de cambio como es el de la política de poblaciones dada la disminución del crecimiento demográfico. Este supuesto sería el que conlleve al desequilibrio de la posibilidad de generar un ingreso y egreso de capitales dado el nivel de aporte y pensión respectivamente, poniéndose el sistema de pensiones en un nivel deficiente para el cumplimiento de su finalidad.

Este planteamiento influencia incluso sobre un resultado de gestión, dado que ante la eventual situación, se tendría como respuesta inmediata de parte del propio Estado, la condición de subsidio de dicho sistema, puesto que se vería en la obligación de cubrir el déficit económico del sistema, desvirtuando el esquema de presupuesto nacional que de por sí se encuentra en disputa de cada uno de los sectores concurrentes.

¿Cuál es la importancia de mantener los fondos de pensiones como garantía económica para asegurar la manutención de los usuarios del sistema de pensiones ante condiciones especiales por muerte o falta de capacidad?

La importancia de mantener las garantías que representa un fondo de respaldo bajo condición económica con la intención de propiciar un nivel adecuado para cubrir los requerimientos de los beneficiarios en función a su edad, radica en que la seguridad social es una garantía constitucional que busca proteger a los afiliados a través de un pago mensual de una pensión, evitando la disposición inadecuada y el despilfarramiento de estos fondos para fines distintos. En suma, mantener los respaldos dinerarios que solvente una protección económica es fundamental para asegurar la protección económica de los afiliados, lo cual les permita alcanzar un nivel de bienestar y que debe ostentar beneficio hasta por la muerte o pérdida de las capacidades.

¿Cuáles son las implicaciones legales y sociales de la implementación de la Ley N° 30425 y 30478 con relación a la libre disponibilidad de los fondos de pensiones?

En general, la implementación de leyes que permiten la libre disponibilidad de los fondos de pensiones puede tener implicaciones tanto legales como sociales. Desde el punto de vista legal, estas leyes pueden modificar las regulaciones existentes en el sistema de pensiones, permitiendo a los afiliados acceder a una parte o la totalidad de sus fondos antes de la contingencia de jubilación. Esto implica un cambio en las restricciones y condiciones previamente establecidas para el retiro de los fondos. En cuanto a las implicaciones sociales, la libre disponibilidad de los fondos de pensiones puede tener efectos diversos. Por un lado, puede brindar mayor flexibilidad y autonomía a los afiliados, permitiéndoles utilizar los fondos para cubrir necesidades inmediatas o emergencias. Sin embargo, también puede generar riesgos, como el agotamiento prematuro de los fondos y la falta de recursos suficientes para la vejez o situaciones de incapacidad.

¿Cuál es el objetivo principal de la Ley N° 30425 y cómo afecta a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones?

La Ley N° 30425 modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada, permitiendo a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones disponer de hasta el 95.5% de los

fondos que se encuentran en sus cuentas individuales de capitalización 4. Esto significa que los afiliados pueden retirar el dinero ahorrado en sus cuentas y disponer del dinero con otros fines 9. Sin embargo, esta ley presenta problemas de constitucionalidad en la medida que permite que las personas pierdan, como consecuencia del retiro casi total de su fondo, el derecho de pensión 65.

¿Cuáles son las propuestas presentadas en este documento para mejorar la administración del fondo pensionario?

Algunas de estas propuestas incluyen: 1. Establecer parámetros para una mejor administración del fondo de jubilación, con el objetivo de garantizar una vida digna para los jubilados 63. 2. Evaluar la promulgación de la Ley N° 30425 y su impacto en el verdadero sentido del derecho a una pensión de jubilación 63. 3. Considerar la posibilidad de que entidades especializadas en la administración de fondos puedan generar mayor rentabilidad para los afiliados 84. 4. Analizar y discutir más propuestas que puedan surgir en futuras investigaciones sobre el sistema previsional privado. Estas propuestas se presentan “como alternativas de solución ante el estado inminente del sistema previsional privado y buscan garantizar la salvaguarda de la dignidad de las personas, que es el fundamento del orden constitucional”.



¿Cómo se analiza la relación entre la libre disponibilidad de los fondos y el fin del derecho pensionario en esta investigación?

En esta investigación se analiza “si la promulgación de la Ley N° 30425, que permite la disponibilidad del 95.5% de los fondos de pensiones, afecta el verdadero sentido del derecho a una pensión de jubilación”. Se cuestiona si esta libre disposición de los fondos se alinea con el fin principal de la pensión, que es convertirse en el sustento del jubilado durante la tercera edad y asegurar una vida digna, tal como corresponde con los fines de la Seguridad Social 63. Se plantea la interrogante sobre si los criterios establecidos por esta ley son idóneos y si realmente garantizan el respeto a la dignidad de las personas que se encuentran en la incapacidad de generar ingresos durante la tercera edad 9. Se busca evaluar si la libre disposición de los fondos puede comprometer la estabilidad y sostenibilidad del sistema previsional privado y si existen alternativas que permitan una mejor administración del fondo de jubilación 84. En resumen, se analiza la relación entre la libre disponibilidad de los fondos y el fin del derecho pensionario, cuestionando si esta disposición afecta la finalidad de asegurar una vida digna para los jubilados y si existen parámetros que permitan una mejor administración del fondo.

