



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN  
EN CIENCIAS PENALES**

**TESIS:**

Incorporación del delito previsional en el ordenamiento jurídico  
peruano como una modalidad del delito de apropiación ilícita

**PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE: MAESTRO  
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

**AUTOR:**

Abogado: Rafael Idrogo, César Adreano

**ASESOR:**

Dr. Hernández Rengifo, Freddy Widmar

**Fecha de sustentación:** 02 de febrero de 2024

Lambayeque, 2024

**ANEXO 01****CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS**

Yo, Freddy Hernández Rengifo, asesor de la tesis del estudiante, César Adreano Rafael Idrogo, titulada: INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO COMO UNA MODALIDAD DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 14 % 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, 24 de septiembre del 2022.

---

**Freddy Hernández Rengifo**

DNI N° 17450122

ASESOR

Se adjunta:

Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)

Recibo digital.



## 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: Cesar Adreano Rafael Idrogo  
Título del ejercicio: Tesis Posgrado  
Título de la entrega: INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL EN EL ORDENAM...  
Nombre del archivo: Rafael\_Idrogo,\_C\_sar\_Adreano.\_Tesis.docx  
Tamaño del archivo: 175.58K  
Total páginas: 104  
Total de palabras: 24,500  
Total de caracteres: 133,940  
Fecha de entrega: 23-sept.-2022 09:30p. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entre... 1907577674



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN  
EN CIENCIAS PENALES

INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO COMO UNA MODALIDAD  
DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:  
Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales.

AUTOR:

Bachiller: RAFAEL IDROGO, CÉSAR ADREANO

ASESOR:

Dr. HERNANDEZ RENGIFO, FREDDY WIDMAR

LAMBAYEQUE - PERÚ

2022

# INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO COMO UNA MODALIDAD DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

## INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

14%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

5%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[idoc.pub](#)

Fuente de Internet

2%

2

[hdl.handle.net](#)

Fuente de Internet

1%

3

[repositorio.upn.edu.pe](#)

Fuente de Internet

1%

4

[docs.com](#)

Fuente de Internet

1%

5

[doku.pub](#)

Fuente de Internet

1%

6

[qdoc.tips](#)

Fuente de Internet

<1%

7

[lpderecho.pe](#)

Fuente de Internet

<1%

8

[revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe](#)

Fuente de Internet

<1%



# ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

077

Siendo las 11:20 horas del día 2 de Febrero del año Dos Mil Veinticuatro, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 070-2023-EPG de fecha 16 ENERO 2023, conформado por:

Dr. LUIS ANMARDO HOYOS VASQUEZ PRESIDENTE (A)  
 Dr. AMADOR NICOLAS MONDONEDO VALLE SECRETARIO (A)  
 Dr. VÍCTOR RUBERTO ANACLETO BUENENO VOCAL  
 Dr. INEDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO ASESOR (A)

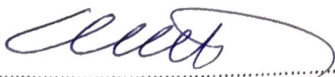
Con la finalidad de evaluar la tesis titulada "INCONDICIONAMIENTO DEL DELITO PREVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO COMO UNA MODALIDAD DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA",

presentado por el (la) Tesista CESAR ADRIANO RAFAEL IDROGO  
 sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 011-2024-EPG de fecha 29 DE ENERO DE 2024

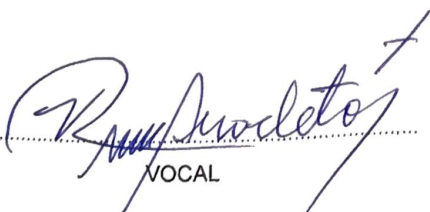
El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 16 puntos que equivale al calificativo de BUENO

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

Siendo las 12:22 horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.



PRESIDENTE

  
 VOCAL

SECRETARIO

  
 ASESOR

### **Dedicatoria.**

A Dios, el gran arquitecto del universo.

A mis padres, Guillermo y Aurelia, por darme la vida, brindarme amor y cariño, educarme e inculcarme solidos valores que guían mi vida.

A mi esposa, Judith Lourdes Calderón Terrones, por su apoyo, aliento y comprensión permanente.

A mis hijos, César David y Luis Adriano Rafael Calderón, quienes son mi fortaleza.

### **Agradecimiento.**

A Dios, por concederme una vida y salud llena de felicidad, aprendizaje, retos y experiencia.

A mi esposa e hijos, por el apoyo incondicional en mi desarrollo personal, familiar y profesional.

Al Dr. Freddy W. Hernández Rengifo, asesor de tesis, por el desinteresado aporte profesional en el desarrollo de la presente tesis.

## Índice de contenido

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
NOCIONES GENERALES.....	3
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	3
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.4. OBJETIVOS.....	5
1.4.1. Objetivo general.....	5
1.4.2. Objetivos específicos.....	6
1.5. HIPOTESIS.....	6
1.6. VARIABLES DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.6.1. Variables independientes.....	7
1.6.2. Variable dependiente.....	7
1.7. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	7
1.8. METODOS Y TECNICAS.....	8
CAPITULO II.....	9
DERECHO FUNDAMENTAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	9
SUB - CAPITULO I.....	9
ASPECTOS GENERALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES: SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES.....	9
2.1. NOCIONES GENERALES.....	9
2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	11
2.3. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	12
SUB – CAPITULO II.....	20
DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES – SEGURIDAD SOCIAL.....	20
3.1. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	20
3.2. ANTECEDENTE NACIONAL.....	20



3.3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	21
3.4. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	22
3.5. CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL.....	24
3.6. COBERTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	29
SUB - CAPITULO III.....	30
SISTEMA PENSIONARIO EN EL ESTADO PERUANO .....	30
4.1. SISTEMA DE PENSIÓN .....	30
4.2. TIPOS DE PRESTACIONES ECONÓMICAS .....	30
4.3. PRESTACIÓN DE PENSIONES SEGÚN EL TRIBUNAL COSNTITUCIONAL.....	33
4.4. INTABGIBILIDAD DE FONDOS Y RESERVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	33
4.5. SISTEMA PREVISIONAL PERUANO .....	34
SUB - CAPITULO IV .....	42
5.1. ESQUEMA DE PENSIÓN EN EL PERÚ .....	42
SUB - CAPITULO V .....	47
INSCRIPCIÓN DE EMPLEADORES Y ASEGURADOS EN EL SISTEMA PERUANO Y PLANILLAS ELECTRÓNICAS. ....	47
5.1. FINANCIAMIENTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.....	47
5.2. A QUIEN SE LE CONSIDERA EMPLEADOR?.....	47
5.3. OBLIGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DEL EMPLEADOR Y DE INSCRIBIR A LOS ASEGURADOS.....	49
5.4. AGENTE ENCARGADO DE LA RETENCIÓN O PERCEPCIÓN.....	51
5.5. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.....	53
5.6. COTIZACIONES O APORTACIONES DE EMPLEADORES Y ASEGURADOS.....	56
5.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COTIZACIONES O APORTACIONES.....	56
5.8. INTANGIBILIDAD DE FONDOS Y RESERVAS PREVISIONALES. ....	58
5.9. COTIZACIONES PARA EL SEGURO SOCIAL DE SALUD Y SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES.....	61
5.10. REMUNERACIÓN ASEGURABLE MINIMA Y MAXIMA. ....	63
5.11. OBLIGACIÓN DERIVADA POR RETENCIÓN DE APORTES.....	64
5.12. INOBSERVANCIA DEL DEBER DEL EMPLEADOR. ....	67
5.13. COBRANZA JUDICIAL DE LOS APORTES EN EL SPP.....	67
5.14. PLANILLA ELECTRÓNICA. ....	69

5.15. VENTAJAS DE LA UTILIZACIÓN DE LAS PLANILLAS ELECTRONICAS. ....	72
CAPITULO III .....	73
APROPIACIÓN ILÍCITA E INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL.....	73
SUB – CAPITULO I.....	73
DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA .....	73
6.1. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILICITA EN NUESTRA LEGISLACIÓN. ....	73
6.2. CONCEPTO DEL DELITO DE APROPIACION ILICITA. ....	73
6.3. PRECISIONES DOGMATICAS DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA O ILICITA. ....	75
6.4. TIPICIDAD OBJETIVA. ....	76
6.5. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y APROPIACIÓN ILICITA. ....	76
6.6. BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE APROPIACIÓN ILICITA. ....	77
SUB – CAPITULO II.....	80
INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL.....	80
7.1. NOCIÓN GENERAL.....	80
7.2. PAGO OPORTUNO DE LA OBLIGACIÓN CONFORME AL SISTEMA PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE PENSIONES. ....	81
7.3. FUNDAMENTO PARA INCORPORAR DEL DELITO PREVISIONAL. ..	82
7.4. EL DELITO PREVISIONAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. ....	84
7.5. TIPO PENAL A SER INCORPORADO AL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL. ....	85
7.6. BENEFICIOS OBTENIDOS CON LA APROBACIÓN DEL TIPO PENAL PROPUESTO.....	85
CONCLUSIONES.....	86
RECOMENDACIONES. ....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. ....	88
ANEXOS	

## **Resumen.**

Nuestra tesis titulada incorporación del delito previsional en el ordenamiento jurídico peruano como una modalidad del delito de apropiación ilícita, tuvo como propósito proponer se incorpore como delito la apropiación indebida de los aportes previsionales como un supuesto delictivo dentro de los alcances del artículo 190 del Código Penal. Se trata de una investigación básica, de tipo sociojurídica, con un enfoque cuantitativo-descriptivo con propuesta, diseño propositivo no experimental, con el fin de aprovechar la data recogida mediante la técnica del fichaje. Habiéndose llegado a determinar que, si bien, el D.S. 054-97-EF faculta recurrir al derecho penal cuando se advierta el incumplimiento de cancelación de las aportaciones destinados a la seguridad social, empero, esta norma exige que se demuestre que se trata de una conducta maliciosa, lo cual constituye un obstáculo al momento de probarlo; por ello, resulta necesario incluir tal supuesto de hecho como una modalidad de apropiación ilícita en el artículo 190 del Código Penal, sin ninguna condición intrascendente, de esta manera mediante los fines especial y general de la pena, el empleador se encontrará en un mayor nivel de cumplir con su obligación y conllevará a que se garantice el derecho a la seguridad social.

Palabras clave: Aportes, seguridad social, apropiación ilícita, delito previsional.

## **Abstract**

Our thesis entitled incorporation of the social security crime in the Peruvian legal system as a modality of the crime of illicit appropriation, had the purpose of proposing that the misappropriation of social security contributions be incorporated as a crime as a criminal assumption within the scope of article 190 of the Penal Code . It is a basic investigation, of a socio-legal type, with a quantitative-descriptive approach with a proposal, non-experimental purposeful design, in order to take advantage of the data collected through the signing technique. Having come to determine that, although D.S. 054-97-EF authorizes recourse to criminal law when non-compliance with the cancellation of contributions destined for social security is noticed, however, this rule requires that it be shown that it is malicious conduct, which constitutes an obstacle at the time of taste it; therefore, it is necessary to include such assumption of fact as a form of illegal appropriation in article 190 of the Criminal Code, without any inconsequential condition, in this way through the special and general purposes of the penalty, the employer will be at a higher level to comply with its obligation and will lead to the guarantee of the right to social security.

Keywords: Contributions, social security, illegal appropriation, social security crime.

## **INTRODUCCIÓN.**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), en su artículo 9, entre los derechos sociales, a toda persona se le reconoce el derecho a la seguridad social; de igual forma, nuestra Carta Magna de 1993, no fue ajena a esta realidad, toda vez que en el artículo 10 reconoció el derecho en comento, otorgándole un carácter progresivo y universal.

Si bien, la seguridad social es entendida como la protección integral que la sociedad proporciona a sus integrantes ante la producción de las contingencias sociales, como accidentes de trabajo, maternidad, enfermedad, vejez y otros hechos que se produjeran en el futuro, no obstante, para gozar de este derecho, los trabajadores en actividad deben realizar aportes mensuales a fin de generar un fondo común o individual que cubra cualquiera de las contingencias antes señaladas. Pero qué sucede cuando son los propios empleadores los que omiten cumplir con los depósitos de las aportaciones retenidas a los trabajadores a los entes encargados de administrar los fondos pensionarios. Al respecto, es verdad que hoy en día en nuestro país, se ha establecido sanciones administrativas por dicho incumplimiento, empero estas normas en la práctica no son eficaces, pues actualmente han aumentado los casos de esta problemática social; por ello, es necesario recurrir al derecho penal, a efectos de que mediante la incorporación del delito previsional como una modalidad del delito de apropiación ilícita, previsto en el artículo 190 del Código Penal; se proteja eficazmente los fondos de la seguridad social de las pensiones de los empleados pertenecientes tanto a la actividad privada como pública, toda vez, que dada su naturaleza de derecho fundamental, el derecho pensionario es un bien jurídico que no sólo se caracteriza por su carácter individual, que permite al afiliado obtener a una pensión; sino también supraindividual en tanto los aportes impagos generan una afectación a todo un conjunto de trabajadores, especialmente a los del SNP, el cual es subsidiado por el Estado recargándolo al tesoro público, de esta manera se afecta indirectamente a toda la población.



Cabe señalar, que si bien nuestra normatividad, por medio del D.S. 054-97-EF se regula el sistema privado de administración de fondos pensionarios, ante el incumplimiento o demora del deber de retener y pagar las contribuciones, faculta recurrir a la vía penal, sin embargo para que la conducta configure el delito de apropiación se requiere que esta sea maliciosa, ello conlleva a que la práctica esta norma se convierta en ineficaz, toda vez que es difícil demostrar la conducta maliciosa requerida, por lo que el trabajador se encuentra y continua en una situación de indefensión.

## **CAPITULO I**

### **NOCIONES GENERALES.**

#### **1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.**

En el Perú, los empleadores con mayor frecuencia incumplen con su obligación de trasladar las aportaciones retenidas a los trabajadores a las entidades administrativas correspondientes (deuda previsional), destinados a la Seguridad Social, derecho recogido en el art. 12 de nuestra Constitución Política vigente, y a pesar que se ha dispuesto su intangibilidad, estos aportes son derivados a otros fines; porque les resulta más cómodo cancelar las multas que trasladar oportunamente los aportes; y si a esto agregamos que lo que prevé el art. 35 de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en la práctica resulta ineficaz, toda vez, que, si bien autoriza procesar penalmente al empleador o representante legal por el delito de apropiación ilícita; no obstante, para que el agente sea sancionado se tiene que demostrar que ha actuado maliciosamente, ya que de no ser así la denuncia no prospera; sumado a que la autorización que establece este dispositivo es contrario al Principio de Legalidad, según Muñoz (2014) en el esfera del derecho penal los delitos y las penas solo pueden ser determinados por los órganos que representan la voluntad popular, esto es por el parlamento u órgano similar; ante dicha problemática el Estado se ve en la imperiosa necesidad de subsidiar dichos pagos afectando de esta manera a toda la sociedad peruana.

Como es de verse, para el trabajador representa gravedad, toda vez que al finalizar la vida laboral se percate que sus aportes no fueron entregados a la entidad administradora, resulta perjudicial ya que recibirá un sueldo de jubilación menor al que le corresponde o a veces no pueda acceder a determinados servicios de salud o económicos.

Por ello consideramos que, ante el incumplimiento de las disposiciones legales, respecto a la obligación del empleador, de remitir oportunamente el dinero retenido de las remuneraciones -aporte previsional-, a la entidad administradora de los caudales de pensiones, la necesidad de reprimir penalmente las conductas que genera indefensión tanto para el trabajador, ex trabajador y derechohabientes del sector privado como del sector público; sin sujeción a alguna condición intrascendente.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

1. ¿Qué deficiencias existen para el año 2022 sobre la legislación que regula el incumplimiento de cancelar los aportes previsionales por parte del empleador?
2. ¿Por qué es necesario incluir un supuesto de hecho en el artículo 190 del Código Penal, relacionado con el incumplimiento de cancelar los aportes previsionales por parte del empleador?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.**

Ante la demora o el incumpliendo del pago de los aportes retenidos al trabajador y traslado a la entidad administradora, justifica se incorpore el delito previsional (apropiación indebida del aporte previsional) al art. 190 del Código Penal, que prescribe y sanciona el delito de Apropiación Ilícita, toda vez que como señala Abanto (2011), este delito tiene como núcleo central la protección de caudales de la seguridad social, que no solo forma parte de un bien jurídico de carácter individual, motivo a que al asegurado le permite acceder a una pensión y a servicios de salud o económicos, sino que también se considera como un bien jurídico supraindividual debido a que los aportes impagos afecta a un grupo de trabajadores o jubilados, especialmente a los del sistema

nacional de pensiones, que el Estado deberá subsidiar recargando al Tesoro Público, de tal forma que afecta a toda una sociedad.

Ante esta problemática el Estado peruano, por medio de los legisladores y operadores que conforman el sistema de justicia (jueces y fiscales), entre otros, debe plantear alternativas de solución que logren reducir eficazmente los niveles de demora e incumplimiento en cancelar los aportes retenido por el empleador, y así poder garantizar el goce del derecho a la seguridad social; asimismo, es necesario que la sociedad en general tome conciencia de la gravedad de estas acciones, pues, si bien, el D.S. 054-97-EF, faculta recurrir a la vía penal, cuando el incumplimiento o demora de la obligación de retención y cancelación, sean de “*forma maliciosa*”; no obstante, esta conducta es muy difícil de demostrar en la práctica, lo que conlleva a que la norma se torne ineficaz ante la infracción de un derecho fundamental; más aún, que parte de la doctrina considera que el mencionado Decreto Supremo vulnera el contenido del art. 2, inciso 24, literal d, de la Carta Magna, así como lo que prescribe el art. II del Título Preliminar del Código Penal, cuyos dispositivos reconocen y regulan el principio de legalidad.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. Objetivo general**

Llevar a cabo un análisis jurídico penal de la Legislación vigente relacionado a la obligación del empleador de retener y cancelar las aportaciones y su incumplimiento, con el fin de determinar la necesidad de incorporar la apropiación indebida de los aportes previsionales (ilícito previsional) como un supuesto delictivo dentro de los alcances del artículo 190 del Código Penal.

#### **1.4.2. Objetivos específicos**

1. Desarrollar los alcances del derecho a la Seguridad Social y su reconocimiento en la Constitución Política vigente.
2. Analizar la normatividad vigente peruana en relación a la obligación del empleador consistente en retener y trasladar oportunamente las aportaciones de sus trabajadores.
3. Determinar los supuestos de hecho del delito previsional (apropiación indebida de las contribuciones previsionales).
4. Desarrollar el sustento de hecho del delito previsional.
5. Estudio del Delito Previsional en la legislación comparada.

#### **1.5. HIPOTESIS**

Para el presente trabajo de investigación nos planteamos la siguiente hipótesis:

Actualmente la realidad de la legislación nacional se muestra deficiente al regular la obligación del empleador de cancelar los aportes previsionales de sus trabajadores, puesto que el Decreto Supremo 054-97-EF establece que para recurrir a la vía penal se requiere probar la conducta maliciosa del empleador, aspecto de difícil probanza.

La incorporación del delito previsional como un nuevo tipo penal en nuestra legislación penal vigente, resulta necesaria porque permitirá hacer efectivo la



cancelación oportuna de las aportaciones al Sistema de Pensiones, como resultado de persuasión a título del fin de prevención general y especial.