## TOMA DE POSTURA:

Los aportes pensionarios realizados por la población económicamente activa, a través de los descuentos realizados a sus sueldos, representan la base del Sistema Previsional Peruano, debido a que a través de los mismos se hace posible el pago a los pensionistas actuales (en la ONP) o se hará posible el pago de su propia pensión (en las AFP), por este motivo es que la Constitución de 1993 les otorga una protección especial a los fondos de pensiones en su Artículo 12°. En este sentido, los aportes pensionarios cuentan con la protección jurídica, para cumplir con su principal propósito, el cual es brindar a la población una garantía de amparo frente a las contingencias originadas por la vejez, invalidez o muerte, a través del otorgamiento de una pensión o prestaciones establecidas en la ley; esta condición especial es lo que se presenta como un límite a la flexibilización del acceso a dichos aportes.

Asimismo, de acuerdo con lo abordado en la presente investigación podemos observar que existe una tendencia actual de los legisladores peruanos en favor de la flexibilización de los requisitos para la disposición de los aportes pensionarios en el Sistema Nacional de Pensiones, lo que fue impulsado especialmente por la emergencia sanitaria mundial ocasionada por el virus COVID 19, planteando esta flexibilización como un apoyo económico para las personas que no cumplan con los requisitos para la obtención de una pensión en los diferentes regímenes pensionarios.

Estas iniciativas se aprecian como otro de los fundamentos en contra de la flexibilización puesto que generan inestabilidad dentro del Sistema Nacional de Pensiones, puesto que los aportes pensionarios recaudados de la población laboralmente activa pueden verse superados por los egresos que se generarían por la flexibilización de los requisitos para el acceso a pensiones o al retiro de los fondos previsionales.

**5.1.2. Discusión del objetivo específico: “Desarrollar el contenido esencial de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social”**

¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización? - Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil

Según el fundamento de las garantías constitucionales se busca la atención de las necesidades de los seres humanos dado el carácter antropocéntrico de la normativa constitucional, por lo mismo es que dichas garantías están incorporadas en el ordenamiento jurídico en base a los principios generales del derecho, con lo cual se consolidan los derechos de cada ciudadano, además de la construcción estructural y política del Estado a fin de que se ocupe del control de dicho poder.

En tal sentido la preocupación estatal se orienta hacia el beneficio del ciudadano, lo cual no se aprecia de manera concreta respecto de la posibilidad de acceder al total de los aportes generados, esta realidad muestra diversos resultados perjudiciales como los ya explicados anteriormente desde el punto de vista social y económico; pero, desde el punto de vista netamente jurídico, conviene señalar que se desliga del carácter constitucional en tanto que supera la propia garantía de intangibilidad que le otorga este ámbito normativo, puesto que la limitación sobre la disposición del aporte no aplica únicamente al Estado sino que al ser de carácter general, también sería de aplicación a cualquier sujeto de derecho.

- ¿Es constitucional la renuncia al derecho de pensión, que se realiza al momento de decidir retirar hasta el 95,5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?

Este cuestionamiento se proyecta sobre una posible realidad en función a la disposición de los aportes, aun cuando ya se ha criticado su carácter inconstitucional, que de plano la perspectiva de esta investigación es que no se proyecte como tal. En tal sentido se ha de señalar que la característica plasmada en la ley que autoriza esta disposición, también se refiere a un aspecto inconstitucional en tanto que limita el derecho de acceder a una pensión de parte del Estado.

Esto último se refiere a las condiciones de protección que ofrece el Estado a los ciudadanos, que por connotación constitucional es impostergable, por lo mismo que los efectos de una decisión no deberían tener cabida respecto a una condición tan sensible como lo es el derecho de pensión; puesto que resulta aplicable el mismo criterio utilizado frente a los derechos laborales en tanto son irrenunciables.

¿Cuáles son los derechos humanos internacionales relacionados con las pensiones?

Los derechos humanos internacionales relacionados con las pensiones incluyen el derecho a la seguridad social, el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, el derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias, el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la protección social básica. Estos derechos están respaldados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el principio de solidaridad es un principio fundamental en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la seguridad social 40.

¿Qué medidas se están tomando para abordar las necesidades de los trabajadores informales en el sistema de seguridad social?

En el Perú, se han propuesto varias medidas para abordar las necesidades de los trabajadores informales en el sistema de seguridad social.

Una de ellas es la elaboración de una Política Nacional y un Plan Nacional de Seguridad Social, que busca desarrollar el acceso universal a la seguridad social, fortalecer la institucionalidad y fomentar la cultura de seguridad social. Además, se propone la elaboración de estudios sobre los pisos de protección social que la Recomendación 202 de la OIT propugna, con la finalidad de lograr una cobertura universal, la coordinación interinstitucional, el financiamiento de los sistemas y la mejora de las prestaciones. Sin embargo, no se han detallado los ámbitos de la seguridad social que se priorizarán (salud, pensiones o desempleo, por ejemplo), por lo que la línea de acción resulta muy lata. La Defensoría del Pueblo considera que lo que necesita el país es contar con un urgente y amplio diagnóstico del proceso de envejecimiento de la población y proceder a formular una política universal de seguridad social de corto, mediano y largo plazo <sup>65</sup>.

¿Qué medidas se pueden tomar para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones a largo plazo?

Es importante tener en cuenta que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En general, algunas medidas que se pueden considerar para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones incluyen:

1. Revisar y ajustar periódicamente los requisitos de elegibilidad y los cálculos de las prestaciones para asegurar que sean acordes con la realidad demográfica y económica del país.

2. Fomentar la formalización laboral y el aumento de la base de cotizantes al sistema de pensiones.

3. Implementar políticas de promoción del ahorro individual complementario a través de planes de pensiones privados.

4. Evaluar y ajustar las tasas de cotización y los mecanismos de financiamiento del sistema de pensiones.

5. Promover la educación financiera y la planificación para la jubilación, para que las personas puedan tomar decisiones informadas sobre su futuro financiero. Estas son solo algunas posibles medidas, pero es importante tener en cuenta que la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es un tema complejo y requiere un enfoque integral y multidisciplinario.

¿Cómo se relaciona la favorabilidad con la interpretación de las normas de derecho en el sistema de pensiones?

La favorabilidad se relaciona con la interpretación de las normas de derecho en el sistema de pensiones en el sentido de que, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, se debe optar por la situación más favorable al trabajador 5. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la favorabilidad debe aplicarse en forma sistemática e integral, sin dejar de lado las normas que no le convienen a quien reclama la utilización del principio, ya que no se pueden aprovechar de las normas favorables de forma parcial 12.

¿Cuáles son los principios de progresividad y condición más beneficiosa en el contexto de las pensiones?

En el contexto de las pensiones, los principios de progresividad y condición más beneficiosa son fundamentales. El principio de progresividad implica que las normas y políticas relacionadas con las pensiones deben avanzar y mejorar progresivamente en beneficio de los trabajadores y asegurados 1. Esto significa que el sistema de pensiones debe evolucionar de manera constante para garantizar una mayor protección y mejores condiciones para los beneficiarios. Por otro lado, el principio de condición más beneficiosa establece que, en caso de existir una ley nueva que establezca nuevas condiciones pensionales, las personas que aún no han cumplido los requisitos para obtener la prestación bajo la ley vigente deben ser beneficiadas por las condiciones más favorables, ya sea de la ley derogada o de la nueva ley 6. Esto implica que se debe aplicar la norma más favorable para el trabajador, incluso si es una ley anterior o derogada. Estos principios buscan asegurar que el sistema de pensiones sea justo, equitativo y se adapte a las necesidades y expectativas de los trabajadores, garantizando así una protección adecuada para su jubilación.

¿Cuál es el origen y la importancia de la nivelación pensionaria en el Régimen Previsional del Estado?

La nivelación pensionaria en el Régimen Previsional del Estado fue introducida en 1979 a través de la Octava Disposición General y Transitoria



de la Constitución Política de ese mismo año 3. La nivelación permitía equiparar el monto de la pensión con el haber del funcionario o servidor público en actividad que ocupase el nivel y categoría que el pensionista ostentó al momento de su cese laboral, beneficiándose con el incremento de su prestación en cada oportunidad que aumente el haber de su par (efecto espejo) 8. Este beneficio se otorgó a los beneficiarios del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 y se justificó como un derecho debido a que este sistema era uno de naturaleza cerrada 3.

¿Cuál ha sido la respuesta del gobierno y las autoridades frente a la necesidad de erradicar la nivelación pensionaria?

El gobierno y las autoridades han tomado medidas para erradicar la nivelación pensionaria debido a su impacto en las finanzas públicas. En el año 1998, se estableció que la nivelación a la que tienen derecho todos los pensionistas del Régimen del Decreto Ley N° 20530 debe efectuarse con los haberes del funcionario o trabajador que se encuentre en actividad en el mismo nivel, categoría y régimen laboral que ocupó el pensionista al momento de su cese, siendo inaplicable la nivelación entre regímenes previsionales distintos, así como en relación a trabajadores que a la fecha se encuentran en el régimen laboral de la actividad privada 9. Además, en el año 2013 se aprobó la Ley N° 29903 que eliminó la nivelación pensionaria para los nuevos pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530

## TOMA DE POSTURA

Como se desprende del análisis exegético del texto del artículo 12° de la Constitución Política de 1993 los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles, de esta manera el legislador transmite inequívocamente su voluntad de salvaguardar la integridad de los mismos, abarcando ampliamente todas las formas de seguridad social, entre los que se encuentran incluidos el sistema nacional de pensiones y el sistema privado de pensiones; asimismo, este texto señala que los recursos solo pueden ser aplicados en la forma y bajo la responsabilidad que esta señalada en la ley; en función a lo cual se reconoce la protección estatal en el ámbito económico que plantea la existencia del fondo pensionario.