## **1.6. VARIABLES DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. Variables independientes**

La regulación del ilícito penal contra el patrimonio en la modalidad de Apropiación Ilícita en el Código Penal vigente.

La seguridad social como derecho fundamental de la persona humana, reconocido en nuestra Constitución Política.

Obligaciones del empleador en la Legislación vigente.

### **1.6.2. Variable dependiente**

La incorporación del delito previsional (apropiación indebida de las contribuciones previsionales) como una modalidad del delito de apropiación ilícita, previsto y penado en el art. 190 del Código Penal.

## **1.7. POBLACIÓN Y MUESTRA**

El trabajo de investigación se desarrolló en base a la problemática que se presenta en los trabajadores y ex trabajadores peruanos del sector privado y público, quienes son los directamente afectados por la demora o el incumplimiento de sus empleadores en la transferencia oportuna de las aportaciones a las entidades encargadas de la administración de los fondos de pensiones.

## **1.8. METODOS Y TECNICAS**

El presente trabajo de investigación corresponde a una de tipo de sociojurídica, en tanto como refiere Bernal, D. Díaz, E. & Padilla, A. (2018) tiene como objetivo estudiar el contexto social al advertir un suceso en los comportamientos que se busca cambiar.

Métodos Generales:

- Inductivo – deductivo.
- Sintético.
- Descriptivo – explicativo.
- Análisis.

Métodos Específicos:

- Dogmática.
- Histórico.
- Comparativo.

Las técnicas de recopilación de datos utilizados son los siguientes:

1. Observación.
2. Apuntes.
3. Fichas textuales, de resumen y comentarios.

## **CAPITULO II**

### **DERECHO FUNDAMENTAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

#### **SUB - CAPITULO I**

#### **ASPECTOS GENERALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES: SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES**

##### **2.1. NOCIONES GENERALES**

El Tribunal Constitucional al emitir pronunciamiento en el Exp. 10087-2005-PATC, al establecer que la dignidad de la persona es un principio y valor constitucional, se prohíbe que este derecho sea un objeto del poder del Estado o se le brinde un tratamiento instrumental; además, se agrega que vendría hacer un dinamismo de los derechos fundamentales de la persona, por eso constituye un parámetro de las acciones del gobierno y de la colectividad, así como el origen de los derechos esenciales. Siendo así, la dignidad humana no solo se forja como defensivo o negativo ante los poderes del Estado y los particulares sino como un principio de acción positiva en pro del libre desarrollo de la persona y sus derechos.

Los derechos fundamentales para Robertson (2014) vienen a ser aquellos derechos básicos del ser humano que han sido recogidos expresamente en las normas fundamentales del Estado, reservando la denominación de derechos humanos para referirnos a los derechos pertenecientes a los sujetos en razón a la pertenencia a la clase de persona humana.

Al amparo del artículo 2 del PIDESC, que instituye que el Estado parte se obliga a garantizar y respetar los derechos reconocidos por el pacto, sin distinción alguna, a todo individuo que se encuentre dentro de su territorio y sujeto a su jurisdicción; así como, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde norma que los Estados parte se obligan a respetar las libertades y derechos de toda persona humana sin discriminación alguna y que persona comprende a todo ser humano. En ese orden de ideas, los dispositivos internacionales constituyen pautas interpretativas mandataria de lo que establece el artículo 44 de la Constitución Política del Perú, que es deber primordial del Estado garantizar los derechos humanos, es decir, de aquellos derechos que se hallan acopiados expresamente en la Carta Magna como los que se segregan del artículo 3 de la Carta suprema.

Entonces, para la vigencia y goce pleno de los derechos de la persona, debemos entender como la obligación de respetar al ser humano, el Estado deberá promoverla y abstenerse de realizar cualquier acción u omisión que afecte el goce y disfrute de sus derechos.

Ahora, el Tribunal Constitucional (2005) respecto a los derechos fundamentales, revelo que vienen a ser una expresión de la dignidad de la persona, los cuales poseen una ubicación céntrica en el sistema jurídico; cuya centralidad involucra la adopción de herramientas jurídicas que avalen su eficacia real, puesto que cuando se transgrede un derecho esencial se vulnera tanto el derecho subjetivo de las personas como el conjunto de bienes y valores protegidos constitucionalmente. Por eso es que fue necesario que en el artículo 200 de la Constitución haya previsto garantías constitucionales encaminadas a salvaguardar la superioridad y los derechos fundamentales.

De igual forma, el Supremo interprete de la Constitución en el fundamento cuarenta y seis del fallo de los Expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 04-2005-PI/TC, 07-2005-PI/TC y 09-2005-PI/TC, ha precisado que la dignidad

humana viene a ser el postulado de la presencia de todos los derechos primordiales. No se puede concebir a la dignidad humana como un medio, sino como un fin en sí mismo, por eso es que su defensa constituye el fin superior que debe inculcar las acciones gubernamentales, en particular y los de la colectividad.

## **2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Sobre la clasificación de derechos humanos, Aguilar (2004) señala que la más distinguida es la que la diferencia en tres generaciones, fundamentado en un enfoque periódico, y el criterio en el que se basa es un enfoque habitual, fundado en la protección progresiva de los derechos humanos, la clasificación a la que reseñamos es la siguiente: 1. Primera generación está integrada por los derechos civiles y políticos, y por tratarse de derechos primordiales del ser humano, como el derecho a la vida, igualdad, libertad, etc., el Estado tiene la obligación de respetarlo; 2. Segunda generación, conformado por derechos de tipo colectivo, los económicos, culturales y sociales; estos derechos son satisfechos de forma progresiva y de acuerdo a las posibilidades del Estado, por lo que constituye un deber de hacer; 3. Tercera generación está constituido por derechos de solidaridad o de los pueblos, surgen de la necesidad de cooperación entre los países, así como de los diversos grupos que la conforman.

Hoy en día también se habla de una gama de derechos de la cuarta generación, que encuentran su sustento en el desarrollo digital, y, es que, en todas actividades que realiza el hombre, en casi todos los contextos, se ve involucrado el mundo digital e informático, y, esto se ha evidenciado en la actual pandemia que azota a los continentes.

Es así que se habla del derecho a la existencia, identidad, privacidad, domicilio digital, entre otros; al respecto, somos de la opinión que si bien dichos derechos



son trascendentales; no obstante, son manifestaciones de los derechos de primera generación.

Los derechos más antiguos en el desarrollo normativo son los de la primera generación, con los cuales el individuo hace frente a cualquier autoridad o el Estado; se caracterizan porque obligan al Estado a respetarlos y, estos solo pueden ser restringidos en los supuestos y bajo el contexto establecido en la Constitución.

Los derechos de segunda generación son aquellos que tienen un contenido social, los cuales se encaminan a lograr mejores escenarios de vida, estos se caracterizan porque amplían el ámbito de responsabilidad del Estado, implica una obligación de hacer positivo por parte del Estado, consistente en satisfacer las necesidades y prestación de bienes y servicios, el titular de estos derechos es el individuo en sociedad, quien se asocia para conseguir su defensa; su exigencia es indirecto e inmediato, supeditados a los medios económicos del País; siendo legítimo los anhelos de la sociedad.

### **2.3. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

Cuando hablamos de los derechos culturales, sociales y económicos, nos referimos a la presencia de escenarios de vida de la población, así como de acceso a los bienes culturales y materiales en términos apropiados a la dignidad del ser humano. La ejecución de los derechos en referencia no depende, en general, solo de la decisión de los entes estatales ni del establecimiento de un orden jurídico, sino de la conquista de un contexto social donde prime una distribución justa de los bienes, esto se puede alcanzar progresivamente

Conforme al artículo 10 de nuestra Norma suprema, el derecho a la seguridad social que le asiste toda persona lo encontramos entre los derechos sociales, económicos y culturales.

### **2.3.1. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.**

La exigibilidad de los derechos sociales se encuentra condicionado a la presencia de los recursos adecuados que sirva para satisfacerse, de tal forma que el deber que se arrojan los estados en relación a estos derechos son de comportamiento o de medio; la vigilancia de acatamiento de estas obligaciones necesita de un cierto plan de acción sobre la estrategia económico-social de los estados, por ello es que en diversos casos escapa del control de la esfera judicial. Al respecto, Cruz, J., Rodríguez, P. & Larrañaga, P. (2019), mencionan que el Poder Judicial no tiene responsabilidad exclusiva sobre la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, económicos y culturales, sino que involucra todos los poderes del Estado. De allí es que el cumplimiento de los DESC sea confiado a los entes estatales más político-técnica que jurisdiccional, quienes son los llamados a realizar informes periódicos en relación a la situación económica y social de cada Estado.

Lo antes indicado, por lo general es atinado, empero, amerita, determinados matices, el primero deviene en que algunos derechos sociales y económicos son también libertades públicas, como los derechos a la libertad de enseñanza o la mayoría de derechos sindicales. En estas situaciones el deber de respeto y garantía de estos derechos por parte del poder público es igual al que se le brinda a los derechos políticos y civiles.

Para Sáenz (2005) en el caso del Estado peruano, aun cuando los derechos recogidos en nuestra Constitución puedan considerarse que tiene carácter de fundamentales, no todos los derechos tienen idénticos niveles

de eficacia. Ello en unos casos se debe a la diferente naturaleza jurídica que las define, en otros, a la diferente perspectiva que se ofrece su protección o defensa frente a un eventual desconocimiento. En relación al nivel de aplicación, es necesario hacer referencia que en la doctrina se ha realizado una distinción entre los derechos constitucionales operativos y los derechos constitucionales programáticos. Para el ejercicio de los derechos operativos solo es necesario la concurrencia de la decisión o voluntad del titular del derecho, atributo o libertad, sin que el Estado intervenga, salvo que la norma suprema disponga lo contrario; mientras que para el ejercicio de los derechos programáticos es insuficiente la decisión o voluntad del titular o destinatario del derecho, por tanto la intervención del Estado no solo es necesario sino prioritario para ejecutar medidas prestacionales o actuaciones positivas.

Los derechos económicos y sociales, para Córdova (2005), son derechos de segunda clase, es decir, simples líneas programáticas o de acción del poder político que no crean una vinculación inmediata, pues su exigencia se produce después de las libertades y derechos personales, se puede considerar como exigencias del ser humano; por lo que al no ser exigibles los derechos sociales no son verdaderos derechos.

Como es de verse, los caracteres operativos se encuentran asociados a los derechos individuales y políticos como la libertad de conciencia, libertad individual, derecho de sufragio, mientras que los derechos programáticos están relacionados a los de naturaleza social, económica y cultural, como el derecho a la educación, al trabajo, defensa al consumidor. De ello se puede concluir que los atributos operativos están relacionados con los derechos de la persona humana, mientras que los atributos programáticos suelen estar asociados a aquellos otros derechos, históricamente llamados de segunda e incluso de tercera generación.

Los derechos programáticos, pueden ser clasificados de muchas formas; conforme a la clasificación de nuestro ordenamiento jurídico, se puede hablar de derechos programáticos que requieren la ejecución de escenarios esencialmente técnicas legislativas o administrativas, por ejemplo el derecho de huelga recogido en el art. 28 de nuestra Constitución, necesita una regulación integral; derechos programáticos que demandan de condiciones económica – sociales, es decir que se requiere que se habilite presupuesto, por ejemplo dentro de estos derechos tenemos el derecho al trabajo reglado en el art. 23 de la Carta Magna, el cual necesita de materiales para su desarrollo y fomento y; derechos programáticos que exigen condiciones tanto económicas como técnicas, dentro de ellos encontramos al derecho de seguridad social, incorporado igualmente en nuestra Constitución, este exige que sus alcances sea determinado de acuerdo a ley –cobertura-, sino que se necesita que se cuente con presupuesto para que se materialice sus alcances. Entonces queda claro que en cualquiera de los supuestos que se presente, el Estado tiene un rol fundamental en la observancia de sus obligaciones, a través de mecanismos de motorización e impulso eficaz del derecho.

Castillo (2005) precisa que esta impresión, que debe ser rechazada por incorrecta, porque al parecer tendría su origen en tres razones. En primer lugar, los derechos sociales y económicos, al admitir una prestación o actuación del Estado, encaminada a beneficiar tanto la persona como a la sociedad, ello implica adoptar acciones que conlleva a grandes repercusiones en el tesoro público. En su momento, el constituyente al determinar como derechos sociales y económicos, pudo haber expresado en su momento determinando como derechos sociales y económicos, lo realizó desconociendo la posibilidad financiera que cuenta el Estado al momento que se deben ser efectivos; en segundo término, debemos mencionar que la concreción de los derechos se complica aún más porque las prestaciones a las se encuentra obligado el Estado, requiere de decisiones de índole política, las cuales se maneja en el campo del principio

de oportunidad; por último, una causa más que ha influido de manera negativa en los derechos sociales como derechos no exigibles directamente, es la idea de que estos derechos no son realmente derechos humanos, o mejor dicho no son expresiones directamente de la naturaleza del ser humano o al menos no son considerados como las libertades o derechos personales.

### **2.3.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DERECHOS PROGRAMATICOS**

Para entender como el Estado está asumiendo sus obligaciones respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, conviene detenerse muy brevemente, en el origen de lo que se concibe por Estado Social de Derecho.

Las declaraciones de los derechos que acompañaron al constitucionalismo matriz en sus inicios, esto es a finales de siglo XVIII, el factor de preocupación central residía en imponer al Estado todo tipo de restricciones, en la lógica de impedir hasta donde fuese posible, el que sus poderes pudieran inmiscuirse en las esferas de libertad o participación reconocidas sobre los individuos. Entonces se hablaba de un tipo Estado Liberal, para algunos Estado policía, y de un principio de limitación del poder conforme con las características del mencionado modelo. No obstante, con el paso de los años y en la medida en que ese mismo Estado tuvo que hacer frente a las grandes demandas o exigencias motivadas en sus propias transformaciones (masificación, pobreza creciente, hipertrofia administrativa, industrialización, etc., encaminada sobre todo hacia inicios del siglo XX), los supuestos de no intervención, no solo fue variando, sino que acabaron por transformarse absolutamente. De un contexto esencialmente abstencionista pasamos a un esquema de tipo intervencionista, es en este contexto que se inicia a perfilar el llamado Estado Social o Estado prestacional para algunos. El Estado Social ya no posee el principio de restricción como eje central, por el contrario, tiene uno



de justificación o legitimación del poder. Es decir, no se limita sino que más bien su actuar se dirige a promover condiciones de bienestar.

La presencia del Estado prestacional o social, se sostiene en diversos y variados roles que le corresponde asumir. Dentro de estos roles, los derechos sociales, económicos y culturales tienen un papel fundamental. El reconocimiento de estos derechos y sobre todo su materialización o consecución, es lo que determina a que un Estado sea considerado como uno de tipo social, consecuentemente requiere que asuma compromisos que antaño no eran, autentico o de incuestionable prioridad.

La característica principal del constitucionalismo de hoy en día, sobre todo el de los países subdesarrollados, no es solo el reconocimiento de los derechos políticos o individuales, sino la presencia de una cantidad cada vez más amplia de derechos de tipo económico, social y cultural.

En la legislación constitucional actual, a diferencia de lo que establecía la Constitución precedente, aun cuando no se haya previsto expresamente una cláusula que determine la existencia del conocido Estado Social, no significa que no se reconozca implícitamente. Sobre ello el Tribunal Constitucional al emitir los fallos de los expedientes 1956-2004-AA, 2945-2003-AA/TC y 008-2003-AI/TC, ha puesto de relieve los elementos sociales de nuestro Estado, los cuales se desprenden de los artículos 3 y 43 de la Carta Magna, referidos, al Estado democrático de derecho y de la connotación como República social.

Ante esto, cabe hacerse la pregunta ¿nuestros países estarán en condiciones de asegurar la efectividad de las clausulas programáticas por el simple hecho de estimarlos derechos? Si las comprendemos como atributos disponibles inmediatamente, aparentemente no se garantizaría, si

por el contrario, las entendemos como prestaciones asumimos como prestaciones en procesos de implementación (en vías de habilitación) las cosas resultan bastante distintas.

No es lo mismo exigir inmediatamente la eficacia de la norma que demanda un despliegue de condiciones materiales a su alrededor, que postular su cumplimiento paulatino, en tanto y en cuanto el Estado vaya generando recursos para ello.

Precisamente porque este y no otro es el único escenario en el que la funcionalidad de los derechos programáticos puede hacerse efectivo, es que la mayor parte de normas fundamentales constituciones de los países pobres, como el nuestro, cuentan con una cláusula de salvación o desembalse, cuya cláusula no es otra que la reconocida regla de progresividad.

La regla de progresividad se encuentra contenida nuestra constitución en la Disposición Final Undécima que indica que las disposiciones plasmadas en la constitución que demanden nuevo o mayor gasto público se aplican de forma progresiva. Dicha cláusula quiere decir que cuando nos encontramos ante normas constitucionales para las que es impostergable la generación de recursos, dicho proceso habilitador, ha de actuar paulatinamente, es decir, de menos a más, siempre en forma paulatina, esto es, de menos a más y siempre en la lógica de facilitar que la implementación de las citadas normas se produzca lo más eficientemente posible.

Lo que finalmente, según Sáenz, se busca es que el Estado asuma un compromiso con sus objetivos encomendados de manera razonable y sensata. No es obligatorio cumplir inmediatamente, como se ha esbozado,

la realidad no se cambia porque el Derecho así lo establece, pero si se le obliga a que sus compromisos se efectivicen dentro de un tiempo y circunstancias prudencial, teniendo como referente la idea de la regla de progresividad, lo que tampoco supone un determinado quantum monetario como algunos lo piensan, sino tan solo el hecho de que exista una elemental o mínima escala de crecimiento.

## **SUB – CAPITULO II**

### **DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES – SEGURIDAD SOCIAL**

#### **3.1. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Antes de ingresar a desarrollar el fundamento de la incorporación del delito previsional, como nuevo tipo penal a nuestra legislación penal, resulta pertinente determinar en qué consiste la seguridad social.

#### **3.2. ANTECEDENTE NACIONAL**

Del artículo 12 y 13 de la Constitución de 1979, se desprende el antecedente inmediato del derecho a la seguridad social, en el primer apartado aparece como una de las obligaciones del Estado, el garantizar el derecho a la seguridad social, y que la norma infra constitucional se encargará de regular el financiamiento e ingreso progresivo; igualmente, en el segundo apartado se estableció que el derecho en comento tenía por objetivo comprender los riesgos de muerte, orfandad, vejez, invalidez, accidente, desempleo, maternidad, enfermedad y cualquier otra eventualidad.

Abanto (2005) determinó que existen diferencias entre la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993, cuyas divergencias trasciende por encima del uso de la vocablos disimiles, en tanto la primera de las nombradas obligaba al Estado a fin de que garantice a la ciudadanía a la seguridad social, mientras que la Carta Magna de 1993 lo proyecta como un simple reconocimiento universal y a su vez progresivo. Igualmente, de acuerdo a la Constitución vigente, la ley viene hacer un medio encargado de determinar las eventualidades resguardadas por la seguridad social, mientras que la Constitución anterior - 1979-, en su artículo 13, se encontraba establecido expresamente bajo el

sistema de *numerus apertus*, donde se estableció que protege contingencias de desempleo, enfermedad, accidente, invalidez, vejez, fallecimiento, orfandad, viudez, así como, cualquier otra contingencia.