Siendo así, la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social importa a nuestro ordenamiento jurídico una limitación de carácter irrestricto ante cualquier eventualidad o situación en la que el aparato gubernamental intente hacer uso de los mismos para fines distintos de los previsionales, garantizando de esta manera la utilización de estos fondos y reservas para el fin que les corresponde; siempre en observancia de la forma establecida en la Ley, es en función a lo descrito que se aprecia un ámbito de protección política, dado que garantiza que el diseño de la administración pública se ocupe de asegurar el cumplimiento de sus fines previsionales.

Finalmente, el análisis del contenido esencial de la intangibilidad de los fondos pensionarios, se puede indicar un ámbito de protección social en

tanto que tal garantía propiciará un resultado de beneficio para los pensionistas que asegure la satisfacción de sus necesidades básicas durante el periodo del gozo de su pensión.

### **5.1.3. Discusión del objetivo específico: “Analizar constitucionalmente los efectos de la disposición de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social”**

Teniendo en cuenta que la meta de esta investigación se proyecta sobre la protección constitucional existente respecto a los fondos pensionarios, conviene evaluar si el desarrollo legislativo que se ha generado en función a dicha garantía constitucional, resulta ser adecuado, para lo mismo que se cuestiona ¿cuán idónea resulta la protección constitucional de la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social?

Cabe dar inicio a la discusión sobre este aspecto constitucional, partiendo de la connotación normativa de protección sobre la seguridad social que se convierte en una responsabilidad del Estado, en este campo de acción estatal se percibe también en el numeral décimo segundo de la Constitución, un rasgo directo sobre la garantía que se ofrece para asegurar el fondo pensionario, ello bajo el entendido caso de que se trata de un

elemento que se vinculará directamente con la garantía de la pensión, siendo esta última la finalidad de la seguridad social.

Esta pauta constitucional se ocupa del fondo pensionario atribuyéndole una característica muy particular que busca proteger aquel fin descrito sobre la seguridad social, para tal efecto la intangibilidad debe alcanzar su materialización, lo cual implica que mediante su existencia se proceda de manera efectiva a la satisfacción de las necesidades del retirado en base a una pensión digna.

Todas estas características deberían estar reunidas en un solo ámbito de protección, pero la interpretación que se ha realizado para otorgar mayor facilidad económica a los sujetos que tuvieran este tipo de fondos, ha permitido que se flexibilice la norma antes señalada; por ello resulta importante cuestionar ¿Qué justificación se percibe de las reglas que dan acceso a la disposición de fondos pensionarios en el sector privado?

Sobre ello se puede indicar que la única razón justificante de esta apertura para disponer de los fondos pensionarios en el ámbito privado, es la necesidad económica generada por la pandemia del COVID – 19, situación que puede ser criticable, ello en tanto que la determinación de necesidades urgentes debería pasar por un estudio concienzudo de la realidad de cada individuo, sobre todo de quienes poseen este fondo pensionario. Esto en

tanto que la necesidad económica que se ha generado en el marco de la pandemia se reflejó en los ámbitos de extrema pobreza, es decir de personas que no contando con un ingreso fijo mensual y dependiendo de su trabajo diario, vio su realidad afectada de manera absoluta y con efectos radicalmente negativos al no tener un ingreso fijo.

El caso de los sujetos que tiene un fondo de pensiones en el sector privado así como en el público, tienen necesariamente una vinculación laboral con un salario fijo mensual el mismo que permite el aporte respectivo a dichos fondos; en tal sentido se puede poner en duda la extrema necesidad de este grupo de personas. Siendo así la aparente justificación vinculada con la pandemia estaría en duda respecto a la flexibilización que se autorizó para disponer de los fondos pensionarios.

Siendo así, constitucionalmente se estaría frente a una incongruencia legislativa, puesto que la garantía taxativa sobre la intangibilidad del fondo de pensiones estaría siendo alterado directamente, pese a la opinión del máximo intérprete de la constitucionalidad que ampara dichas reglas en la necesidad generada por la pandemia COVID-19. La perspectiva de esta investigación se orienta hacia una ejecución inconstitucional de estas reglas, lo cual debería ser evitado en circunstancias similares y posteriores, y además optar por la anulación de esta pauta normativa a fin de evitar mayor alteración de los propios intereses individuales de cada sujeto que se somete

a esta atractiva opción, dejando en claro que esta oportunidad económica se convierte a la larga en un perjuicio sin retroceso.

#### TOMA DE POSTURA:

Como se advierte, a lo largo del desarrollo de la presente investigación se ha abordado el análisis de la constitucionalidad de las normas que favorecen la flexibilización de los requisitos para la obtención de pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones o retiro de aportes de las AFP; ello en observancia de los artículos décimo y décimo segundo de la Constitución Política, los cuales son claros al establecer una política en favor de la seguridad social, reconociéndola como un derecho universal y progresivo; a consecuencia de esta declaración y a fin de hacer posible el cumplimiento de la misma es que se le otorga el estatus de intangible a los fondos y reservas de la seguridad social, garantizando de esta manera el sostenimiento del sistema de seguridad social; siendo así, se puede observar que efectivamente el Poder Legislativo, en contravención de lo dictado por la constitución, ha impulsado normas que facilitan el desmedro de los fondos y reservas de la seguridad, poniendo en riesgo la estabilidad de la ONP, y alejando a las AFP de su objetivo principal.

Finalmente, es preciso mencionar que, aunque un gran porcentaje de la legislación analizada fue observada por el Poder ejecutivo, igualmente fue aprobada por insistencia en el Poder Legislativo, demostrando que políticamente se reconoció el peligro que estas representan para la integridad del sistema de seguridad social y el cumplimiento de sus

objetivos. Siendo así, la posición que se adopta es de que las reglas en cuestión tienen un carácter inconstitucional, que si bien es cierto se ha generado una justificación por el máximo intérprete de la constitucionalidad, no representa una garantía para su ejecución, dado que el problema de alteración sólo se puede verificar luego de ejecutada la regla, aspecto que pese a ser reconocido e informado por los especialistas en el tema, no se ha tenido en cuenta para la determinación de su inconstitucionalidad.

## **5.2. Validación de las variables**

En atención al diseño proyectado para esta investigación, la contrastación de la hipótesis requiere de la verificación sobre la validez de aquellos conceptos que se han estructurado como base de la tesis, siendo así las variables representan cada uno de ellos, partiendo de un vínculo causal. Es en virtud a ello que se ha tenido en cuenta cada una de las posturas que se adoptaron respecto al desarrollo crítico de los contenidos que inspiraron los objetivos específicos.

De tal modo se han incorporado cada uno de los resultados como planteamientos para establecer el nivel de validez vinculándolos con las variables de estudio, ello a fin de establecer el sentido que adoptan y con ello describir el carácter científico que puede reconocerse de su construcción, elementos que permitirán más adelante la construcción de la determinación final de la tesis.

### **5.2.1 Validación de la variable independiente: “La viabilidad constitucional de la flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios”**

El carácter de esta variable independiente se aprecia en base a su función, esto es que se trata del concepto que se ha identificado como representativo del origen del problema, tan es así que la condición de permitir el acceso a los aportes generados por parte de los pensionistas, se



presenta como la principal causa de vulneración del carácter intangible de los fondos pensionarios.

La protección que se fundamenta en la necesidad de establecer garantías para quienes han cumplido con las aportaciones durante su periodo laboral, presume un resultado favorable para estos sujetos en la etapa más difícil de su vida, siendo este último concepto el motor que funda la protección antes mencionada. Por lo señalado cobra importancia el fondo pensionario debido a que a través de los aportes se hace posible el pago a los pensionistas actuales (en la ONP) o se hará posible el pago de su propia pensión (en las AFP).

En tal sentido la apreciación social y política que se ha generado desde los albores de la constitucionalidad permitió asumir la importancia de estos fondos pensionarios, es así que en la Constitución de 1993 se mantiene dicha condición garantista, pues les otorga una protección especial a los fondos de pensiones en su Artículo 12°. En este sentido, los aportes pensionarios cuentan con la protección jurídica, para cumplir con su principal propósito, el cual es brindar a la población una garantía de amparo frente a las contingencias originadas por la vejez, invalidez o muerte, a través del otorgamiento de una pensión o prestaciones establecidas en la ley.

Además de lo señalado, desde la perspectiva constitucional, habrá de tenerse en consideración el hecho de que las normas orientan la estructura del derecho como tal, ello depende de la guía que se genera a través de las políticas públicas diseñadas por la gestión ejecutiva, por lo mismo que resulta de importancia la necesidad de establecer un control sobre aquello que siendo intangible resulta ser atacado por el propio sistema. Para mantener el estatus de la garantía, se precisa que la organización estatal se comporte como un órgano de control para que de manera especial pueda hacer valer el nivel de protección de esta garantía, lo cual no precisa de mayor discusión, puesto que las garantías se basan en principios, los cuales solamente pueden alterarse en razón de la prevalencia de otros de mayor rango, así la vida como base de ambos fundamentos requería más que un razonamiento jurídico, una base científica que los demostrara.