También es de destacar que lo que se estableció en la Constitución precedente, en relación a la seguridad social, tiene su antecedente la Constitución de 1933, artículo 48, donde expresamente se instituía las contingencias protegidas.

### **3.3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

La seguridad social tiene como finalidad proteger a los ciudadanos frente a las eventualidades de accidentes y enfermedades estén o no relacionadas al trabajo, desempleo, incapacidad temporal, cesantía, maternidad, vejez, nupcialidad, invalidez, muerte, sobrevivencia y cualquier otra eventualidad, así como, los deberes procedentes de la vida familiar y necesidad de residencia, y recreación del ser humano. Entonces la seguridad social tiene como objetivo vigilar que el ciudadano que se encuentre ante un impedimento permanente o temporal de lograr algún ingreso, continúen satisfaciendo sus necesidades y pueda mantener su estatus evitando que decaiga el nivel de vida, suministrándole servicios y/o recursos económicos, de esta manera se mantiene el equilibrio en la sociedad.

El derecho a la seguridad social genera herramientas que son mantenidas por la población en su conjunto, ya que las aportaciones de los empleados (dependientes, independientes, privados, públicos, etc.) representa una de las más importantes fuentes de financiamiento, empero, en nuestro País, según la obra Constitución Comentada (2005), por la alta tasa de morosidad que supera el cincuenta por ciento, la única manera de cubrir la cancelación de las prestaciones pensionarias y salud es con cargo al fisco estatal.

### **3.4. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Para Abanto (2005), este derecho viene a ser un instrumento de auxilio de la persona ante las contingencias que suceden en la vida y que conllevan a la disminución o, en muchas veces, la pérdida de capacidad para efectuar trabajo. Empero, dependiendo del enfoque de análisis que se le realice, se muestra diversos significados, por lo que resulta ser un concepto complejo.

En consecuencia, cuando alguna persona hace referencia a la seguridad social lo hace desde el punto de vista que ha adoptado. Para la persona común un derecho; para la rama jurídica una arista del derecho; para el Estado será una política; un servicio para la administración pública; una forma de redistribución de la fortuna para la economía; para la sociedad un mecanismo de solidaridad; etc.

Para el presente trabajo, a partir del punto de vista jurídico, Fajardo (1992) entiende a la seguridad social como un procedimiento de ayuda ante las contingencias que se presenta en la vida humana, con el fin de elevar la calidad de vida y bienestar de la sociedad en base al repartimiento de la renta. Este concepto engloba los aspectos esenciales y básicos de su real campo de comprensión: a). Es un mecanismo de auxilio, motivo a que está conformado por un cumulo de normas y entes públicos, privados y mixto, que se encargan de su manejo, supervisión, control y función; b). Se encarga de cubrir contingencias que se presenta en la vida humana, esto es, los eventos o situaciones que se presentan en la vida del ser humano, ya sea disminuyendo o extinguiendo la capacidad para el trabajo, por ejemplo desempleo, enfermedades, vejez, accidentes, muerte, etc.; c) Se encamina a mejorar la calidad de vida, interviene para que el estatus socioeconómico de la persona no varíe de manera dramática, cuando esta padezca alguna contingencia, de tal manera que no solo protege a la persona sino que genera bienestar en la sociedad; d) El ente público, privado o mixto usa la redistribución de las

utilidades, con el fin de cubrir prestaciones de pensiones y salud de estos, herederos y pensionistas.

Bajo este contexto, y siguiendo la idea de seguridad social adoptada desde la Revolución Francesa, perfeccionado con la normatividad europea en el siglo XX, especialmente en Inglaterra en el Plan Beveridge de 1942, el legislador peruano implantó nociones básicas sobre seguridad social en las constituciones de 1920 y 1933, ampliadas en la Carta Magna de 1979 y, modificada por la Constitución vigente, desde un punto de vista práctico, ya que en algunos extremos no era consecuente con la economía del País.

Es de recordar que desde el año 1948, fecha en que en la Declaración de los Derechos Humanos, en su artículo 22, incluyo como un derecho humano a la seguridad social.

Así el Tribunal Constitucional (2005), al emitir el fallo de inconstitucionalidad de la ley reforma constitucional (Ley 28389), en el apartado número cincuenta y cuatro, ha destacado que el derecho a la seguridad social viene a ser la protección institucional que enuncia la función social del Estado; al amparo de la Constitución artículo 10, se reduce a un confuso marco normativo estructurado basado en la ciencia de calidad de vida y contingencia, para esto se necesita de un supuesto de hecho acompañado de una presunción de contingencia (necesidad) como viudez, cese en el trabajo, invalidez, orfandad, etc., que determina a que se otorgue una prestación asistencial y/o pecuniaria, de acuerdo a los principios de universalidad, solidaridad y progresividad, y motivada en no solo cubrir sus necesidades sino en elevar la calidad de vida.

Sobre el sistema de seguridad social, Toyama (2008) destaca las más importantes características: a). público, porque el Estado no puede dejarlo a la sola ordenación privada sino que este tiene el deber de satisfacer las

necesidades de protección de la ciudadanía; b). mixto, el Estado se encarga de brindar un servicio de amparo a las personas necesitadas, pudiendo establecerse una contraprestación contributiva o no; c). sustenta necesidades, la seguridad social persigue satisfacer las penurias de la ciudadanía y propiciar un régimen universal en el espacio objetivo como subjetivo; d). autónomo, porque en la regulación jurídica, la seguridad social es cada vez más autónoma, pero no podemos dejar de lado la correspondencia que coexiste entre el derecho laboral y los principios que la respaldan.

### **3.5. CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL**

Como habíamos venido indicando, Abanto (2010) señala que la seguridad social para el ciudadano viene a ser un derecho fundamental, mientras que para la gestión pública constituye un servicio, para la economía es un factor de redistribuir la renta y; para el gobierno es un mecanismo de política social.

En el año 1991, el departamento de seguridad de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), en coordinación con el centro internacional de formación de la OIT y la asociación internacional de la seguridad social (AISS), publicaron un estudio sobre la administración de la seguridad social, donde se brindó una definición ampliamente aceptada, estableciendo que la seguridad social es la ayuda que la colectividad brinda a sus integrantes a través de una serie de actuaciones públicas frente a las carencias sociales y económicas que, al no darse de esta forma, conlleva a la desaparición o reducción de entradas con ocasión de maternidad, enfermedad, accidente de trabajo, muerte, invalidez y vejez, dicha protección también comprende el auxilio médico y apoyo a las familias con descendientes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 22, instituyó que cualquier persona como integrante de la población posee el derecho a la seguridad social, y alcanzar el gozo de los derechos sociales, económicos y



culturales, indispensable para la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, ya sea mediante el esfuerzo nacional, cooperación internacional y recursos de cada Estado.

Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, en el art. 9, estableció que todo Estado parte reconoce a la persona sin excepción alguna el derecho a la seguridad social.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por su lado, en el apartado XVI, instituyó que el derecho a la seguridad social le asiste a toda persona, que les resguarde contra cualquier contingencia que se presente como de vejez, desocupación e incapacidad que provenga de cualquier otra causa ajena a su voluntad, que la impida física o mental lograr obtener los caudales de manutención.

La Constitución Política de 1993 en su artículo 10, manda que a toda persona se le garantiza el derecho a la seguridad social, por tratarse de un derecho progresivo y universal, que se encamina a proteger las contingencias que prevé la ley, así como, elevar su calidad de vida. Ello, implica que la sociedad le asista a la persona con instituciones y herramientas por medio de estos acceda a recursos de vida y soluciones ante determinados inconvenientes, de modo que pueda acceder a una coexistencia de conformidad con el derecho a la dignidad, teniendo en cuenta que el ser humano constituye el fin superior de la sociedad y del Estado; es así que la norma acotada en su artículo 11, estipula que el Estado se encarga de garantizar y supervisar el acceso a los beneficios pensionarias y salud, mediante los entes privados, públicos y mixtos.

En ese orden de ideas, Kresalja, Baldo y Ochoa (2009), citando a Neves, indica que el derecho a la seguridad social se maneja en base a los siguientes principios: universalidad entendido como que toda persona puede ser

beneficiaria; integridad, porque mediante labores de recuperación, reparación y prevención, permite resolver las contingencias sociales; solidaridad, para el cumplimiento de determinados objetivos, todos tenemos el deber de ayudar; solidaridad, debido a que para el cumplimiento de sus objetivos se requiere la cooperación obligatoria de todos los ciudadanos, garantizando la proporción entre las aportaciones y los beneficiarios; unidad en sentido estructural y orgánico; internacionalidad, concerniente a adecuarse a un sistema internacional unitario.

Si bien es cierto que la Carta Magna de 1979 utilizó el verbo rector garantizar, que conforme al diccionario de la lengua española (2014) está referido asegurar y proteger contra alguna necesidad o riesgo, ello implica que el Estado ha asumido un deber o compromiso; mientras que la Constitución Política actual utiliza el verbo reconocer, aludiendo a un alcance declarativo de la presencia del derecho, pero eso no debe implicar aminorar el beneficio a favor de los pensionistas y asegurados. El hecho que en la constitución de 1979 se haya asumido el compromiso de garantizar a toda persona el derecho a la seguridad, a toda la sociedad no se avala su entero cumplimiento, motivo a que para su materialización se encuentra condicionado al escenario financiero y económico que atraviesa el País.

La seguridad social como derecho universal debe entenderse como que se encuentra al alcance de la ciudadanía en general, pero el acceso de sus integrantes al ámbito de protección se realizará por medio de un proceso progresivo o gradual, en tanto que debe ser prestado de acuerdo a las posibilidades económicas y presupuestarias del Estado, de esta manera el ente estatal estaría asegurando el acceso a la seguridad social conforme al presupuesto nacional. Garantizar el derecho en análisis no solo debe entenderse y agotarse en solventar pensiones, sino que también se debe regular una vía que establezca los presupuestos de ingreso a la seguridad social que vaya cumpliéndose progresivamente. Por otro lado, también es de

reconocer la importancia del alcance axiológico del derecho a la seguridad social, el cual se rige bajo los alcances del principio de solidaridad, que pregona que las contribuciones de los empleados en actividad sirvan para la cancelación de pensiones del personal retirado. Siendo así, concluimos que al Estado le compete la promoción del derecho a la seguridad social y que los aportes que efectúen los trabajadores en actividad tienen plena protección constitucional.

En base al principio de universalidad se han ido estableciendo los grupos que podían acceder a las prestaciones de la seguridad social; pues como es de verse la cobertura se va ampliando, inicialmente no alcanzaba a todos los trabajadores, se discutía si debía alcanzar a los trabajadores del Estado e independientes, y que si también debería extenderse a sus herederos; ante ello, desde el año 1950 predomino la corriente universalista, la cual persiste hasta nuestros tiempos, estableciéndose que toda persona puede acceder al mencionado derecho. Empero por el costo que conlleva esta política no ha sido desarrollada en ningún país.

En el Perú, respecto al ámbito de protección de la seguridad social, para Abanto (2005) las reglas de la época colonial, así como, la ley general de goce de 1950, comprendían a los funcionarios, servidores del Estado y a los familiares de estos; los trabajadores del sector privado recién fueron incluidos con las normas que se dictaron el siglo XX; en el año 1936 con la Ley 8433 se creó la caja nacional del seguro social obrero; posteriormente, en el año 1961 se emitió la Ley 13724 (Seguro Social de Empleado), cuyas normas conjuntamente con otras, en el año 1973, fueron unificadas por el Decreto Ley N° 19990. Es de recalcar que mediante la Ley 24705 y en atención al principio de universalidad, se ha incorporado a las amas de casa a la protección de la seguridad social.

En el ámbito previsional, el derecho a la seguridad social se refiere a los esfuerzos colectivos que el gobierno orienta con el fin de mitigar los efectos económicos a consecuencia de los riesgos que incide en una persona y su

familia, cuando se encuentra impedido o limitado para generar ingresos para su sostenimiento y desarrollo. Entre los riesgos encontramos a las contingencias sociales referidas a las prestaciones económicas de vejez, incapacidad y muerte; así como, en materia de prestaciones económicas tenemos a la pensión de invalidez, jubilación, sobrevivientes (orfandad, ascendientes y viudez,) y capital de defunción.

En el artículo 13 de la Carta de 1979, se determinó las contingencias que protege la seguridad social y a través de la cláusula de *numerus apertus* dejó la posibilidad de que por medio de una ley pueda incluirse alguna otra contingencia; en relación a este último supuesto, Neves (1987) precisa que se apela a la técnica de la efectividad aplazada, en tanto la ley es el medio que la debe precisar.

La Norma Suprema actual no establece las contingencias a ser cubiertas por la seguridad social sino que más bien ha delegado a la ley para que las precise; Bernaldes (1998) señaló la seguridad social protege a las personas en determinadas circunstancias que se encuentran determinadas por la ley y se denominan contingencias; entre las contingencias se tiene a la enfermedad que imposibilita realizar trabajo, jubilación, incapacidad para trabajar, desempleo, etc. El hecho de que la Constitución del año 1993 no establezca las contingencias de manera expresa no significa un menoscabo a las a los derechos de los pensionistas y asegurados, por ejemplo el hecho de que la contingencia de desempleo se haya previsto en la constitución de 1979 no garantiza su protección, toda vez que queda condicionado a la posibilidad económica del País y hasta la fecha no se hace efectivo, ello quiere decir, como señala Rubio (1999) la Norma Suprema de 1979 era más detallista y precisa que la de 1993, pero menos realista, porque en la práctica se ocasionó un incumplimiento parcial, como es el desempleo.

### **3.6. COBERTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Para Abanto (2005) para elevar la calidad de vida de un individuo que ha padecido alguna contingencia, generalmente se puede cubrir por medio de dos clases de prestaciones: a). prestación de salud, entre ellas tenemos a las económicas –subsidios- y médicas, que se activan ante eventos de riesgo mentales y físicos transitorios de los asegurados, pensionistas y familiares; b). prestación económica, se materializa por medio del desembolso de un monto de dinero mensual, otorgado una vez que se haya verificado el cumplimiento de los requisitos que establece la norma, entre esas prestaciones se tiene a la invalidez, cesantía, jubilación, viudez, orfandad, ascendientes, etc.

La seguridad social por el principio de integralidad, las asistencias en especie o dinero deben cubrir todas contingencias que afronte el ser humano de manera eficaz, es decir de forma oportuna, suficiente y completa; empero en la realidad de los países subdesarrollados este principio se limita a cubrir las eventualidades más comunes y básicas, como maternidad, enfermedad, accidente, vejez y fallecimiento.

## **SUB - CAPITULO III**

### **SISTEMA PENSIONARIO EN EL ESTADO PERUANO**

#### **4.1. SISTEMA DE PENSIÓN**

Cuando hablamos de un sistema de pensión nos estamos refiriendo a los programas encaminados a mantener las rentas que reemplazan parcialmente a las remuneraciones de los individuos cuando estos lo han perdido por alguna circunstancia, como: alcanzar la mayoría de edad –jubilación-; padecer alguna incapacidad o enfermedad –invalidez-; muerte de la persona que es la principal fuente de ingresos la familia –viudez, supervivencia y orfandad-.

Como ha quedado sentado precedentemente, la seguridad social se manifiesta por medio de prestaciones económicas y salud, para el desarrollo de nuestro trabajo nos ocuparemos de las prestaciones económicas.

#### **4.2. TIPOS DE PRESTACIONES ECONÓMICAS**

##### **a). PRESTACIONES PÚBLICAS**

Dentro de las prestaciones públicas se puede encontrar hasta tres regímenes, el Decreto Ley 20530, que comprende a los funcionarios y servidores públicos; el Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP) alcanza al D.Leg. 19990, los regímenes de trabajadores mineros, construcción civil, amas de casa, etc.; y el D.Ley 19846 que rige para los miembros policiales y fuerzas armadas.

La Oficina de Normalización Previsional es la encargada de la administración del SNP, creada con el D.Ley 25967 modificada por Ley

26323, se trata de una institución que depende del Ministerio de Economía, está conformada por trabajadores dependientes estatales o particulares, trabajadores independientes como asegurados facultativos y, los incluidos mediante norma, como las amas de casa.

Hoy en día, el Ministerio de Economía y Finanzas es el encargado de administrar el régimen de pensiones regulado bajo los alcances del Decreto Ley 20530, habiendo establecido nuevas reglas con la ley 28449, empero, la cancelación de las pensiones se encargan las entidades donde el beneficiario presto el servicio; Abanto (2005) refiere que en el año 2003, ante la cantidad de pensionistas que superaba los 295,000 y el monto de las pensiones, generó un gasto superior a los cuatro mil quinientos millones, el Ejecutivo se vio obligado a presentar ante el Congreso un proyecto de reforma constitucional, siendo aprobado con Ley 28389, ello permitió imponer límites a las pensiones, especialmente por el efecto espejo de la nivelación, que se le pagaba aquellos que contaban con servicios por encima de veinte años, un monto equivalente a la remuneración del servidor o funcionario que ocupe el cargo que ejercía el pensionista al tiempo de su cese.

Finalmente, establecer que el régimen de pensiones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales, regulado por el Decreto Ley 19846, su administración se encuentra a cargo de la caja de pensiones militar policial.

#### **b). PRESTACIONES PRIVADAS (SPP)**

La Administradora de Fondos de Pensiones (en adelante AFP) se encargan de administrar el Sistema Privado de Pensiones (en adelante SPP), en el que las aportaciones que efectúa el trabajador se contabiliza en una cuenta individual. Dicho sistema se creó como una alternativa en relación a los regímenes administrados por el Gobierno y se concentraba en el SNP.

La Asociación de AFP (2022), enfatiza que el sistema de capitalización individual tiene un impacto positivo en dos aspectos, por un lado, sobre el fondo acumulado se reconoce el derecho de propiedad, ello aumenta el bienestar del titular y su familia, por otro, tendría un impacto macroeconómico en tanto genera mayor crecimiento en el PBI, debido al desarrollo de capitales y ahorro interno. En el mismo sentido, el Banco Interamericano de Desarrollo (2019), al realizar un diagnóstico sobre el sistema de pensiones de nuestro Estado, refiere que el sistema de pensiones ha contribuido a la estabilidad macroeconómica, al financiamiento de inversiones a largo plazo y a mediano plazo limitar en parte los riesgos de sostenibilidad fiscal.

Es de recordar que si bien es cierto en el año 1991 se creó el SPP, pero recién con la emisión de la Ley 25897 en el año 1992, se dispuso que la AFP se encargaran de las asistencias de jubilación, invalidez y gastos de sepelio de trabajadores privados y estatales que se han incorporado al sistema.

También es de resaltar que el SNP funciona bajo el reparto con prima escalonada, mientras que el SPP marcha bajo la modalidad de cuenta individual de capital, donde se registra la aportación mensual del trabajador, la pensión se cancelará de acuerdo al bono de reconocimiento y la rentabilidad que se haya generado.

En relación a las prestaciones de pensiones y salud, el Estado ejerce una función de supervisión, mediante la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. De igual forma, debemos precisar que las prestaciones de pensionarias y salud son satisfechas por entes estatales autónomas, como



ONP, EsSalud, caja de pensiones militar policial, etc., pero se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República.