La percepción científica que se invoca en el párrafo anterior, debe entenderse como aquel resultado del análisis de la realidad de estos sujetos aportantes al sistema de pensiones tanto desde el punto de vista económico así como de salud, lo cual pese a resultar materialmente imposible o difícil de establecer, se convierte en un límite a la acción que restringe la intangibilidad, puesto que al tratarse de un concepto cerrado no debería admitir ninguna versión justificante para su alteración, únicamente podría realizarse con una modificación constitucional, más no a través de interpretación; esta condición especial es lo que se presenta como un límite a la flexibilización del acceso a dichos aportes.

Asimismo, de acuerdo con lo abordado en la presente investigación se ha observado que existe una tendencia actual de los legisladores peruanos en favor de la flexibilización de los requisitos para la disposición de los aportes pensionarios en el Sistema Previsional Peruano, lo que fue impulsado especialmente por la emergencia sanitaria mundial ocasionada por el virus COVID 19, planteando esta flexibilización como un apoyo económico para las personas que no cumplan con los requisitos para la obtención de una pensión en los diferentes regímenes pensionarios.

Estas iniciativas se aprecian como otro de los fundamentos en contra de la flexibilización puesto que generan inestabilidad dentro del Sistema Nacional de Pensiones, puesto que los aportes pensionarios recaudados de la población laboralmente activa pueden verse superados por los egresos que se generarían por la flexibilización de los requisitos para el acceso a pensiones o al retiro de los fondos previsionales.

En base a lo descrito, es posible identificar un nivel de validez sobre la variable independiente, señalando que:

**La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios no resulta constitucionalmente viable**

### **5.2.2. Validación de la variable dependiente: “La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social”**

Tal cual se ha indicado anteriormente, esta variable asume un sentido conceptual sobre el efecto que estaría generando la flexibilización del acceso a los aportes pensionarios, por lo mismo que corresponde establecer el efecto que se supone debe existir para demostrar que el problema se ha producido en la realidad y por lo tanto requiere atención académica y legislativa.

Teniendo en cuenta que la postura de esta investigación se adopta en razón de la perspectiva constitucional, se procura establecer el examen del nivel de preponderancia que deben tener estas normas y sobre todo la posibilidad de establecer cambios sobre ellas, vale decir las justificaciones que sirvan de base para alterar su carácter de protección, más aún cuando se trata de conceptos cerrados como el de la intangibilidad y otros existentes.

Es así que se advierte en el contenido de la normativa constitucional una serie de garantías que hacen viable el desarrollo del sistema jurídico en tanto que se ocupa de activar cada uno de los ámbitos en función a las necesidades sociales; siendo así sobre la seguridad social se expresa normativamente el artículo 12° de la Constitución Política de 1993, en base

al cual se analiza exegéticamente el contenido que se defiere a los fondos y reservas de la seguridad social.

La principal condición o carácter de este elemento constitutivo de la seguridad social, se refleja en su carácter de intangibilidad, lo cual sin duda requiere de una protección adecuada, es de esta manera que el legislador transmite inequívocamente su voluntad de salvaguardar la integridad de los mismos, abarcando ampliamente todas las formas de seguridad social, entre los que se encuentran incluidos el sistema nacional de pensiones y el sistema privado de pensiones; asimismo, este texto señala que los recursos solo pueden ser aplicados en la forma y bajo la responsabilidad que esta señalada en la ley; en función a lo cual se reconoce la protección estatal en el ámbito económico que plantea la existencia del fondo pensionario.

Siendo así, la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social importa a nuestro ordenamiento jurídico una limitación de carácter irrestricto ante cualquier eventualidad o situación en la que el aparato gubernamental intente hacer uso de los mismos para fines distintos de los previsionales, garantizando de esta manera la utilización de estos fondos y reservas para el fin que les corresponde; siempre en observancia de la forma establecida en la Ley, es en función a lo descrito que se aprecia un ámbito de protección política, dado que garantiza que el diseño de la administración pública se ocupe de asegurar el cumplimiento de sus fines previsionales.

Finalmente, el análisis del contenido esencial de la intangibilidad de los fondos pensionarios, se puede indicar un ámbito de protección social en tanto que tal garantía propiciará un resultado de beneficio para los pensionistas que asegure la satisfacción de sus necesidades básicas durante el periodo del gozo de su pensión.

El resultado del análisis, deja en claro la inconstitucionalidad de las normas que favorecen la flexibilización de los requisitos para la obtención de pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones o retiro de aportes de las AFP; ello en observancia de los artículos décimo y décimo segundo de la Constitución Política, los cuales son claros al establecer una política en favor de la seguridad social, reconociéndola como un derecho universal y progresivo; a consecuencia de esta declaración y a fin de hacer posible el cumplimiento de la misma es que se le otorga el estatus de intangible a los fondos y reservas de la seguridad social, garantizando de esta manera el sostenimiento del sistema de seguridad social; siendo así, se puede observar que efectivamente el Poder Legislativo, en contravención de lo dictado por la constitución, ha impulsado normas que facilitan el desmedro de los fondos y reservas de la seguridad, poniendo en riesgo la estabilidad de la ONP, y alejando a las AFP de su objetivo principal.

Políticamente se pudo advertir el peligro que representa la existencia de flexibilización para la integridad del sistema de seguridad social y el cumplimiento de sus objetivos. Siendo así, la posición que se adopta es de

que las reglas en cuestión tienen un carácter inconstitucional, que si bien es cierto se ha generado una justificación por el máximo intérprete de la constitucionalidad, no representa una garantía para su ejecución, dado que el problema de alteración sólo se puede verificar luego de ejecutada la regla, aspecto que pese a ser reconocido e informado por los especialistas en el tema, no se ha tenido en cuenta para la determinación de su inconstitucionalidad.

Según lo planteado anteriormente es posible reconocer el sentido de validez de esta variable dependiente, la misma que se manifiesta de la siguiente manera:

**La intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social representa un límite a la administración pública.**

### **5.3. Contrastación de la hipótesis**

Esta tercera fase que es la contrastación propiamente dicha se ha construido inicialmente la determinación final, la misma que está compuesta por dos elementos esenciales como al inicio se creó la hipótesis; esto implica que dicha determinación se ha creado en base a la unión de las validaciones de las variables antes obtenidas y que forman un razonamiento. Esta idea final de la investigación se ha comparado con la hipótesis inicial con la intención de obtener el resultado de tal contrastación, lo que ha permitido observarla como una hipótesis corroborada.

### 5.3.1. Determinación final de la tesis

**La flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios no resulta constitucionalmente viable, puesto que la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social representa un límite a la administración pública.**

*Tabla 2: Cuadro comparativo entre la hipótesis inicial y la determinación final de la tesis*

<b>Hipótesis inicial</b>	<b>Determinación final</b>
La flexibilización para disponer de los aportes pensionarios no resulta viable constitucionalmente en tanto que no respalda la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social.	La flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios no resulta constitucionalmente viable, puesto que la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social representa un límite a la administración pública.



## **Conclusiones**

### **Conclusión general**

Se concluye que la flexibilización de los requisitos para disponer de los aportes pensionarios no resulta constitucionalmente viable, puesto que la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social representa un límite a la administración pública.

### **Conclusiones específicas**

#### **Primera:**

Se concluye en base al estudio teórico sobre los aportes pensionarios para reconocer los fundamentos para flexibilizar su disposición, que representan la base del Sistema Nacional de Pensiones y del Sistema Privado de Pensiones, por lo que la Constitución de 1993 en su Artículo 12° los protege, lo cual se presenta como un límite a la flexibilización del acceso a dichos aportes, siendo fundamento insuficiente la emergencia sanitaria mundial por COVID 19.

#### **Segunda:**

En función al contenido esencial de la intangibilidad como garantía de los fondos y reservas de la seguridad social, se concluye que los ámbitos de protección que genera abarca ampliamente todas las formas de seguridad social, teniendo en cuenta el ámbito de protección social en base a los intereses generales que organiza el sistema nacional de pensiones y el

ámbito de protección individual en base a los intereses particulares como es el sistema privado de pensiones; además, es posible advertir la presencia de un ámbito de protección política, ceñido a la administración pública que orienta sus fines previsionales.

### **Tercera:**

Luego del análisis constitucional de los efectos generados por la disposición de los aportes pensionarios frente a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, se concluye que en observancia de la protección constitucional para la seguridad social, se otorga el estatus de intangible a los fondos y reservas de la seguridad social, verificándose un efecto negativo sobre ello, debido a las normas que generan desmedro de los fondos y reservas de la seguridad, ponen en riesgo la estabilidad de la ONP y alejan a las AFP de su objetivo principal. Por tanto, las reglas en cuestión tienen un carácter inconstitucional, pues el problema de alteración sólo se puede verificar luego de ejecutada tal cual lo advirtieron los especialistas en el tema.

## **Recomendaciones**

### **Primera:**

En función a lo observado en esta tesis se plantea una sugerencia de cambio para que el Estado se ocupe de legislar sobre la realidad del sistema pensionario para retornar al estado de cosas anterior respecto a la intangibilidad de los fondos pensionarios y su protección. Además, se plantea un autocontrol de la política pública para restringir su administración sobre los límites constitucionales existentes, como es el caso de la garantía de intangibilidad de los fondos de pensiones para evitar su vulneración como ha sucedido en el caso de la flexibilización de los requisitos para acceder a los aportes.

### **Segunda:**

Se recomienda que el cambio sugerido tenga efecto derogatorio sobre las leyes que flexibilizan los requisitos para el acceso a los fondos pensionarios y los plazos para la obtención de la pensión de jubilación, comprendidas entre los años 2020 al 2022, ello con la finalidad de establecer un idóneo nivel garantista sobre la intangibilidad de tales fondos.