#### **4.3. PRESTACIÓN DE PENSIONES SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El Supremo interprete de la constitución, en el fundamento 107 del fallo recaído en el Exp. 050-2004-AI/TC (acumulados), sobre la inconstitucionalidad de la ley 28449, que preciso nuevas reglas para las pensiones del decreto ley 20530, así como, la Ley 28389 que decretó la reforma constitucional de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria, estableciendo el derecho a la pensión está constituido por tres elementos esenciales: 1.- derecho a acceder a una pensión; 2.- derecho a no ser privado arbitrariamente; y 3.- derecho a recibir una pensión mínima vital. Dichos aspectos no pueden ser restringidos o privados por el legislador.

#### **4.4. INTAGIBILIDAD DE FONDOS Y RESERVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Bernales (2005) señala que, la Carta de 1979 precisaba que las aportaciones provenían de los empleadores, asegurados y del Estado, mientras que la Carta de 1993 no hace referencia al origen de los aportes, por tanto, los sujetos aportante lo determinará la ley. Actualmente, los sistemas de pensiones y salud, ya sean privados o públicos, en la mayoría dejan en manos del trabajador asegurado, como caja de la atención de los aportantes. El fin de ambas normas constitucionales ha sido impedir el uso indebido de los recursos de la seguridad social en fines diferentes a la atención de las prestaciones pensionarias y de salud. No obstante, como es de público conocimiento, cuando existía el IPSS el Estado ha recurrido siempre a los indicados fondos y reservas, con el fin de realizar obras públicas y cubrir el financiamiento de la caja fiscal, a ello se añadió la no cancelación de la deuda que mantenía el Estado con la entidad en su condición de contratante de personal, sumado el cambio monetario por la inflación y manejos irregulares de la entidad, conllevó a la crisis del sistema de seguridad social de nuestro País.

Abanto (2005) señala que la Constitución de 1993 ha precisado que son intangibles los fondos y las reservas de la seguridad social, con ello se prohíbe que estos sean utilizados para otros fines que no sean para cubrir las prestaciones de pensiones y salud, así como de aquellas contingencias determinadas por la ley, de esta manera se impone a los funcionarios y particulares en el régimen privado encargados de su administración, la responsabilidad que establezca la ley por el manejo irregular o uso indebido. Es decir, se trata de un fondo intangible que no puede ser embargado, donado, entregado en garantía o destinados a fines que no corresponde al carácter previsional, esto respalda la cancelación de las pensiones que le corresponde a la ONP y el desembolso de los bonos de reconocimiento.

#### **4.5. SISTEMA PREVISIONAL PERUANO**

El sistema previsional en el Estado peruano se encuentra constituido por tres regímenes principales, el SNP regido bajo el D. Ley 19990, cedula viva regulado por el D. Ley 20530 y el SPP. El Estado administra los dos primeros sistemas, los cuales conforman el Sistema Público de Pensiones, creado con las características siguientes: valor de pensión predeterminada, beneficios concretos, las contribuciones se encuentran en relación a los beneficios brindados a los pensionistas, esta relación se distorsiona cuando el número de aportes es menor en razón al número de jubilados. Se trata de un subsidio intergeneracional, porque con las recaudaciones de los aportantes activos se cancelan las obligaciones. Es una forma de redistribución de recursos, porque se efectúa desde los que más ganan a los más necesitados, por los límites de la pensión mínima y máxima. No existe vinculación entre las contribuciones y beneficios que recibe el trabajador. La AFP se encarga de administrar el tercer sistema (SPP), en dicho sistema las aportaciones que efectúa el empleado ingresa a una cuenta individual, creado como una alternativa frente al SNP que es administrado por el Estado.

Con fecha 06 de diciembre del año 1992, se emitió el Decreto Ley 25897, creando el Sistema Privado de Pensiones, el cual ha tenido un papel importante en el desarrollo económico, motivo a que habría generado recursos para el crecimiento de la economía y ha creado puestos de trabajo; con el impulso del mencionado sistema le ha dado mayor dinamismo y eficacia a la seguridad social. Este sistema se sostiene en base a un diseño de cuentas individuales donde cada aportante financia su propia pensión; ello no sucede en el Sistema Nacional de Pensiones, debido a que los beneficios no se encuentran definidos sino que estos son determinados al momento que se presenta la contingencia, pues el valor de la pensión se calcula en el momento de la jubilación en razón a los aportes, fondo capitalizado y rentabilidad.

En el sistema privado no encontramos el esquema de redistribución de recursos ni el subsidio intergeneracional, sin que se establece por el principio de equivalencia, por eso es que los beneficios son equivalentes a los aportes individuales rentabilizados.

La seguridad social tiene como uno de los temas fundamentales a la jubilación y pensiones, es decir que mediante este derecho se trata responder a las contingencias que enfrenta el ser humano de avanzada edad que pierden su trabajo, no logran hallar otro empleo y por ello carecen de una fuente de ingreso. Ante ello, la seguridad social en relación a pensiones viene a ser no solo un seguro sino que también tiene una función retributiva, donde existe correspondencia entre los aportes actuales y prestaciones futuras y es equitativo motivo a que se apoya a los que se encuentran en una situación difícil con el fin de que completen su ahorro y reciba prestaciones mayor a sus aportes.

Ante el hecho de que las personas no logran los niveles de ahorro suficientes o no tienen un plan previsional de cualquier tipo, para cubrir el tiempo en que no pueden continuar laborando ya sea porque le resulta imposible o cuenta con

un ingreso estable en dicho periodo; se justifica la intervención del Estado exigiendo a los trabajadores a poseer una conducta previsional. En ese entendido, la pensión de jubilación constituye un bien preferente que el Estado atribuye a los pobladores en su propio beneficio.

Es importante que los ciudadanos sean conscientes de que para el funcionamiento del sistema y acceder a un monto pensionario, se encuentra estrechamente vinculado con el ahorro alcanzado durante el tiempo laboral; con el ahorro obligatorio se logra adquirir un seguro que solventa la pérdida de entradas económicas ante una situación de dificultad para continuar laborando. Como es de verse, se trata de ahorros que se ha conseguido durante el tiempo laborado y no de una caridad pública o limosna y tampoco se trata de abandonos que violente la equidad.

Finalmente, se concluye que el objetivo de la seguridad social es asegurar el ahorro para solventar de manera satisfactoria las necesidades de consumo durante la sobrevivencia, invalidez y vejez.

#### **4.5.1.- CÉDULA VIVA (D. LEY N° 20530)**

Este régimen comprende a los trabajadores de la carrera pública del Estado regulado bajo el Decreto Legislativo 276, que no hayan incorporado en el Decreto Ley 19990; se ha diseñado como sistema de reparto y cerrado. Se conoce como cédula viva, debido a que ante un aumento de honorarios por cualquier concepto y naturaleza, conlleva a un incremento equivalente en las pensiones convenidas.

A este régimen solo conseguían incorporarse los servidores que han ingresado a laborar al Estado hasta antes del año 1962; cuando se presente

algún supuesto de reincorporación del trabajador se tiene que optar por una remuneración o pensión con el pase al Decreto Ley 19990.

#### **a). CARACTERÍSTICAS DE LA PENSIÓN - DECRETO LEY 20530**

- ❖ Son otorgadas en base a un ciclo laboral máximo, para los varones treinta años y para las mujeres veinticinco años; son renovables quienes han cumplido el límite de años, cumplan sesenta y cincuenta y cinco años, y a los ochenta años sin requerir años de aportación.
- ❖ A este derecho se puede gozar sin exigencia de edad límite, cuando los varones alcancen al menos quince años y las mujeres alcancen doce años y medio de servicios reales y remunerados; se otorga una bonificación excepcional cuando los varones cumplen treinta y cinco años y las mujeres treinta años de servicios. Cuando el servidor cumple con las exigencias mínimas se reconoce cuatro años por formación profesional.
- ❖ Las pensiones se nivelan con las remuneraciones de los empleados activos que poseen el igual nivel, cargo y categoría.

Ha sufrido diversas modificaciones, con cambios en la fecha de ingresos, se amplió hasta el mes de febrero del año 1974, con excepción para los docentes siendo el límite el mes diciembre del año 1980; se incorporó a sectores inicialmente no comprendidos o disminución a diez años de servicio fiscales y jueces; en el año 1996 recién se fija una pensión máxima y mínima.

La tasa de contribución es asumida por el Estado y el trabajador, en partes iguales, el trabajador aporta 6% de la remuneración y el 6% es asumido

por el Estado, haciendo una contribución total de 12% de la remuneración pensionable; sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen se encuentra cerrado y los escasos trabajadores activos, la planilla de pensiones son cancelados por poco en su integridad con recursos del tesoro público.

#### **4.5.2.- EL SISTEMA DEL DECRETO LEY 19990**

A este régimen se le denomina Sistema Nacional de Pensiones contemplado y regulado por el D. Ley 19990, en la actualidad a cargo de la Oficina de Normalización Previsional; se trata de un sistema de reparto, donde el personal activo forman un fondo de pensiones que en un futuro financiará su pensión.

##### **a). CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA REGULADO POR EL D. LEY 19990.**

- ❖ Comprende a los trabajadores del régimen laboral privado y a los trabajadores públicos que ingresaron a prestar sus servicios al Estado luego del 11/07/1962.
- ❖ La pensión de jubilación se calcula en base a los criterios de edad de trabajador y años de aportación.
- ❖ La tasa de contribución equivale al 13% de la remuneración pensionable y lo cancela el trabajador.
- ❖ La pensión debe ser equivalente a un porcentaje de la retribución de referencia, salvo que ésta sea menor a la pensión mínima de S/. 415.00 nuevos soles o superior a la máxima de S/. 857.36 nuevos soles.

- ❖ Se conceden pensiones de derecho derivado, por ejemplo pensión de viudez con un tope máximo del 50% de la pensión del titular, orfandad y ascendencia igual al 20% de la pensión del titular.
- ❖ La pensión no es nivelable, los ajustes viene a ser una potestad gubernamental.
- ❖ Las contribuciones efectuadas no cubre la obligación pensionaria actual, siendo así, esta será cancelado con recursos ordinarios del fisco.

#### **4.5.3.- EL SISTEMA PRIVADO - LEY N° 25897**

Mediante Ley 25897 se implantó el Sistema Privado de Pensiones; se trata de un esquema de capitalización individual y es dirigido por las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFPs).

La AFP se encargan de captar las contribuciones forzosas de los trabajadores afiliados para inmediatamente ser invertido en el mercado de capitales, las utilidades que se obtenga son acumulados en una cuenta individual, con la finalidad de que en su momento financie la pensión de jubilación del contribuyente.

##### **a) CARACTERISTICAS DEL SISTEMA PRIVADO- LEY N° 25897**

- ❖ La inclusión al sistema se realiza mediante un contrato de adhesión, celebrado entre la AFP y el afiliado, si el trabajador dentro del término de diez días de iniciado las labores no ha comunicado la elección por pertenecer al SNP, automáticamente es afiliado a una AFP.

- ❖ Mediante norma, en un inicio se estableció que el aporte obligatorio, que en los últimos años por ley se ha fijado un aporte del ocho por ciento; un porcentaje del salario se destina para el seguro de sepelio, sobrevivencia e invalidez y, un porcentaje en pago por los servicios que brinda la AFP.
- ❖ Por los aportes efectuados previamente al SNP, el afiliado recibe un bono de reconocimiento, que se redime con fondos públicos al tiempo de jubilarse.
- ❖ El afiliado se encuentra facultado para pasarse a otra AFP y puede optar por diferente tipo de fondo que puede ser de menor o mayor riesgo.
- ❖ El trabajador cumplido los sesenta y cinco años en base al fondo ahorrado, se hace acreedor de una pensión de jubilación de acuerdo a las modalidades actuales que otorga la AFP o la entidad de seguros. Es de resaltar que se ha regulado en base al bono de reconocimiento complementario para asuntos de pensión mínima por fondo exiguo y jubilación adelantada por actividad de riesgo.
- ❖ La SBS se encarga de supervisar y controlar a la AFPs.

Entonces la pensión se define bajo el contexto de dos criterios, por un extremo, solventar las necesidades básicas cuando el trabajador se encuentra imposibilitado para seguir laborando, y de otro lado, reflexionar que el nivel de consumo no es igual al que era financiado por la remuneración activa o al momento de mayor ingreso del individuo, porque rompe la relación que debe existir entre el aporte y la pensión.



En nuestro país, si bien se ha pretendido que las personas puedan acceder a una pensión, no se llega a la universalidad, más bien con el ahorro forzoso de los trabajadores del sector formal y dependientes, se ha logrado mitigar un porcentaje; esto es el reflejo como viene funcionando el mercado laboral. Dicha situación afecta seriamente la función redistributiva de la seguridad social al tener que trasladar recursos en mérito a la solidaridad con las personas que no se encuentran en posibilidad de ahorrar para la vejez, pero que igualmente avanzan hacia ella.

## **SUB - CAPITULO IV**

### **5.1. ESQUEMA DE PENSIÓN EN EL PERÚ**

Inicialmente, el esquema que se adoptó en el Estado peruano se estableció bajo el sistema de reparto, esto quiere decir que las planillas de los pensionistas son pagados con las contribuciones de los trabajadores activos.

El sistema de reparto por el principio de solidaridad se apoya en el recambio generacional, que viene a ser un reemplazo cíclico permanente. Esto implica un pacto intergeneracional, consistente en que los trabajadores activos conceden sus contribuciones para ser distribuidos entre los jubilados, a cambio de que los trabajadores de la siguiente generación financien la pensión que ellos recibirán y se tiene la expectativa que en poder de compra sea similar al que se entregó en su momento. Como es de verse, el pacto es el modo como se organiza el sistema, empero no exime la necesidad ni debe encubrir la idea de que se ahorre forzosamente para el futuro.

En este sistema, los aportes de todos los meses ingresan a un fondo llamado Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR), cuyo fondo sirve para financiar el de las pensiones, mientras que en el SPP administrado por las AFPs, el aporte que realice el afiliado cada mes va hacia una cuenta individual de capitalización (CIC), en donde se registra cada sol y centavo depositado, lo cual no sucede en el SNP, ya que las aportaciones conforman un fondo colectivo, solidario y común.

#### **5.1.1.- CONDICIONES PARA LA VIABILIDAD DEL PACTO**

Para la viabilidad del pacto hay algunas condiciones que se debe considerar, que se garantice una buena administración con la finalidad de que haga posible el equilibrio en el tiempo, exista proporcionalidad a efecto

de que las aportaciones financien las pensiones en cada periodo; una ordenación de edades que admita que las contribuciones de los trabajadores activos financien prudentemente la planilla de los pensionistas, igualmente determinada razonablemente; una organización de empleo extensa que permita la recaudación de contribuciones de trabajadores formales; y en respaldo de una cultura previsional en los habitantes y una institucionalidad apropiada que la retroalimente.

Cuando se presente algún cambio drástico en las mencionadas condiciones, altera el equilibrio del sistema, mucho más si estos son permanentes y no transitorios. El Estado interviene como garante, no obstante no puede ser ilimitado toda vez que cuando se presente un déficit en el sistema previsional complica de manera grave las finanzas públicas.

En específico, la pensión que percibe una persona después de transcurrido una determinada edad, corresponde a un promedio de lo que aportó, incluido los rendimientos capitalizados durante el periodo laboral. En ese contexto la función redistributiva no es parte del mecanismo inmediato, empero debe ser incluida de manera explícita en la política del Estado, consecuentemente en el presupuesto.

La financiación de los sistemas a través de los aportes de los trabajadores se puede diseñar de diversas formas bajo cuatro criterios básicos: a) bajo un esquema de aportaciones o prestaciones establecidas; b) el financiamiento referido a la capitalización o reparto se puede realizar de diferentes primas teniendo en cuenta los estudios actuariales; c) la administración del sistema puede ser privada, pública o mixta; d) la participación es voluntaria u obligatoria.

Los beneficiarios en el sistema de reparto se determinan por el tiempo o cantidad de aportes a partir de una tasa de sustitución de los mejores o últimos honorarios de referencia; empero la pensión o ingreso no puede tener un resultado igual o mayor al término de referencia.

## **A. ESQUEMAS.**

### **A.1. ESQUEMA DE AHORRO INDIVIDUAL O CAPITALIZACIÓN.**

El financiamiento del sistema está conformado por un porcentaje de los aportes del trabajador; y el estimado de la pensión depende del ahorro acopiado del trabajador; este esquema es administrado por la privados solo para la capitalización de ahorros; para el trabajador independiente es voluntario y para el trabajador dependiente obligatorio.

El Estado se encarga de regular y supervisar el funcionamiento de las AFPs, y cumple un rol de redistribuidor para los trabajadores que no logran ahorrar lo necesario y gozan del derecho a una pensión mínima.

### **A.2. ESQUEMA DE COBERTURA UNIVERSAL**

Se trata de un esquema no contributivo y se financia con los impuestos generales, como ejemplo se tiene a Nueva Zelanda; a todos se les entrega beneficios determinados, iguales y universales; se llama de reparto porque se paga con impuestos de la generación actual, los cuales están a cargo de la administración pública.

Para las personas que requieren tener un mayor beneficio al que otorga el Estado, la actividad privada se encarga de administrar un sistema de ahorro complementario y voluntario.

### **5.1.2. SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN**

En América Latina se ha implementado el sistema de capitalización individual, desde tres aspectos no muy bien determinados:

#### **A). MODELO SUSTITUTIVO.**

Con la incorporación del régimen financiero de capitalización individual y plena, se establece un aporte fijo de prolongado plazo que va a una cuenta individual, dichos dineros se invierten y sus utilidades se acumulan. La pensión depende y varía de acuerdo al valor acumulado, la elección de la administradora de los fondos se efectuará bajo el mecanismo de libre competencia. El afiliado asume los riesgos de la rentabilidad y el Estado se encarga del riesgo de que el afiliado que cumple con las exigencias de jubilación no logre reunir lo suficiente para acceder a una pensión mínima. En estos casos, el Estado responde con el presupuesto público.

#### **B). MODELO PARALELO O DUAL.**

En este modelo el afiliado tiene la opción de elegir entre dos regímenes, el sistema estatal y el de capitalización, para optar por uno de ellos se ponderará los financieros y políticos en el tiempo, la eficacia de la gestión; también se evalúa los incentivos de cada diseño institucional, esto define la movilidad entre los dos sistemas. Un ejemplo de este modelo es Colombia y Perú.

Estando a que ambos sistemas compiten, la regulación y supervisión en el marco de autorregulación se encarga una superintendencia o por entes reguladores para la banca y seguros.

### **C) MODELO MIXTO.**

En este modelo, el sistema público requiere pasar por una reforma, con el fin de que se combine con el sistema de capitalización individual y plena. El sistema público bajo el modelo de reparto se encarga de otorgar una pensión básica y definida, mientras que el de capitalización reconoce un estipendio adicional de acuerdo a los aportes adicionales voluntarios.

Para que este modelo se consolide, una parte de los aportes va a la cuenta individual que sirve para el otorgamiento de una pensión complementaria, mientras que la otra parte de las aportaciones se incorpora al régimen público de reparto que aprovecha para otorgar a los contribuyentes una pensión universal y básica.

Como ejemplo se tiene a los países de Argentina y Uruguay. En dichos países se puede elegir entre el sistema integrado donde la pensión complementaria proviene de un sistema de reparto o por un sistema mixto donde la pensión adicional es fruto de la capitalización individual y; el gobierno cancela una asignación asistencial en supuestos de pobreza y se encarga de supervisar el sistema privado.

## **SUB - CAPITULO V**

### **INSCRIPCIÓN DE EMPLEADORES Y ASEGURADOS EN EL SISTEMA PERUANO Y PLANILLAS ELECTRÓNICAS.**

#### **6.1. FINANCIAMIENTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.**

Rendón (2008) precisa que al depender el financiamiento de los seguros sociales, casi totalmente, de las aportaciones de los asegurados y empleadores, la inscripción de éstos por los seguros sociales se hace imprescindible; es la base de la cual se levanta su estructura financiera.

La inscripción de los empleados o empresas permite conocer quiénes son los sujetos deudores de las cotizaciones o aportaciones, y elaborar las cuentas de cada uno de ellos, para registrar y controlar sus pagos.

La inscripción de los asegurados reviste una doble finalidad: por una parte, saber quiénes deben cotizar; y, por otra, identificar a los titulares de las prestaciones. Este acto debe ser seguido por la organización de las cuentas de cada uno de ellos para inscribir allí los pagos que determinarán la cuantía de los subsidios de incapacidad temporal si son trabajadores, y las pensiones futuras.

#### **6.2. ¿A QUIEN SE LE CONSIDERA EMPLEADOR?**

Toyama (2016), haciendo referencia a la doctrina extranjera y nacional, define al empleador como la persona sobre la cual recae el derecho de prestar los servicios al trabajador y la autoridad para organizar la actividad laboral, a su vez asume diversos deberes, entre los más importantes encontramos a la cancelación de la retribución. De este concepto podemos concluir que es indiferente estudiar la naturaleza jurídica del empleador, es decir, si se trata de

una organización privada o pública, persona jurídica o natural, fin lucrativo, habitualidad en su actividad. La condición de empleador se encuentra en función a la del trabajador, entonces empleador será quien se encarga de la prestación de servicios de un trabajador, producto de un contrato de trabajo, empero haciendo referencia a Palomeque y Álvarez, quienes han precisado que el concepto de empleador no es autónomo, no se diferencia por el contrato de trabajo ni el momento de concluirlo ni de ejecución. Siendo así, solo es necesario contar con capacidad jurídica para ser empleador en una relación laboral, pues lo único determinante es recibir una prestación subordinada de servicios.

Para efecto de los aportes a la ONP y EsSalud, el Reglamento de la Ley 27334, en su artículo 1, define a los empleadores como las instituciones y empresas privadas o públicas que contratan empleados bajo una relación de subordinación, las que se encargan de pagar pensiones, construcción civil eventual y cooperativas de trabajadores del hogar.

Y en el Texto Único Ordenado del Código Tributario, en el último párrafo del artículo 72-D, se refiere a la entidad empleadora entendida como toda persona física, persona jurídica, empresa unipersonal, cooperativas de trabajadores, sociedad irregular o de hecho, entidades públicas y privadas, instituciones públicas nacionales o cualquier otra entidad colectiva, que cuenten con individuos que trabajen para esta en mérito a una relación de subordinación o que solventen pensiones de jubilación incapacidad, sobrevivencia o cesantía.



### **6.3. OBLIGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DEL EMPLEADOR Y DE INSCRIBIR A LOS ASEGURADOS**

Luego de haberse desmembrado el SNP del ex Instituto Peruano de Seguridad Social, transfiriéndola a la ONP, a partir del mes de junio de 1994 (D. Ley 25967, art. 7°, modificado por el art. 1 de la Ley 26323, de 01/06/1994), el registro de los empleadores, cooperativas y entidades que pagan pensiones pasó a ESSALUD y a la ONP. (Ley 26790, arts. 4°, 5°; Ley 28532, del 25/5/2005, art. 3°, 1, 3). Pero cuando la cobranza de las aportaciones fue confiada a la SUNAT (Ley 27334, del 17/7/2000), esta entidad asumió también la función de inscribir a los empleados, cooperativas, pagadores de pensiones y asegurados, disposición que ha sido ratificada por la Ley 29135, publicado el 18/11/2007.

Conforme al art. 5 de la Ley que regula la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Decreto Legislativo 501), modificado por el art. 1 de la Ley 27334, a la SUNAT le corresponde ejercer la función de administrar las contribuciones que se efectúa al EsSalud y a la ONP, incluido la declaración o inscripción de los entes empleadores y sus trabajadores o pensionistas y; conforme lo establece el Texto Único Ordenado Del Código Tributario en la norma II del Título Preliminar, las contribuciones a EsSalud y ONP, se regulan por reglas de este código, salvo que se trate de aspectos que por su naturaleza requiere de pautas específicas, los cuales se especificaran por decreto supremo.

Respecto a las obligaciones de los empleadores, la SUNAT en su página virtual, ha precisado que todo empleador tiene la obligación de retener los aportes de sus trabajadores que irán a un régimen pensionario, ya sea para el SPP, SNP, régimen pensionario del sistema diplomático, caja de seguridad social del pescador, entre otros, establecidos en la tabla 11 del anexo 02 de la planilla electrónica. Empero, en la Resolución SBS 1408-2003, se indicó que la normatividad provee determinados supuestos de excepción, entre ellos encontramos el caso de los pensionistas del sistema privado que regresen a la

actividad laboral, pueden solicitar ante AFP que no se le realice descuentos por aportes previsionales.

Por lo tanto, la inscripción deben hacerla las entidades que pagan las aportaciones ante la SUNAT en los formularios emitidos con este propósito; además, deben comunicar la interrupción de la relación laboral, el cese y demás circunstancias señaladas en los reglamentos.

Los reglamentos establecen la forma y condiciones en que se deben inscribir los afiliados potestativos.

Correlativamente, de acuerdo al Decreto Supremo 039-2001-EF, la SUNAT está obligada a proporcionar a ESSALUD y a la ONP, la información siguiente: a) registro de las entidades responsables del pago de las aportaciones; b) relación de los asegurados titulares y sus derechohabientes ante EsSalud; c) padrón de inscritos como afiliados facultativos y obligatorios ante la ONP; d) declaraciones de pago de aportes; e) acreditación de los derechos ante EsSalud, incluyendo la cuenta individual del asegurado; f) cuenta individual del asegurado del SNP; g) recuento sobre el control de deuda, infracciones, reclamaciones, fiscalización, cobranza y devolución de los contribuciones.

Las condiciones y forma de esta información son de acuerdo a lo que establece la SUNAT con ESSALUD y la ONP.

Para la inscripción de afiliados en la caja de beneficios y seguridad social del pescador y sus derechohabientes se ha emitido la Resolución de Superintendencia 193-2005/SUNAT, del 30/9/2005.

El artículo 6° del D.S 02-99-TR, reformado por el D.S. 025-2007-TR, estableció que EsSalud es responsable de mantener un registro actualizado de los entes empleadores, asegurados y derechohabientes, usando las herramientas tecnológicas adecuadas, la operatividad del registro puede delegarse a entidades privadas o públicas, de acuerdo con las normas vigentes.

Por tanto, tanto EsSalud como la ONP, para cumplir con sus fines, les es absolutamente necesario contar con estos registros actualizados.

#### **6.4. AGENTE ENCARGADO DE LA RETENCIÓN O PERCEPCIÓN**

El Código Tributario en el art. 10, prescribe que se puede designar como encargados de percepción o retención a los agentes que, por razón de su función, posición contractual o actividad, se encuentren en la capacidad de percibir o retener los tributos y entregarlo al acreedor tributario. Igualmente se instituye que la administración tributaria puede escoger como agente de percepción o retención a cualquier otro sujeto que determine que se encuentra en posibilidad de realizar la percepción o retención de los impuestos.

Del artículo 72-D del texto antes mencionado se desprende que la remuneración mensual del trabajador de función o similar cargo, consignado en el registro del deudor tributario del período requerido, viene a ser la base imponible para el cálculo de las contribuciones al Sistema Nacional de Pensiones y Seguro Social de Salud. De no encontrarse en las declaraciones juradas o registros del deudor tributario, información sobre la remuneración mensual del personal de función o cargo similar, se tomará en cuenta la data de otra entidad empleadora de giro o actividad análoga que cuenten con equivalente volumen de operaciones. La percepción presunta mensual en ningún supuesto puede tener un valor.

En ningún supuesto la percepción mensual presunta podrá tener un valor por debajo de la remuneración mínima vital vigente correspondiente al periodo en el que se ejecuta la determinación de la remuneración.

Cuando no se cuente con información sobre el espacio laborado por el empleado, se supondrá que en ningún supuesto el período es menor al plazo de seis (6) meses.

En ese orden de ideas, conforme al Código Tributario, el deber de la cancelar los aportes le corresponde al ente empleador, por ostentar la condición de agente de retención.

En el S.N.P, la cuarta Disposición Transitoria y Finales de la Ley 28991, modificó el art. 70 del D. Ley 19990, estableciendo que al empleador le corresponde cumplir con realizar la retención y cancelación de las contribuciones al SNP de sus trabajadores, y que para el otorgamiento de pensiones la ONP verificará el aporte efectivo de conformidad a las normas al respecto.

Sobre la obligación del empleador de retener y cancelar los aportes, en el art. 34 de la Ley que regula el sistema privado de pensiones, modificado por Ley 29903, ha establecido que el empleador tiene el deber de declarar, retener y cancelar las aportaciones a la entidad encargada de su recaudación, dentro del término de cinco días del siguiente mes del que se devengó, y que en caso no se cancele oportunamente generará interés moratorios de acuerdo a las normas del Código Tributario; por otro lado, en el caso que el trabajador no cumpla con declarar y cancelar las contribuciones, el empleador como agente encargado de la retención concurre a responder solidariamente por los aportes no cancelados, así como por las obligaciones que deriven de ellos. El texto íntegro de la norma se encuentra descrito en el anexo 01.

## **6.5. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.**

Valle (2013) precisa que la relación jurídica de seguridad social inicia con los actos de inscripción de la entidad empleadora, afiliación y alta de trabajadores. Para iniciar una actividad empresarial, el inversionista como exigencia previa e indispensable, debe solicitar la inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social; luego solicitará se afilie a las personas que ingresen a laborar bajo su dependencia o a su servicio al sistema de la seguridad social, así como a informar la fecha de ingreso y de cese si fuera el caso, para que sean dados de alta o de baja en el Régimen General, toda vez que el registro es un acto único y valido para el periodo laboral del trabajador, esto implica el alta del trabajador.

Desde el instante en que al trabajador se le reconoce el derecho de propiedad respecto al dinero descontado de su remuneración, es que es factible verificar que concurre alguno de los elementos configurativos del ilícito penal de apropiación indebida de aportes previsionales; por tanto, resulta necesario verificar normativamente la obligación de los empleadores respecto a la retención y cancelación de las aportaciones de los trabajadores, esto es: a). El deber de descontar y retener y, b). La obligación de declararlos y pagarlos.

El autor Gómez (2012) establece que dos son los problemas que se presentan para la recaudación de los aportes sociales: el de la inscripción del empleador como asegurador y la misión que, seguidamente, habrá de tener para retener y honrar lo recaudado a los entes previsionales. Sobre esto último, hay que tener en consideración que, por el dependiente que ocupa, debe pagar sus aportaciones para el sostenimiento de las prestaciones de salud (Es Salud); y, a su vez, deberá descontarle sus aportes para los fines previsionales (ONP o AFP) de los que como empleador está exonerado de contribuir.

En cuanto al primer problema, tenemos que la inscripción del patrón –asegurador se realiza a mérito de la que voluntariamente hace las Gerencias Departamentales o Zonales (División, Unidades, Sucursales y Mercadeo), de EsSalud. La segunda es de oficio, y se da cuando un inspector de la institución al comprobar la omisión de la inscripción de los dependientes, procede por ese mismo acto o inscribirlo en cualquiera de las entidades antes expresadas. Para el caso, conveniente tener en cuenta el TUPA-EsSalud y el TUPA-ONP para ponderar estas tramitaciones.

Para el SNP es la SUNAT que hace el cobro de los aportes sociales, a partir del mes de julio de 1999, a la fecha, por Convenio Marco suscrito el 11-08-1998 entre aquella y la ONP. El porcentaje del pago de las aportaciones, a partir del 01 de enero de 1997 es de 13,0% de la remuneración asegurable, a cargo del trabajador (Ley N° 26504). De conformidad con el artículo 26 del D.S. N° 018-78-TR, la remuneración asegurable comprende los importes totales que el trabajador percibe por el servicio que presta a la empresa o empleador.

Para el pago de las aportaciones de salud o asistenciales, es EsSalud (Ley N° 26790) la encargada de acopiarlas y, al igual que las de jubilación (ONP), es la SUNAT la encargada de esta misión.

Para las AFP, ellas han establecido una red especial de acopio de los aportes sociales, sea a través de ellas mismas o de la entidad financiera o bancaria acordada para cada caso, a efectuar en el plazo de cinco días del mes siguiente de la recaudación, empleando una plantilla que ex profeso ha estado trazada por la Superintendencia de Banca de Seguros (SBS-AFP). En realidad, para este segmento previsional las cosas son relativamente más sencillas respecto de lo habido en el sector público, ya que la recaudación de sus recursos es efectuada por los bancos a los que están ligados de un lado; y, del otro, que por ser insolidarios con el asegurado, solo responden por lo vertido por este en su cuenta individual de capacitación (CIC), por lo que, a la postre, les es

indiferente la puntualidad del pago de las aportaciones. De todas maneras, habrá que tener en cuenta la sentencia constitucional de los Exps. N° 8128-2006-AA del 08 de noviembre del año 2006 y 08945-2005-PA/TC que, como se ha indicado, colocan ciertas responsabilidades a las entidades previsionales ante el no cobro de los aportes sociales a sus afiliados, obligándolas, no obstante ello, a proceder a reconocer los aportes realizados por el asegurado y, por correlato, dictar y abonar la pensión correspondiente.

Para descontar los aportes sociales del régimen abierto, el empleador debe haber inscrito en sus libros de planillas al dependiente durante los diez días hábiles que se da inicio al vínculo laboral y dar a conocer a EsSalud sobre este hecho, bajo sanciones pecuniarias, laborales y previsionales (artículo 6° del D.L. N° 25897).

Para las AFP, la inscripción del afiliado tiene el siguiente trámite: si el trabajador en el periodo de los diez días naturales siguientes a su incorporación al trabajo no ha señalado si se afiliará al SNP, el empleador toma la iniciativa de inscribirlo en la AFP de su elección (artículo 3° y 3era Disposición Transitoria de la Ley 26504), suscribiendo la planilla que para efecto ha diseñado la SBS, como ya fue indicado.

Ningún empleador podrá ignorar el predicado de la inscripción de sus efectivos, ya que bastará que tenga trabajadores subordinados a su cargo, para que le alcance esta imposición.

Así, cada vez que el empleador retribuya a su personal, tendrá que retener y acopiar las cargas sociales que correspondan verter al sistema, como, el pago de gratificaciones, horas extras y demás egresos económicos comprendidos en la denominada remuneración asegurable o de libre disposición del trabajador, comportamiento que deberá ejecutarse compulsivamente, sin atañer la forma

del pago de las remuneraciones (directa, a través de cheques o utilizando la Banca), que la remuneración sea pagada semanal, mensual o anualmente, que sea variable o fija, en moneda extranjera o nacional.

Finalmente, hay que tener en consideración que el Código Tributario en el artículo 16 ha establecido que el representante responde solidariamente con la empleadora (persona jurídica o natural), ante el Fisco, por las cotizaciones sociales que como principal no haya depositado oportunamente al ente correspondiente. Para el efecto, el empleador no solo está obligado a efectuar las retenciones de los aportes que les correspondan a los sistemas de seguridad social que se encuentren afiliados los empleados sino que también tiene el deber de entregar las contribuciones a la entidad correspondiente; aparte de ello, el artículo 2 de la Ley 27605 modificado por el artículo 4 del D. Leg. 1110, impone el deber al empleador de otorgar a su servidor el comprobante de retención de la aportación para el sistema de pensiones, juntamente con el certificado de retención del impuesto a la renta de cuarta y quinta categoría.

## **6.6. COTIZACIONES O APORTACIONES DE EMPLEADORES Y ASEGURADOS**

Se denomina cotizaciones o aportaciones a las sumas que deben aportar los empleadores y los asegurados, calculadas según porcentajes determinados de las remuneraciones o ingresos de estos y que deben ser pagadas a la seguridad social.

## **6.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COTIZACIONES O APORTACIONES**

Rendón (2008) señala que doctrinariamente se ha debatido si las cotizaciones debidas a las instituciones de seguros sociales o de Seguridad Social son tributos o tienen una naturaleza jurídica distinta. Se sostiene que son tributos porque la ley las crea, tienen carácter obligatorio, dan lugar a la cobranza



coactiva y están sujetas al control por el Estado por la vía del presupuesto y de la Contraloría o Corte de Cuentas, rasgos propios de los tributos.

Se dice, por el contrario, que su naturaleza es especial por cuanto las cotizaciones son percibidas directamente por los entes de Seguridad Social, o por los seguros sociales, que están encaminadas a financiar las prestaciones y a la administración de estas entidades, su tasa es determinada matemáticamente, dan lugar a la formación de un patrimonio que puede convertirse, en parte, en inversiones rentables, y se administran autónomamente del Tesoro Público, caracteres que no poseen los tributos.

La Corte de Casación de Francia, poniendo fin a la controversia, en este asunto, entre varias Cortes de Apelación de ese país, estimó que las cotizaciones no podían ser asimiladas al impuesto.

Tras esa discusión se esconde la oposición de dos tendencias: por una parte, se yergue una posición fiscalista, patrocinada por los políticos y funcionarios encargados de la gestión financiera de cada país, para quienes, de considerarse como tributos a las cotizaciones debidas de las entidades de seguros sociales, como sostienen, su percepción tendría que hacerse, por vía de consecuencia, a cargo del ministerio a cargo de la economía y las finanzas, este luego de ingresarlas al Tesoro Público, hará las transferencias a esas entidades. Este juego le permitiría disponer de recursos líquidos de magnitud ingente que podrían servir para atender otras exigencias presupuestarias.

Por otra parte, se levanta una tendencia autonomista que ve en el propósito indicado de la otra posición, un peligro en garantizar la cancelación de las prestaciones, y se atrinchera en la autonomía que, para cumplir con sus fines, deben gozar las entidades de seguridad social o los seguros sociales.

Rendón (2008) refiere que desde un punto teórico es indiscutible, que tanto las aportaciones destinadas a la seguridad social o seguros sociales, como otras para fines diversos pagadas a otras entidades, como las cotizaciones al SENATI en nuestro país, su naturaleza jurídica es especial porque tiene algunas características de los tributos, pero por el hecho de estar dirigido a cubrir determinados gastos a cargo de entes descentralizados o autónomos, se distancia de la naturaleza de un tributo, instituyendo una institución diferente. Desde un punto de vista práctico, dado los escenarios de manejo de las finanzas públicas y el déficit presupuestal crónico, particularmente en los países subdesarrollados, de tratarse como tributos a las cotizaciones para los seguros sociales, se les sustraería a estas entidades, de hecho, una parte importante de sus recursos que el Estado no devolvería, tal vez nunca. Sin haber conjeturado como tributos a tales cotizaciones, en muchos países, el Estado se ha apropiado directamente del patrimonio de las cajas de seguros sociales para reducir, en parte, sus déficits presupuestales, como sucedió en la Argentina con las cajas de jubilación y como ha sucedido en el nuestro en que el Estado casi nunca ha cumplido su obligación legal de contribuir al financiamiento de determinadas prestaciones. No era un secreto, además que el Banco de la Nación entregaba los fondos del IPSS al Tesoro Público y que, por tal causa, algunas veces no podía pagar los cheques girados por aquella Entidad, cuyos depósitos eran, sin embargo, cuantiosos.