### **Tercera:**

Atendiendo a las condiciones o efectos que la flexibilización ha generado sobre el fondo de pensiones, se recomienda iniciar una política pública que tenga por destino no solo restablecer el nivel de capacidad de su respaldo económico, sino también incentivar condiciones de crecimiento del

fondo pensionario de manera autónoma, esto es que no sólo dependa de los aportes captados de parte de los usuarios del sistema.

## Bibliografía

Abanto, C. (2021). El impacto de la Covid-19 en el sistema de pensiones del Perú. *Revista Paradigma*, XXX(3), 34-51. Obtenido de <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/download/2657/1879/86>  
28

Alonso, M., & Tortuero, J. (2002). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Civitas.

Anacleto, V. (2006). *Manual de la Seguridad Social*. Lima: Grijley.

Calle, P., Mora, C., Antonio, P., Juarez, H., & Flores, A. (2017). ¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95.5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización? *Revista de Actualidad Mercantil*(5), 75-89. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/download/19527/19647/>

Caso José Luis Correa Condori contra la Corte Superior de Justicia de Lima, 02016-2004- AA/TC (Tribunal Constitucional 5 de Octubre de 2016). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

Caso Manuel Anikama Hernández contra la Corte Superior de Justicia de Lima, 1417-2005-AA (Tribunal Constitucional 8 de Julio de 2005). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Caso Roberto Nesta Brero contra artículo 4° del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, 009-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 3 de Junio de 2005). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2014). *Las pensiones en el marco de la seguridad social en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/DOCUMENTO-DE-TRABAJO-001-2014-DP-AAE-SEGURIDAD-SOCIAL.pdf>

Díaz, K. (2020). *La naturaleza del fin previsional del sistema privado de pensiones frente a la libre disponibilidad del 25% y 95% de los fondos de pensiones implementado mediante Ley N° 30425 y 30478*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego. Obtenido de [https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7131/1/REP\\_DERE\\_KATIA.D%c3%8dAZ\\_NATURALEZA.FIN.PREVISIONAL.SISTEMA.PRIVADO.PENSIONES.FRENTE.LIBRE.DISPONIBILIDAD.25.95.5%25FONDOS.PENSIONES.IMPLEMENTADO.MEDIANTE.LEY.N30425-30478.pdf](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7131/1/REP_DERE_KATIA.D%c3%8dAZ_NATURALEZA.FIN.PREVISIONAL.SISTEMA.PRIVADO.PENSIONES.FRENTE.LIBRE.DISPONIBILIDAD.25.95.5%25FONDOS.PENSIONES.IMPLEMENTADO.MEDIANTE.LEY.N30425-30478.pdf)

- Doublet, J., & Georges, L. (1958). Seguridad social. *Francia: Population, XIII*(4), 739-740. Obtenido de <https://aulavirtual4.unl.edu.ar/mod/resource/view.php?id=584>
- Etala, C. (2002). *Derecho a la seguridad social*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Obtenido de <https://aulavirtual4.unl.edu.ar/mod/resource/view.php?id=584>
- Garcia, A., & Martín, A. (2002). Trabajo práctico del derecho del trabajo y seguridad social. *Aranzsiq*.
- Macías, E., Moreno, J., Martínez, A., & Hazas, A. (1993). *El sistema de pensiones en México dentro del contexto*. México.
- Montoya, M. (2002). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Nestter, F. (1982). *La seguridad social y sus principios*. México: IMSS.
- Organización internacional para el trabajo. (22 de Enero de 1952). *C097- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949*. Obtenido de Organización Internaional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312242](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242)
- Pitán, J. (2020). *La reforma de las pensiones de jubilación en el Perú: un nuevo modelo de protección social por armar*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/>

17914/PAIT%C3%81N\_MART%C3%8DNEZ\_JAVIER.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rendon, J. (2008). Derecho de la seguridad social. *Grijley*.

Romero, F. (2009). Presente y futuro de la seguridad social en el Perú. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(8), 275-298. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640263007.pdf>

Sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2015). *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: El Búho. Obtenido de <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Mario-Pasco-Homenaje-full.pdf>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (2022). *La pandemia y el acceso anticipado a los fondos de pensiones del SPP: 2020-2021*. Lima: SBS. Obtenido de [https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/La%20pandemia%20y%20el%20acceso%20anticipado%20a%20los%20fondos%20de%20pensiones%20SPP\\_1.pdf](https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/La%20pandemia%20y%20el%20acceso%20anticipado%20a%20los%20fondos%20de%20pensiones%20SPP_1.pdf)

Torres, N. (2019). *Idoneidad de la Ley N° 30425 como mecanismo de salvaguarda en la estabilidad de la seguridad social y el sistema previsional: propuesta para mejor administración del fondo pensionario*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Obtenido de [https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1864/1/TL\\_TorresGavi%C3%B1oNiurka.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1864/1/TL_TorresGavi%C3%B1oNiurka.pdf)