## **6.8. INTANGIBILIDAD DE FONDOS Y RESERVAS PREVISIONALES**

El artículo 14 de la Constitución de 1979 rechazó la tesis tributarista al señalar lo siguiente:

“Artículo 14: Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores

y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad (...).”

El artículo 12 de la Carta de 1993, sigue la misma dirección de la Constitución antecedente, aunque sin mencionar a alguna entidad encargada de administrar la seguridad social, al precisar que son intangibles los fondos y las reservas destinadas a cubrir las contingencias protegidas por la seguridad social.

Esto quiere decir que las aportaciones o cotizaciones para los seguros sociales tienen los siguientes caracteres: a). El objeto es específico, porque está destinado a la cobertura de los riesgos sociales señalados por ley; b). pueden ser creados por la ley y, por lo tanto, los congresistas u otras personas facultadas por la Constitución disponen de iniciativa para presentar los proyectos pertinentes; y c) son intangibles: solo pueden ser gastados en la forma determinada por ley.

En cambio, la Constitución trata a los tributos en el capítulo relativo al Régimen Tributario y Presupuestal (art. 74) como un concepto distinto cuyos caracteres son: a) carecen de fines predeterminados; y b) van a una caja única contabilizada como ingresos del presupuesto del Estado.

La Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, sólo considera como tributos a las tasas, impuestos y las contribuciones, diferenciándolo a los aportes destinados Oficina de Normalización Previsional y al Seguro Social de Salud, que para el cobro de estos últimos ha establecido un determinado procedimiento.

Se colige que la autonomía de los recursos de las cajas de seguros sociales queda indemne y que sólo para los efectos de cobranza y otros aspectos del Código Tributario se les aplica las reglas relativas a los tributos.

Abanto (2014) dice que la finalidad de la norma es impedir el uso indebido de los fondos que corresponde a la seguridad social en fines diferentes a la cobertura de las prestaciones pensionarias y de salud, toda vez, que es de conocimiento público que en los años ochenta, cuando todavía funcionaba el IPSS, el Estado constantemente acudió a sus fondos con la finalidad de realizar obras públicas y financiar la caja fiscal, aunado las administraciones ineficientes e irregulares del ente estatal, el cambio monetario y la hiperinflación, conllevó a la crisis al sistema previsional de nuestro Estado.

Ante ello, en la Constitución vigente se estableció que son intangibles las reservas y fondos de la seguridad social, esto implica que no deben ser usados para otros objetivos que no estén relacionados a las prestaciones de salud y pensionarias, los particulares o funcionarios que administran estos regímenes asumen una responsabilidad que señale la ley.

Igualmente, Abanto (2014) indica que el tratamiento de las reservas y fondos de la seguridad social están relacionados directamente a la financiación del sistema, toda vez que para la implementación y ulterior sostenimiento del mismo, será necesario contar con sumas dinerarias considerables que permita la atención de las prestaciones y los costos de gestión.

## **6.9. COTIZACIONES PARA EL SEGURO SOCIAL DE SALUD Y SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES**

La base sobre la cual se pagan las cotizaciones o aportaciones son la remuneración y el ingreso asegurables, que pueden ser no menores a un monto mínimo ni superiores a un monto máximo.

Con el fin de mantener no solo la uniformidad de los derechos económicos del asegurado sino también con la finalidad de facilitar la administración de contabilidad de las contribuciones del empleador y cajas de seguros sociales, es conveniente que la definición de remuneración asegurable sea equivalente para todos los sistemas o regímenes de seguridad social.

Este concepto abarca la remuneración por trabajo dependiente en la administración pública y actividad privada, y las pensiones.

El concepto de remuneración asegurable para los asegurados del Seguro Social de Salud que realizan trabajo dependiente en cualquiera de sus formas, el D. Leg. 728 y 650 y sus modificaciones, al tratarse de socios trabajadores de las cooperativas, se tiene en cuenta el monto íntegro que percibe como contraprestación por el trabajo que realiza.

En relación a los empleadores públicos, la Ley 25048, del 17/6/1989, ha dispuesto, además del sueldo mensual, que para fines del SNP (Decreto Ley 19990) se considera remuneración asegurable y pensionable, las asignaciones por subsidio familiar, movilidad, refrigerio, las subvenciones por navidad, fiestas patrias, vacaciones y escolaridad que reciben los pensionistas, servidores y funcionarios de la gestión pública comprendidos en el Decreto Legislativo 276 y Decreto Ley 11377; de igual forma, los pensionistas que pertenecen al régimen del Decreto Ley 19990 continuarán recibiendo los beneficios que

establece la Ley 23908. Se entiende que estos conceptos constituyen parte de la remuneración asegurable como base para el pago de los aportes.

Para la cancelación de las contribuciones correspondientes a los pescadores adscritos a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador se ha dado la Resolución de Superintendencia 193-2005/SUNAT, del 30/9/2005.

Los aportes de los afiliados facultativos para el SNP se pagan de conformidad al art. 15 del D. Ley 19990, se calcula en base al promedio de la retribución asegurable mensual recibida en el último año de labores.

Las pensiones con consideraciones por su monto. Se excluyen las bonificaciones por incapacidad total, pues no son parte de las pensiones.

El art. 6 de la Ley, en lo que respecta a los asegurados potestativos de EsSalud, señala que la contribución es el que concierne al plan seleccionado por ellos.

En relación al SNP, para los asegurados facultativos, el art. 14 del D. Ley 19990, implantó que la remuneración asegurable mensual es considerado la duodécima parte del haber anual que percibe el asegurado en actividad económica independiente, de acuerdo a la declaración jurada de cancelación del impuesto a la renta del año anterior al tiempo del aporte o, si no la hicieran, según una declaración jurada ante la ONP.

Entendemos que la base de pago para el régimen de cobertura de salud del asegurado independiente deberá ser revalorizada periódicamente; asimismo, se deberá revalorizar la base para el SNP respecto a los asegurados de continuación facultativa; de modo, en ambos casos, de defender los intereses

del SNP y los del asegurado, manteniendo actualizado el valor de las prestaciones futuras.

#### **6.10. REMUNERACIÓN ASEGURABLE MÍNIMA Y MÁXIMA**

La remuneración mínima asegurable es entendida como la base sobre el cual se debe cancelar los aportes, esta remuneración tiene un tope mínimo, pero puede tener o no un tope máximo.

##### **REMUNERACIÓN MÍNIMA ASEGURABLE MENSUAL**

Para EsSalud y el SNP conforme al art. 2 del D. S. 179-91-PCM, el sueldo mínimo asegurable no puede ser menor al salario que por ley el trabajador debe percibir por la jornada máxima contractual o legal. Cuando no se efectúe la jornada de ocho horas o no se labore el total de días del mes o de la semana, los aportes se calculan en base a lo que realmente ha percibido, siempre y cuando esta conserve proporcionalidad con la retribución mínima con la que se debe remunerar a un empleado. Al respecto, en el seguro social de salud, con Ley N° 28791 se dispuso que la remuneración mínima asegurable no puede encontrarse por debajo del valor de la remuneración mínima vital vigente.

##### **REMUNERACIÓN MÁXIMA ASEGURABLE**

Conforme al art. 1 del D. S. 179-91-PCM, para el SNP (D. Ley 19990) y Sistema de Prestaciones de Salud (D. Ley 22482) que dirige el Instituto Peruano de Seguridad Social (ahora EsSalud), las contribuciones de empleadores y asegurados serán computadas sin topes, es decir, sobre la totalidad de la remuneración asegurable percibida por el afiliado, monto que para estos efectos tendrá carácter de remuneración máxima asegurable.

## **6.11. OBLIGACIÓN DERIVADA POR RETENCIÓN DE APORTES**

### **6.11.1. SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES**

Jiménez, L., Quispe, M., Fernández, C. & Pérez, K. (2015), precisan que con D. Ley 19990 fue creado el SNP en reemplazo de las cajas de pensiones del seguro social del empleado, la caja de seguro social y del fondo especial de jubilación de empleadores particulares. Hoy en día su administración se ha encargado a la ONP.

El estipendio habitual que percibe el trabajador viene hacer la base imponible que utiliza el empleador para realizar la retención para la ONP, y para que este efectué la cancelación del aporte solo se requiere la inscripción del servidor en la planilla electrónica; el aporte equivale al 13% de la base mínima mensual, la cual no podrá encontrarse por debajo del valor de la RMV aunque el asegurado reciba un monto inferior.

Las aportaciones de los trabajadores activos, incluido tanto las personas que trabajan bajo vinculo de subordinación como los socios de las cooperativas, equivale al 13% del ingreso o remuneración.

Para la declaración y cancelación de los aportes a EsSalud y la ONP, la fecha de vencimiento es la misma, conforme al cronograma establecido por la SUNAT para las obligaciones tributarias, de acuerdo al último dígito del RUC.

### **6.11.2. SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES**

Las AFPs conforman el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), estas se encargan de administrar los fondos de



retribuciones bajo el modelo de cuenta individual de capitalización y conceden obligaciones a sus afiliados, como prestaciones de invalidez, gastos de sepelio, jubilación y sobrevivencia.

Al SPP se pueden incorporar los siguientes trabajadores: a.- Los dependientes que realizan su labor en el interior del País, de cualquier naturaleza; b.- Los independientes que efectúan su labor dentro del País, de cualquier naturaleza; c.- Los peruanos que laboren temporal o definitivamente en el extranjero, quienes se afilian como independientes.

En el momento que una persona ingresa a laborar a un centro laboral sin que este se haya encontrado afiliado al SPP, el contratante tiene el deber de inscribir al trabajador a la AFP que este último prefiera, salvo que, en el plazo de diez días naturales, de manera expresa y por escrito muestre su voluntad de incorporarse o permanecer en el SNP.

#### **a). INSCRIPCIÓN**

Al firmar el contrato de afiliación a una AFP, se perfecciona la afiliación del trabajador. Para tal fin, el empleador deberá ofrecer las facilidades a efectos de que el trabajador se agencie de la orientación e información necesaria en relación a la AFP que va elegir.

Luego que el trabajador suscribe el contrato de afiliación, la AFP le asigna un código único de identificación SPP, momento en el que se genera las obligaciones y derechos del afiliado. El código otorgado al trabajador se mantiene durante su periodo laboral, independientemente de los traslados de AFP que efectué.

## **b). APORTES.**

Las aportaciones obligatorias y voluntarias de los servidores dependientes han de ser declarados, retenido y cancelado por el empleador ante la AFP que se encuentra inscrito el trabajador. La cancelación puede efectuarse por medio de la entidad financiera o de otro rubro que la AFP escoja.

Las aportaciones comprende el diez por ciento de la remuneración asegurable; parte de este porcentaje se destina a cubrir las prestaciones de invalidez, sobrevivencia, gastos de sepelio; y el otra parte del porcentaje cubre el pago de las AFPs como estipendio por los servicios que prestan.

Al igual que el SNP, el ingreso mínimo mensual sobre el que se calcula el monto de retención para la AFP no puede ser menor a la RMV, aunque el servidor reciba un monto menor. En el supuesto que el empleado no labore la jornada máxima legal o el total de días del mes o semana, la contribución se determinará en base al monto que realmente que percibe, siempre que exista proporción con la RMV.

La declaración sobre la retención del aporte y cancelación se debe realizar en el plazo de los cinco días del mes siguiente de aquel en que se devengó la remuneración afecta.

El empleador en cumplimiento del pago de las aportaciones, mensualmente enviará a la AFP o entidad señalada por esta, el valor total de las aportaciones que le atañe, acompañado de la planilla que ha delineado la Superintendencia de Banca y Seguros, donde se consignará la data de cada uno de los servidores inscritos y compensación de los aportes.

## **6.12. INOBSERVANCIA DEL DEBER DEL EMPLEADOR**

Cuando el empleador no cancele oportunamente las aportaciones al SPP, dentro del plazo de cinco días debe realizar una declaración sin cancelación de los aportes, usando el formato que establezca la Superintendencia de AFP.

Una vez que se cancele voluntariamente la deuda reconocida mediante la declaración sin pago, el empleador podrá acogerse al descuento del cincuenta y veinte por ciento de las multas.

Cuando el empleador no cumpla con efectuar la declaración o emita información incompleta, la SBS lo podrá sancionar con una multa ascendente al 10% de la UIT vigente al momento de cancelar, por los aportes de cada servidor que no fueron declarados.

Ante el incumplimiento o demora en el deber de retener y cancelar los aportes, sin perjuicio de intereses moratorios, multas o sanciones que le pudiera imponer al empleador, la AFP, el trabajador y la SBS pueden denunciar al empleador o representante legal en el supuesto de persona jurídica por el delito de apropiación ilícita, en el caso que maliciosamente incumplan o cumplan defectuosamente con su deber en relación al pago de las aportaciones previsionales retenidas.

## **6.13. COBRANZA JUDICIAL DE LOS APORTES EN EL SPP**

Al respecto, la Superintendencia de Banca y Seguros (2020) señaló que con la finalidad de recuperar los aportes, la entidad administradora de fondos previsionales está obligada a desplegar acciones encaminadas a cobrar administrativa o judicialmente los aportes.

#### **6.13.1. Proceso de cobranza administrativa**

La AFP mediante este proceso procura se cancele los que han sido retenidos al trabajador o de establecer de manera clara la deuda que se mantiene la administradora de fondos antes de recurrir a un proceso judicial.

La acción de cobranza administrativa se inicia cuando:

- La empresa presenta DSP (declaración sin pago); a esta empresa se le cursa una notificación donde se establece el vencimiento del término de pago.
- La empresa que no presenta declaración sin pago; esta recibirá una liquidación de la deuda, que tiene en cuenta para determinarla la última remuneración del trabajador que se ha registrado ante la AFP. Es decir, que la AFP remite al empleador una liquidación a través de la cual le informan que los aportes no aparecen registrados en la cuenta individual de capitalización y le intiman a que realice la cancelación.
- Por último, agregar que es imprescriptible el cobro de los aportes descontados y no cancelados.

#### **6.13.2. Proceso de cobranza judicial**

Jiménez, Quispe, Fernández & Pérez (2015) señalan que si el empleador durante el periodo de la cobranza administrativa no realiza el desembolso de las contribuciones previsionales de sus servidores, la entidad administrativa de fondos previsionales (AFP) interpondrá una demanda ante el órgano jurisdiccional contra el empleador por los aportes retenidos y que no han sido cancelados.

Sin perjuicio de que se inicie la cobranza administrativa, las AFPs deben demandar judicialmente al empleador que no ha cancelado los aportes; para ello se requiere la determinación del monto de las contribuciones adeudadas a través de la emisión de la liquidación.

Dicho documento viene a ser un título ejecutivo, que puede ser ejecutado bajo las normas del capítulo V de la Ley Procesal del Trabajo.

#### **6.14. PLANILLA ELECTRÓNICA**

Toyama y Vinatea (2008) a la planilla electrónica la define como el documento que se tramita utilizando los medios electrónicos, el mismo que se presenta mensualmente mediante medios informáticos a cargo de la SUNAT, donde se halla inscrita la data de los pensionistas, prestadores de servicios, trabajadores, prestador de servicios en la modalidad formativa, derechohabientes y personal de terceros. Este documento electrónico reemplaza al libro de planillas y remuneraciones, mediante este documento el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la SUNAT, fiscalizan las obligaciones.

La planilla electrónica es definida por el D. S. 015-2010-TR como el documento que se lleva a cabo por medios informáticos que ha desarrollado la SUNAT, este documento tiene información del empleador, prestador de servicios, trabajador, pensionista, personal en la modalidad formativa y otros (practicantes), derechohabientes y personal de terceros.

La planilla electrónica contiene información sobre el Registro de Información Laboral (T-REGISTRO) y la Planilla Mensual de Pagos (PLAME) confeccionada en base a la data señalada en el registro.

#### **a) Registro de Información Laboral (T-REGISTRO)**

En este documento aparece la data laboral de los trabajadores, empleadores, personal en formación, practicantes, pensionistas, personas que prestan servicios que crean rentas de cuarta categoría, derechohabientes y personal de terceros.

La utilización de este instrumento es obligatorio a partir del 10 de agosto de 2011.

#### **b) Planilla Mensual de Pagos – PLAME**

Este componente contiene información laboral, relacionada a la seguridad social y otros datos como la cantidad mensual que perciben los sujetos registrados, trabajadores y derechohabientes. Es decir, contiene la información sobre los ingresos mensuales de sujetos registrados en el T-REGISTRO, los individuos que prestan servicios que generen ganancias de 4ta categoría, días trabajados y no trabajados, los descuentos, horas ordinarias y en sobretiempo, remuneración asegurable como base de cómputo, establece conceptos tributarios y no tributarios, siendo la SUNAT la encargada de recaudarlo.

La PLAME se confecciona en base a la información del T-REGISTRO, y esta es presentada ante la SUNAT, con información del mes anterior a que concluye el término para la entrega, de conformidad al cronograma que establece la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

#### **6.14.1.- DEBER DE REGISTRAR DE LOS TRABAJADORES EN LA PLANILLA ELECTRÓNICA**

El artículo 2 del D.S. 018-2007-TR estableció que los empleadores deben cumplir determinados supuestos, desde el mes de enero de 2008, estos

están intimados a utilizar la planilla electrónica y presentarlo ante el MTPE; las condiciones en las que deben cumplir son las siguientes: a).- Los que tengan con más de tres trabajadores bajo subordinación; b).- Los empleadores que tengan uno o más prestadores de servicios y/o personal de terceros (por ejemplo, los que obtienen honorarios profesionales como estipendio, los que se encuentran sometidos al régimen denominado de cuarta o quinta categoría, etc.); c).- Empleadores que tengan bajo su dependencia a uno o más pensionistas o trabajadores que tienen la condición de asegurados forzosos del SNP; d).- Los obligados a retener el impuesto a la renta de quinta y cuarta categoría; e).- Aquellos tengan a uno o más artistas a su cargo; f).- Los que han contratado los servicios de una Entidad Prestadora de Salud (EPS) o presten servicios de salud de acuerdo a la Ley 26790; g) Los que han firmado con EsSalud un convenio por seguro complementario de labor de riesgo; h).- Los que cuenten con uno o más prestadores en su modalidad formativa.

Los empleadores de trabajadores del hogar o de construcción civil eventual, no están obligados a usar la planilla electrónica.

El D.S. 001-98-TRS en su artículo 3° preciso que es obligatorio que en el plazo de setenta y dos horas que el trabajador ingresa a laborar sea registrado en planillas por el empleador, al margen de que se trate de un contrato a tiempo parcial o a tiempo indeterminado.

Martínez e Infantes (2014) indican que determinados empleadores no tienen el deber de usar el T-REGISTRO y la PLAME, entre ellos tenemos a:

“a).- Aquellos que únicamente contraten prestadores de servicios que obtengan rentas de cuarta categoría a las que se refiere el artículo 33° de la Ley del Impuesto a la Renta cuando no tengan la calidad de agentes de retención de acuerdo al inciso b) del artículo 71 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF y normas modificatorias. b).- Que

tengan a su cargo trabajadores del hogar, esto es, aquellos que efectúan las labores de aseo, cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás propios de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares y siempre que laboren una jornada mínima de cuatro (4) horas diarias. Están excluidos los familiares del empleador o de su cónyuge hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo de afinidad, inclusive.

c).- Aquellas personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que ejerzan la opción prevista en el artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF y normas modificatorias, que eventualmente contraten trabajadores de construcción civil para la construcción o refacción de edificaciones no relacionadas con su actividad comercial”.

#### **6.15. VENTAJAS DE LA UTILIZACIÓN DE LAS PLANILLAS ELECTRONICAS**

Alarcón, M. & Aldonate, G. (2015) ha hecho referencia a algunas ventajas de la utilización de la planilla electrónica, siendo las siguientes: a).- Disminuye el costo de usar la planilla electrónica; b).- La información se gestiona con mayor eficiencia; c).- Mejora la fiscalización laboral; d).- Este instrumento electrónico reemplaza al libro de planilla, libro de modalidad formativa; d).- Formalmente es una obligación, la presentación es mensual, pudiendo variar de acuerdo a lo que disponga la autoridad administrativa respectiva; e).- Se exhibe ante la SUNAT; f).- Contiene información relacionada a trabajadores, personas bajo modalidad formativa, prestadores de servicios, derechohabientes, pensionistas e información tributaria.



## **CAPITULO III**

### **APROPIACIÓN ILÍCITA E INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL**

#### **SUB – CAPITULO I**

#### **DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA**

##### **7.1. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA EN NUESTRA LEGISLACIÓN**

En este capítulo se realizara un análisis jurídico y descriptivo del ilícito de apropiación ilícita, en cual en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos previsto en los artículos 190 al 193 del Código Penal, con la finalidad de establecer el bien jurídico protegido y las diferentes modalidades en que se presenta.

##### **7.2. CONCEPTO DEL DELITO DE APROPIACION ILICITA**

Debemos empezar reseñando que en nuestra legislación, el delito de apropiación ilícita la encontramos previsto en artículo 190 del Código Penal, el cual tiene como fin sancionar al agente que se apropia de manera indebida de un bien o cosa que ha recibido lícitamente bajo un título que genera el deber de devolverlo o hacer un uso establecido. En el mismo sentido la encontramos regulado en el país de España y Bolivia.

Como es de verse, este ilícito sanciona la acción del agente que en provecho propio o de un tercero, ilegítimamente se apropia de un bien mueble, monto de dinero o cualquier otra cosa que se le ha confiado en depósito o custodia, a

título de administrador o cualquier otro título que no genera el traslado de propiedad y que tiene el deber de devolver la cosa que se le confió su custodia.

Si bien es cierto, en el delito de hurto, el sujeto activo del delito se apodera del bien mueble sin necesidad de utilizar la amenaza o violencia, mientras que en el delito de robo se usa los dos medios comisivos, y en el delito de apropiación ilícita el bien ingresa a la esfera de dominio del agente con el asentimiento del agraviado pero se presenta la negativa de devolverlo.

En la apropiación ilícita por el abuso de confianza se afecta la capacidad de disposición del propietario, este hecho es precisamente el que justifica la punibilidad de la negativa de cumplir el deber de restituir; pues al no presentarse el abuso no se configura el delito, pudiendo exigirse la responsabilidad civil.

Sobre la apropiación ilícita, Urquiza (2016) señala que se trata de un ilícito de apropiación en sentido estricto, este consiste en incorporar una cosa al patrimonio del agente a través de un hecho de disposición del bien o cosa que anticipadamente se tiene en mérito a una determinada relación jurídica. Pese a la claridad de los conceptos, en la práctica resulta un poco difícil distinguirlo del delito de hurto, ya que si bien este es un evento delictivo de apoderamiento que necesita la concurrencia de un hecho de aprehensión física de un objeto que no ostentaba anticipadamente, la demarcación y configuración de la relación posesoria previa entre sujeto y objeto no es pacífica ni sencilla. Igualmente, brindan dudas y discrepancia de soluciones dogmáticas de casos como apropiarse de una cosa que se ha dejado para observarlo.

Soto (1994) al analizar la apropiación indebida en la legislación chilena, señala que se trata de una defraudación patrimonial, empero no es la única alternativa que existe. Por el contrario, Politoff (1992) tiene una premisa opuesta, quien funda su premisa en que es más coherente y razonable considerarlo como un

ilícito patrimonial por apropiación, dado como una categoría alternativa de defraudación.

Asimismo, el último autor citado, agrega que estando ante una definición dominante, estima que es errado procurar la utilidad de la política criminal y dogmática para instituir a la apropiación indebida como un delito contra el patrimonio por apropiación, en lugar de concebirlo como una defraudación contra el patrimonio. Se cree que con esta interpretación se alcanza dos fines esenciales, en primer lugar, se evita que el derecho penal amplíe su ámbito de protección a hechos que constituyen meros incumplimientos civiles; en segundo lugar, instituir los postulados encaminado a realizar una correcta reconstrucción dogmática del sistema de los delitos contra los intereses patrimoniales, conforme a los fenómenos y objetivos político-criminal.

### **7.3. PRECISIONES DOGMATICAS DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA O ILICITA**

Para Molins (2006), la apropiación es el primer predicado regente que determina el tránsito de lo lícito a lo ilícito, esta apropiación es definida como incorporar a la esfera de dominio aquello que fue recibido simplemente a título posesorio.

En la jurisprudencia nacional, verificamos que la Corte Suprema al emitir la Casación N° 301-2011-Lambayeque, adoptó la siguiente postura:

“Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y este último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo entrega a su patrimonio, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibo”.

El encargado de legislar ha identificado varios supuestos de hecho, en los que el agente ha obtenido la posesión previa de la cosa o bien mediante actos que no son considerados como una contravención penal y que coincide con obtención de la cosa en merito a un título que origina el deber de entregarla o devolverla, y que al vulnerar esta obligación como resultado de acto de apropiación, esto es, del deber de custodia y aplicación a un fin, que en el inter criminis se evidencia una especial naturaleza fraudulenta, debido a que el agente se vale de que la cosa se encuentra bajo su posesión.

La posesión que sirve de fundamento para la configuración del delito de apropiación ilícita es que el agente tiene bajo su poder el bien o cosa con conocimiento que de que aun no siendo de su propiedad y mantener un vínculo jurídico como administrador, depositario u otro título, que le obliga a realizar una determinada acción, este se apropia del mismo.

#### **7.4. TIPICIDAD OBJETIVA**

El profesor Salinas (2015) señala que se configura el ilícito de apropiación indebida o ilícita en el momento que el sujeto activo con el propósito de conseguir un beneficio patrimonial ya sea para él o para una tercera persona, se adueña, apodera, apropia o adjudica de una cosa mueble, un valor o dinero que ha aceptado del sujeto pasivo en calidad de comisión, administración, depósito u otro título similar que cause el deber de entregar, devolver o hacer un uso específico del bien.

#### **7.5. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y APROPIACIÓN ILÍCITA**

- En el tipo penal de apropiación no aparece el engaño como un elemento previsto sino un acto de abuso de confianza; mientras que el engaño en la estafa constituye un elemento esencial, pues el engaño es concomitante al momento de entrega del bien o valor.

- En concordancia con lo que instituye el art. 190 del Código Penal, el delito de apropiación recae sobre bienes muebles; la posesión del bien, dinero o valor originalmente es lícita, posteriormente nace el ámbito de apropiación ilícita.
- El ilícito de estafa, en consonancia con el art. 196 del CP, la obtención de la posesión del bien o cosa va antecedida desde un primer momento por un acto engañoso que necesariamente es la causa u origen de la constitución de la posesión; con lo que está desde el inicio es ilícita. Además, este delito recae sobre bienes inmuebles o muebles.

## **7.6. BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA**

La doctrina es unánime al establecer que el delito de apropiación ilícita, tiene por objetivo la protección jurídica de la propiedad sobre los bienes muebles, entre ellos, podemos destacar a Peña (1995), Roy (1983) y Bramont-Arias (2006); toda vez, que en la apropiación indebida se perjudica el derecho que se sustenta en una relación jurídica, donde el acreedor se asegura que el deudor cumpla una determinada prestación. Reátegui (2022) señala que en esta relación existe un derecho a la restitución del bien apoyado en el contenido del título que vincula a las partes; en este delito de apropiación se debe distinguir dos instantes, el primero reside en la entrega legítima de la posesión del bien bajo un título que produzca el deber de devolverla o entregarla, y en el segundo momento se produce la apropiación antijurídica por el agente que posee el bien legítimamente, produciéndose la infracción penal; esto quiere decir que lo que se sanciona en el tipo penal es la transformación que realiza el agente de la posesión legítima al ejercicio de potestades innatas a la propiedad del bien.

En relación al supuesto de apropiación ilícita de dinero, tanto en la doctrina como en la práctica se ha puesto de manifiesto, que este delito se aplica de manera general a insolventes; de este supuesto podemos partir que el bien jurídico no sólo se trata del derecho de propiedad sino que también se protege

el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito con el peculio del deudor. Como se viene indicando, el patrimonio es el bien jurídico que se protege, concretamente la propiedad sobre un bien mueble, empero respecto a éste, especialmente resulta afectada la capacidad de disposición, esto constituye la base sobre el cual se cimenta el derecho del propietario a que se le restituya el bien que, como contrapartida, posee la existencia de un deber que recae sobre otro individuo de restituir el bien.

En la doctrina, en los últimos años como un punto esencial se ha ocupado de la definición del derecho de propiedad; al respecto, Vásquez (2011) refiere que tradicionalmente se ha definido al derecho de propiedad en base a la enunciación de las trascendentales facultades que conforma su contenido. Al respecto el artículo 544 del Código Francés de 1804, prescribe que la propiedad viene a ser el derecho de disponer y gozar de una cosa sin ningún límite que la que prohíbe la ley.

En los códigos latinos que siguen la corriente francesa, entre ellos el nuestro, contiene una norma sobre la propiedad, encontrándose en el art. 923 del Código Civil, donde establece que la propiedad viene a constituir el poder jurídico que ostenta el titular de un bien, el mismo que permite disfrutar, usar y disponer, con el único límite que se ejerza de acuerdo al interés social y límites impuestos por la ley.

Siguiendo a Vásquez (2011), cabe precisar que frente a la doctrina clásica se tiene a la moderna que reemplaza las características de exclusivo, perpetuo y absoluto, por independencia, generalidad, elasticidad y abstracción; dichos caracteres lo encontramos reconocidos implícitamente en el art. 923 del Código Civil peruano.

En la doctrina, el maestro Salinas (2015) indica que es frecuente admitir que el bien jurídico que se protege es el patrimonio, específicamente el derecho de propiedad, previsto en el Código Civil en su art. 923, definido como el poder

jurídico que consiente disfrutar, usar, reivindicar y disponer un bien. Con la comisión del ilícito de apropiación se lesiona el derecho de propiedad impidiendo al propietario pueda disfrutar, usar o disponer de sus bienes, valores o dinero.

Finalmente, Reátegui (2022) indica que para verificar la tipicidad del ilícito de apropiación necesita la concurrencia de dos elementos, esto es, la entrega material lícita del bien en base a un título que no traslada la propiedad y que de por medio existe un deber específico de devolver o usar un determinado bien mueble entregado; así como, el apoderamiento antijurídico por el agente activo, quien a través del incumplimiento del deber de restituir, incorpora a su esfera patrimonial el bien mueble que recibió en forma lícita.

#### **7.7. MODALIDADES DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA**

En los artículos de 190 al 193, del Código Penal, establece determinadas modalidades de apropiación, como: apropiación ilícita común; sustracción de bien propio; apropiación de tesoro ajeno o de bien perdido; apropiación de bien ajeno y apropiación de prenda.

## **SUB – CAPITULO II**

### **INCORPORACIÓN DEL DELITO PREVISIONAL**

#### **8.1. NOCIÓN GENERAL**

Para poder comprender la importancia y el fundamento por el cual se propone incorporar el delito previsional, como nuevo tipo penal en nuestra legislación penal vigente, es necesario mencionar que el sistema previsional prescribe un conjunto de deberes para los empleadores que contratan servicios de otras personas, bajo el vínculo de subordinación; resultando ser relevantes los siguientes:

En primer lugar, el empleador tiene la obligación de inscribirse como tal e informar a la entidad pertinente con la nómina del personal que ocupa.

El segundo lugar, en el momento de la cancelación de las remuneraciones posee el deber de retener las aportaciones de los trabajadores dependientes.

En tercer lugar, el empleador tiene el deber de depositar o cancelar las sumas retenidas por concepto de aporte en el plazo que se establece legalmente.

Cuando el empleador inobserva sus obligaciones constituyen actos antijurídicos, por ello es que son sancionados con multa, independientemente que el supuesto de sumas retenidas, se tienen que cancelar, sumado las cargas por la mora en el cumplimiento de las obligaciones, dicha recaudación se obtiene por medio de un proceso de ejecución coactiva.



Ahora, si el empleador después de haber retenido las aportaciones y no ha cumplido con depositar los aportes correspondientes, el empleador una vez intimado para que cancele los aportes retenidos y este no cumple con el requerimiento, ahí la necesidad de recurrir al derecho penal para hacerlo cumplir por intermedio del derecho penal como última ratio.

## **8.2. PAGO OPORTUNO DE LA OBLIGACIÓN CONFORME AL SISTEMA PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE PENSIONES.**

Cabe mencionar que en la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, encontramos algunas disposiciones legales que buscan tutelar los fondos pensionarios; al respecto el artículo 35 de la indicada ley, prescribe que cuando el empleador no realice la cancelación de los aportes en el plazo que debe pagarlos deberá realizar una declaración sin pago, asimismo, establece que cuando el empleador obvie realizar la declaración o la información otorgada es incompleta, este deberá ser multado con un monto ascendente al diez por ciento de la UIT por el aporte de cada servidor que no fue declarado; además, precisa que al advertir de una conducta en forma maliciosa, que sin perjuicio de que se le imponga la multa, sanción e interés, se puede denunciar al empleador por el delito de apropiación; finalmente, agrega que cuando no se retiene los aportes, el empleador responderá por el interés moratorio que genere y multas correspondientes. El texto íntegro de la norma obra en el anexo 01.

Ahora, con la finalidad de lograr el cumplimiento y operatividad de la norma analizada precedentemente, la misma Ley en el artículo 36, ha precisado quienes son los agentes responsables del cumplimiento del deber de retención y cancelación las aportaciones, entre ellos son considerados dependiendo de la personería de la empleadora, el representante, el gerente, el agente que dirige la actividad o negocio, el titular del pliego, funcionario de más alto nivel. El tenor íntegro del dispositivo legal obra en el anexo 01.

### **8.3. FUNDAMENTO PARA INCORPORAR DEL DELITO PREVISIONAL**

La incorporación del delito previsional tiene como fundamento garantizar el goce pleno del derecho a la seguridad social, reconocida en el artículo 1, 10, 11 y 12 de nuestra Constitución Política. Considerando que este derecho constitucional en el ámbito previsional, se refiere al esfuerzo que realiza el Estado orientado a afrontar los efectos económicos a consecuencia de las contingencias que inciden sobre el individuo y su familia, limitando o impidiendo la creación de entradas económicas que sirva para su desarrollo y subsistencia.

Entre los riesgos sociales se tienen a las prestaciones económicas - contingencias sociales - de vejez, incapacidad y muerte; en materia de prestaciones económicas - materia de pensiones - tenemos a la pensión de jubilación, invalidez, sobrevivientes (orfandad, viudez, ascendientes) y capital de defunción. Siendo que se trata de un derecho constitucional, es necesario implementar mecanismos eficaces a fin de salvaguardar el mencionado derecho y que el empleador cumpla con su deber de retener y cancelar oportunamente los aportes de sus trabajadores, ya sea se trate del sector privado o público. Toda vez que estamos ante un servicio público, que el Estado debe otorgar de manera directa o por intermedio de terceros (AFPs).

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los regímenes de pensiones, tienen un papel significativo en relación a la seguridad social, ya sea que estas se encuentren administradas por un ente público o privado, ya que se encamina a velar por los trabajadores afiliados ante la producción de las contingencias de vejez, invalidez y muerte; es decir, que cuando se presente dichos eventos el afiliado tenga un ingreso necesario para seguir satisfaciendo las necesidades cotidianas modo normal y, en el supuesto de muerte del afiliado, no se deje en desprotección a sus beneficiarios gracias a su pensión.

La defensa de los fondos de la seguridad social en relación a pensiones, teniendo en cuenta que permite al afiliado acceder a una prestación, no solo instituye un bien jurídico de trascendencia individual, sino también supraindividual; debido a que el incumplimiento en el pago crea una afectación a todo un conjunto de trabajadores, especialmente en el caso de los trabajadores del SNP, donde el Estado se ve en la necesidad de subsidiar recargando al Tesoro Público, de esta manera se afecta indirectamente a toda la población.

Si sumamos a este hecho, la forma reiterada con que los contratantes incumplen su deber de retener las contribuciones destinados a la seguridad social, o que efectuando la retención no lo hacen llegar a los entes administradores correspondientes, desviando estos capitales a cubrir otras finalidades, en tanto, resulta más cómodo cancelar las multas administrativas que pagar los aportes a tiempo, perjudicándose enormemente a los trabajadores o afiliados.

Por lo que, es necesario *tipificar* esta conducta como un nuevo tipo penal, el hecho delictivo que radica en no cancelar o trasladar las sumas retenidas por concepto de aportes destinados a la seguridad social dentro del término señalado en la ley, de tal manera que a través de la teoría de prevención de la pena -entendida por García (2012), como la función motivadora que el Derecho penal dirige a los ciudadanos en general, en sus dos vertientes, en la prevención negativa se utiliza a la pena como un mecanismo de intimidación a los ciudadanos para evitar la lesión al bien jurídico, mientras que con la prevención positiva busca consolidar la vigencia de determinados valores éticos-sociales fundamentales para la vida en sociedad-, se logre disminuir las infracciones al deber de cancelar oportunamente los aportes previsionales; consecuentemente, se dotará de una mayor protección a los beneficiarios de la

seguridad social , frente a estos actos delictivos que impiden gozar de su derecho.

#### **8.4. EL DELITO PREVISIONAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Para el sustento del presente trabajo también es necesario hacer referencia a la legislación comparada, donde se verifica que se encuentra prevista y sancionada la conducta del empleador que incumple con realizar el pago de los aportes retenidos oportunamente al trabajador.

El artículo 9 de la Ley Penal Tributaria y Previsional (Ley N° 24.769), establece que se sancionará con pena privativa de la libertad al empleador que no cumpla con depositar el total o parte de los aportes retenido a sus dependientes. La descripción íntegra aparece en el anexo 02.

De igual forma, en la normatividad española, en el art. 305 del Código Penal Español se estableció que se sancionará al agente que defrauda a la seguridad social con pena de prisión, habiéndose previsto determinados supuestos como agravantes y eximentes, como el ocultar la identidad del obligado, la existencia de una estructura organizada, el importe defraudado, y prescribe que se exime de responsabilidad al agente que regularice el pago ante la seguridad social. El texto del artículo referenciado se encuentra en el anexo 03.

Finalmente, es de precisar que el Estado de El Salvador, en el artículo 245 del Código Penal, instituye que se sancionará con pena de días multa al patrono que durante tres periodos retiene las cotizaciones, contribuciones o fondos que corresponden al Estado, antes de asistencia o seguridad social. La descripción íntegra aparece en el anexo 04.

### **8.5. TIPO PENAL A SER INCORPORADO AL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL.**

Habiéndose establecido y verificado que es recurrente la conducta del empleador en la inobservancia de su deber de retener y cancelar los aportes retenidos, en el plazo que establece la normatividad, y este a pesar de la intimación que se le efectúa para que traslade los aportes persiste en la infracción, justifica proponer que se incorpore esta conducta como un supuesto de apropiación ilícita sin ningún otra condición que verificarse su incumplimiento previo requerimiento, en los siguientes términos:

“El agente que se sustrae, apropia, desvía o dispone de los aportes previsionales retenidos, en todo o en parte, destinado a la seguridad social, será reprimido con pena privativa de libertad o menor de tres ni mayor de seis años”.

### **8.6. BENEFICIOS OBTENIDOS CON LA APROBACIÓN DEL TIPO PENAL PROPUESTO.**

Con la incorporación del nuevo tipo penal, se podrá conseguir importantes beneficios en favor del trabajador, pensionistas, derechohabientes y sociedad en general:

- ❖ Busca garantizar la cobertura previsional.
- ❖ Protege los derechos de los trabajadores.
- ❖ Protege los fondos y las reservas de los sistemas pensionarios.
- ❖ Reduce el subsidio por parte del Estado al SNP.

## **CONCLUSIONES.**

1. Actualmente, el término malicioso en la conducta del empleador al incumplir con trasladar/cancelar los aportes al ente administrador, regulado en el D.S. 054-97-EF, resulta ser un obstáculo a nivel de probanza en las investigaciones penales que se generan con ocasión de las denuncias presentadas.
2. Frente a la ausencia del supuesto de hecho que prevé el incumplimiento en relación al pago de las aportaciones por parte del empleador a la entidad administrativa, en el artículo 190 del Código Penal, los empleadores hacen caso omiso a su obligación que tienen de cancelar los aportes.
3. La inclusión del supuesto de hecho en el art. 190 del Código Penal, permitirá contribuir con los fines especial y general de la pena, esto es, los empleadores cumplirán en mayor grado su deber de cancelar los aportes retenidos.
4. Con la incorporación del delito previsional en el art. 190 del Código Penal, como un supuesto del ilícito de apropiación ilícita, se garantizará el goce pleno del derecho a la seguridad social.

## **RECOMENDACIONES.**

1. Los legisladores dentro del plazo más breve posible, tomen conciencia y como ultima ratio se incorpore el delito previsional al artículo 190 de nuestro Código Penal vigente, como una modalidad del ilícito de apropiación ilícita, a fin de brindar una solución al problema consistente en el incumpliendo por parte del empleador respecto a su deber de retener las aportaciones destinadas a la seguridad social, o que haciéndolo no lo alcanzan oportunamente a los entes administradores.
2. Se recomienda a los parlamentarios realizar un análisis y derogar el término “en forma maliciosa” del tercer párrafo de artículo 35 del D.S. 054-97-EF.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Aguilar, M. (2004). Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos. Directora de Promoción de la Cultura de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Republica. 2004, disponible en file:///C:/Users/Cesar%20Rafael%20Idrogo/Downloads/5117-4516-1-PB%20(1).pdf

Alarcón M. & Aldonate, G. (2015). Manual de Reclamos y Procedimientos Laborales, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, octubre 2015, Lima.

Abanto, C. (2005). La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A., 1º Edición, Perú.

Abanto, C. (2005). El derecho universal y progresivo a la Seguridad Social, en la La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A., 1º Edición.

Abanto, C. (2003). Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En dialogo con la jurisprudencia N° 58, julio, Gaceta Jurídica, julio. Disponible en C:\Users\Cesar Rafael Idrogo\Desktop\F:\TESIS - PEDRO RUIZ GALLO\La Asociación de AFP, <http://www.asociacionafp.com.pe/que-es-una-afp/sistema-privado-de-pensiones/que-es-el-sistema-privado-de-pensiones>

Asociación de AFP (2022), disponible en [https://www.asociacionafp.pe/wp-content/uploads/2022/06/Una-aproximacio%CC%81n-al-impacto-de-los-retiros-anticipados-del-sistema-de-pensiones-peruano\\_AAFP\\_01.06.22.pdf](https://www.asociacionafp.pe/wp-content/uploads/2022/06/Una-aproximacio%CC%81n-al-impacto-de-los-retiros-anticipados-del-sistema-de-pensiones-peruano_AAFP_01.06.22.pdf)



Banco Interamericano de Desarrollo (2019), disponible en [https://www.asociacionafp.pe/wp-content/uploads/2021/06/Referencias-internacionales-1\\_BID\\_Diagno%CC%81stico-del-sistema-de-pensiones-peruano-y-avenidas-de-reforma-2019.pdf](https://www.asociacionafp.pe/wp-content/uploads/2021/06/Referencias-internacionales-1_BID_Diagno%CC%81stico-del-sistema-de-pensiones-peruano-y-avenidas-de-reforma-2019.pdf)

Bernal, D., Díaz, E. & Padilla, A. (2018). Retos éticos de la investigación sociojurídica: una revisión a partir de buenas prácticas en artículos publicados. Estudios Socio-Jurídicos. Disponible en <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6043>

Bernales, E. (1998). La Constitución de 1993: Análisis comparado. Cuarta Edición, Editorial Rao, Lima.

Bramont-Arias, L. (2006). Manual de Derecho Penal, 5ta reimpresión, Lima, 2006.

Castillo, L. (2005). Los Derechos Constitucionales: Elementos para una Teoría General, Palestra Editores, Lima.

Código Penal de Bolivia, disponible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco\\_sp\\_docs\\_bol1.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf)

Código Penal Español, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Código Penal de El Salvador Comentado, disponible en [https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal\\_tomoii.pdf](https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal_tomoii.pdf)

Código Penal peruano vigente, disponible en <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo”. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A., 1º Edición, 2005.

Cruz, J., Rodríguez, P. & Larrañaga, Rodríguez, P. (2019). Derechos económicos: una aproximación conceptual (LC/MEX/TS.2019/15), Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CEPAL/CNDH), encontrado en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44846/1/S1900863\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44846/1/S1900863_es.pdf)

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10.12.1948, recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Decreto Ley N° 20530, de fecha 26 de febrero del 1974. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251497/226862\\_file20181218-16260-v2ji6y.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251497/226862_file20181218-16260-v2ji6y.pdf)

Decreto Supremo N° 039-2001-EF, Reglamento de la Ley N° 27334, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 23 de marzo de 2001, disponible en [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/250404/225794\\_file20181218-16260-d9ohly.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/250404/225794_file20181218-16260-d9ohly.pdf)

DECRETO SUPREMO N° 133-2013-EF, Texto Único Ordenado Del Código Tributario, publicado el 22 de junio de 2013, disponible en

<http://www.muniferrenafe.gob.pe/anuncios/tributosmunicipales/2018/ds-133-2013-ef.pdf>

D.S 02-99-TR - Reglamento de la Ley N° 27056, modificado por el Decreto Supremo N° 025-2007-TR, publicado el 20 diciembre 2007, disponible en [http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/Decreto\\_supremo\\_002\\_99\\_TR.pdf](http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/Decreto_supremo_002_99_TR.pdf)

Decreto Supremo Nro.054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0035/LEY-SISTEMA-PRIVADO-ADMINISTRACION-FONDO-PENSIONES.pdf>

D.S. N° 018-78-TR, recuperado de <https://www.agrorural.gob.pe/wp-content/uploads/transparencia/leyes/ds-n-009-97-sa.pdf>

Decreto Supremo N° 015-2010-TR, publicado el dieciocho de diciembre del año 2010, modifica el Decreto Supremo N.° 018-2007-TR, mediante el cual se establecen disposiciones relativas al uso del documento denominado “Planilla Electrónica”.

Decreto Supremo N° 179-91-PCM, de fecha 07 de diciembre de 1991.

Decreto Supremo N° 001-98-TR, publicado el 22 de enero de 1998, disponible en [http://webapp.regionsanmartin.gob.pe/sisarch/LEGISLACION/6.%20TECNOLOGIA%20AVANZADA%20EN%20ARCHIVOS/DS\\_001\\_1998\\_TR.pdf](http://webapp.regionsanmartin.gob.pe/sisarch/LEGISLACION/6.%20TECNOLOGIA%20AVANZADA%20EN%20ARCHIVOS/DS_001_1998_TR.pdf)

Decreto Supremo N° 018-2007-TR, publicado fecha 28 de agosto del año 2007,  
Disponible en [https://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor\\_graf/mef/2007/ds018-2007-TR.pdf](https://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/mef/2007/ds018-2007-TR.pdf)

García, P. (2012). Derecho Penal – Parte General, editorial Jurista Editores, segunda edición, Lima – Perú.

Gómez, F. (2012). Valdez. Derecho Previsional y de la Seguridad Social – Análisis Doctorado Jurisprudencial y Comparado – Derecho del Trabajo 7, Editorial San Marcos, Primera Edición 2012, Lima.

Jiménez, L., Quispe, M., Fernández, C. & Pérez, K. (2015). Manual Práctico Laboral del Régimen de la Actividad Privada. Editorial Instituto Pacífico S.A.C, Primera Edición, Mayo 2015.

Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del D. Ley 20530, de fecha 10 de diciembre del 2004.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2912448/Ley%20N%C2%B0%2028449.pdf.pdf>

Ley 29135, publicado el 18/11/2007, disponible en  
[https://ww1.essalud.gob.pe/compendio/pdf/0000004003\\_pdf.pdf](https://ww1.essalud.gob.pe/compendio/pdf/0000004003_pdf.pdf)

Ley N° 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, disponible en  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1420969/Ley%20de%20libre%20desafiliaci%C3%B3n%20informada%2C%20pensiones%20m%C3%ADnimas%20y%20r%C3%A9gimen%20especial%20de%20jubilaci%C3%B3n%20anticipada.pdf>

a%20y%20complementarias%2C%20y%20r%C3%A9gimen%20especial%20de%20jubilaci%C3%B3n%20anticipada..pdf

Ley N° 29903 - Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicado el 19 de julio de 2012, [https://www.mef.gob.pe/contenidos/prensa/boletines/reforma\\_spp/Ley29903.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/prensa/boletines/reforma_spp/Ley29903.pdf)

Ley 28791, del 17/7/2006, modificó el art. 6 de la Ley 26790), disponible en [http://www.essalud.gob.pe/normativa\\_prestaciones\\_economicas/pdf/Ley28791.pdf](http://www.essalud.gob.pe/normativa_prestaciones_economicas/pdf/Ley28791.pdf)

Ley N° 27605, modificado por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1110 (20.06.12), disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-el-texto-unico-ordenado-del-decreto-legislativo-n-1110-803856-3/>

Ley 24.769 – Ley Penal Tributaria y Previsional, disponible en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm#:~:text=ARTICULO%2011.-,%E2%80%94%20Ser%C3%A1%20reprimido%20con%20prisi%C3%B3n%20de%20dos%20\(2\)%20a%20seis,Aires%2C%20o%20derivadas%20de%20la](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm#:~:text=ARTICULO%2011.-,%E2%80%94%20Ser%C3%A1%20reprimido%20con%20prisi%C3%B3n%20de%20dos%20(2)%20a%20seis,Aires%2C%20o%20derivadas%20de%20la)

Martínez, B. & Infantes, G. (2014). Manual Práctico Laboral, Editorial Entrelíneas S.R.Ltda, Primera Edición – Agosto 2014, Lima.

Molins, M. (2006). Consideraciones acerca del delito de apropiación indebida”, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2619345>

MUÑOZ, F. (2014). Introducción al Derecho Penal, editorial IB de F Montevideo – Buenos Aires, primera edición, tercera reimpresión, año, Buenos Aires – Argentina.

Nueva Ley Procesal del Trabajo (LEY N° 29497), disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf9d4d0043eacd588837db829214c4f0/C.+LEGISLACION++Ley+N%C2%BA+29497+Nueva+Ley+Procesal+del+Trabajo.pdf?MOD=AJPERES>

Peña, R. (1995). Tratado de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio. Lima, ediciones jurídicas.

Politoff, S. (1992). El Delito de Apropiación Indebida. Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR, 1992.

Reátegui, J. (2022). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, tomo 2, grupo editorial Jurídicas Legales Perú E.I.R.L, cuarta edición, Lima – Perú.

Rendón, J. (2008). Derecho a la Seguridad Social, editorial GRIJLEY, cuarta edición, Lima.

Resolución SBS 1408-2003, disponible en <http://www.sunat.gob.pe/ayuda/tributos/tregistro-E-P/T-RegistroPrivado-H02.html>

Robertson, G. (2014). Diferencia entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. Revista Informativa y de opinión profesional del instituto del noroeste de contadores públicos A.C, 2014, Hermosillo – México, recuperado de <http://www.contadoresbc.org/images/revistas/2014/01-nov-dic/revista-nov-dici-2014-no41.pdf>

Roy, L. (1983). Derecho Penal Peruano. Parte Especial. IPCP, Lima 1983, tomo III.

Sáenz, L. (2005). Artículo Jurídico “La protección Procesal de los Derechos Constitucionales. (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional)”.

Salinas, R. (2015). Derecho Penal Parte Especial, Editorial GRIJLEY E.I.R.L, Volumen 2, Sexta Edición, Octubre de 2015.

Soto, M. (1994). La apropiación indebida: Acción, autor y resultado, Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR, 1994.

Superintendencia de Banca y Seguros. (2020), recuperado de <https://www.sbs.gob.pe/usuarios/informacion-de-pensiones/afiliacion-y-aportes/aportes>, con fecha 27/03/2020.

Toyama, J. (2008). Trabajo y Seguridad Social – Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, artículo “Principios de la Seguridad Social”, Editorial Grijley, año 2008, Lima.

Toyama, J. (2016) Abogado. Profesor de derecho laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Artículo “Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores”, recuperado de <file:///C:/Users/fn/Downloads/15772-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62662-1-10-20161128.pdf>

Tribunal Constitucional, fallo de los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, de fecha 3 días del mes de junio de 2005. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Urquiza, J. (2016). Código Penal Práctico, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, Primera Edición, Abril 2016.

Valle, José. (2013). La Criminalización del fraude de la seguridad social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal, recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15772/16206>

Vásquez, A. (2011). Los derechos reales – La Propiedad, Tomo II, Editorial San Marcos, Lima.



## **ANEXO 01.**

Decreto Supremo Nro.054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, modificado por Ley 29903.

### **Artículo 34.**

“Los aportes a los que se refiere el artículo 30, deben ser declarados, retenidos y pagados por el empleador a la entidad centralizadora de recaudación a que se refiere el artículo 14-A. El pago puede ser hecho a través de la institución financiera o de otra naturaleza que designe la entidad centralizadora mencionada.

La declaración, retención y pago deben efectuarse dentro de los primeros cinco (5) días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones afectas. En caso la SUNAT sea la entidad centralizadora a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 14-A, el calendario de declaración, retención y pago lo establecerá dicha entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo 135-99-EF y normas modificatorias. Los aportes del empleador a que se refiere el artículo 31 serán recaudados por la entidad centralizadora a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 14-A. El monto de los aportes al SPP no pagados dentro del plazo establecido en las normas pertinentes, generará un interés equivalente a la tasa de interés moratorio previsto para las obligaciones tributarias en el artículo 33 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo 135-99- EF y normas modificatorias. En caso la SUNAT sea la entidad centralizadora de la recaudación y cobranza, cuando los agentes de retención no hubiesen cumplido con la obligación de retener el aporte serán sancionados de acuerdo con el Código Tributario. En tal caso, los trabajadores dependientes, deberán declarar y pagar el aporte correspondiente, e informar a la SUNAT, dentro de los primeros doce (12) días del mes siguiente al de percepción de la renta, el nombre y domicilio de la persona o entidad que les efectuó el pago, haciéndose acreedores a las sanciones previstas en el citado Código Tributario en caso de incumplimiento. En caso de que el trabajador incumpla con declarar y pagar, el agente retenedor será solidariamente responsable por los aportes no pagados y por las obligaciones derivadas de ellos”.

### **Artículo 35.**

“Cuando el empleador no cumpla con el pago oportuno de los aportes al Sistema Privado de Pensiones, deberá formular una Declaración sin Pago de los mismos, dentro del mismo plazo que tiene para

efectuar el pago de los aportes del trabajador, utilizando el formato que designe la Superintendencia de AFP.

El incumplimiento de la obligación de formular dicha declaración por parte del empleador, o la formación incompleta de la misma, será sancionado por la Superintendencia de AFP con multa equivalente al 10% (diez por ciento) de la UIT vigente a la fecha de pago, por cada trabajador cuyos aportes no fueran declarados.

Sin perjuicio de las sanciones, multas o intereses moratorios que pudieran recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador, la AFP y/o la Superintendencia pueden accionar penalmente por delito de apropiación ilícita contra los representantes legales del empleador, en el caso de que en forma maliciosa incumplan o cumplan defectuosamente con su obligación de pagar los aportes previsionales retenidos.

Si el empleador no retuviera oportunamente los aportes de sus trabajadores, responderá personalmente por el pago de los intereses moratorios y multas a que hubiera lugar, sin derecho a descontárselos posteriormente a sus trabajadores. El empleador sólo podrá descontar a sus trabajadores aquel monto nominal que debió retener y no retuvo, correspondiente específicamente a los aportes que les hubiera correspondido pagar en la fecha que debió efectuarles la retención”.

## Artículo 36.

“A efectos de lo establecido en el artículo precedente, se considera legalmente responsable:

- a) Al Gerente designado conforme a los Artículos 185 y siguientes de la Ley General de Sociedades, si el empleador fuera una sociedad anónima. Si el Gerente fuera una persona jurídica, la responsabilidad recaerá en quien la represente conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades;
- b) Al funcionario de más alto nivel, si el empleador fuera una persona jurídica distinta;
- c) Al Titular del Pliego o quien haga sus veces, si el empleador fuera una entidad perteneciente al Sector Público; y,
- d) A la persona que dirige el negocio o actividad, si el empleador fuera una persona natural.

Existe responsabilidad solidaria sólo en los casos dispuestos en el tercer párrafo del artículo precedente”.

## **ANEXO 02.**

En Argentina, el artículo 9 de la Ley Penal Tributaria y Previsional (Ley N° 24.769), establece que:

“Sera reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el empleador que no depositare total o parcialmente, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes, siempre que el monto no ingresado superase la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) por cada mes.

Idéntica sanción tendrá el agente de retención o percepción de los recursos de la Seguridad Social que no depositare total o parcialmente, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) por cada mes.

La Administración Federal de Ingresos Públicos habilitará, a través de los medios técnicos e informáticos correspondientes y/o en los aplicativos pertinentes, la posibilidad del pago por separado y en forma independiente al de las demás contribuciones patronales, de los aportes retenidos por el empleador a sus dependientes y de las retenciones o percepciones de los agentes obligados respecto de los recursos de la Seguridad Social”.

### **ANEXO 03.**

En la normatividad española, en el art. 305 del Código Penal Español se establece que:

“1.- El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de éstas y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicaran en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2.- A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3.- Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haga notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda

objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

## **ANEXO 04**

En el Estado de El Salvador, en el artículo 245 del Código Penal, establece que:

“El patrono que retuviere fondos, contribuciones, cotizaciones o cuentas de trabajadores destinados legalmente al Estado o a instituciones de asistencia o seguridad social o sindical durante tres periodos de los establecidos en la ley respectiva, será sancionado con multa de cien a trescientos días multa”.