

Análisis constitucional de la autorización de retiro del fondo de pensiones (*)

Constitutional analysis of pension fund withdrawal authorization

Jorge Isaac Torres Manrique¹

Sumario: Líneas introductorias. **I.** Sobre el derecho pensionario peruano. **II.** Una mirada desde los derechos fundamentales. – Reflexiones finales. – Referencia bibliográfica.

(*) Recibido: 20/05/2020 | Aceptado: 22/05/2020 | Publicación en línea: 22/05/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Par académico evaluador del Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Autor de libros y tratados en Derecho Constitucional, publicados en: Colombia, Paraguay, Chile, Perú y Ecuador. Autor del Tratado de Derechos Fundamentales (Perú y en prensa en Colombia). Coautor del Tratado de Derecho Penal Constitucional Aplicado (Colombia y Perú); y en prensa en: Chile, Nicaragua y Argentina. Coautor del Tratado Colectivo Iberoamericano de Derecho Administrativo (Paraguay). CoDirector los Códigos Penales de comentados de Ecuador, Colombia y Chile. CoDirector de: Tratado de Lavado Activos (en preparación- Colombia, Chile, Ecuador, Perú), Tratado Integral de Técnicas de Litigación Oral Estratégica (en preparación- Colombia, Ecuador, Perú). CoDirector del: Tratado de Derecho Probatorio (en preparación- España, Colombia). Autor de artículos en publicaciones científicas físicas y virtuales, en más de treinta universidades de veinticinco países. Ponente nacional e internacional.

KIMBLELLMEN@outlook.com

Resumen: Ante la disposición de cuarentena como consecuencia de la pandemia del COVID- 19, en casi dos centenares de países del orbe, deviene la angustia, estrés, pero sobre todo, la preocupación de cada familia por cubrir sus necesidades básicas para sobrevivir.

En ese sentido, en no pocos países se ha autorizado de manera extraordinaria, el retiro voluntario de un porcentaje de su fondo de pensiones.

En la presente entrega, el autor desarrolla el enfoque constitucional al caso peruano, a efectos de arribar a señeros derroteros y propuestas correspondientes.

Palabras clave: Retiro del fondo de pensiones, Derecho pensionario, Derechos fundamentales, Sistema Privado de Pensiones, Derecho constitucional.

Abstract: Given the quarantine provision as a consequence of the COVID-19 pandemic, in almost two hundred countries in the world, anguish, stress, but above all, the concern of each family to meet their basic needs to survive.

In this sense, in more than a few countries, the voluntary withdrawal of a percentage of their pension fund has been extraordinarily authorized.

In this installment, the author develops the constitutional approach to the Peruvian case, in order to arrive at outstanding directions and corresponding proposals.

Keywords: Retirement of the pension fund, Pension law. Fundamental rights, Private Pension System, Constitutional right.

Líneas introductorias.-

Una reciente medida en común a diversos Estados, viene siendo materia de discusión, debate. Nos referimos a la autorización extraordinaria de retiro voluntario del fondo de pensiones.

Al respecto, es de verse que en fecha 30/04/20 el Poder Ejecutivo peruano emitió la Ley N° 31017, Ley que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional en el año 2020. La cual en su Art. 1., prescribe como objeto: “(...) *establecer medidas extraordinarias para aliviar las economías familiares y dinamizar la economía nacional,*

contrarrestando los efectos económicos negativos generados por el estado de emergencia nacional a consecuencia del Covid-19". Y seguidamente, en el Inc. 2.1., del Art. 2., en relación al retiro extraordinario facultativo de fondos en el Sistema Privado de Pensiones, preconiza: *"Autorízase que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25% (veinticinco por ciento) del total de sus fondos acumulados en su cuenta individual de capitalización, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 3 UIT (tres unidades impositivas tributarias) y como monto mínimo de retiro el equivalente a 1 UIT (una unidad impositiva tributaria)"*.

Cabe indicar que el presidente de la República del Perú, anunció que se aprobó en el Consejo de Ministros que los afiliados a las AFP, que no han estado en alguna planilla empresarial en los últimos 12 meses, puedan retirar hasta 2,000 soles de sus fondos previsionales. Refirió que las AFP tienen recursos fruto del aporte de los trabajadores y es momento también que parte de esos recursos sean para los trabajadores que aportaron y ahora están en vulnerabilidad. Acotó que aprobaron la autorización del retiro de hasta 2,000 soles de los trabajadores que ya no están en la planilla en los últimos 12 meses.²

En la presente entrega, hacemos inicialmente un breve recorrido por los predios del derecho pensionario, para posteriormente abocarnos al análisis desde los derechos fundamentales a propósito de la dación de la mencionada norma legal; para finalmente arribar a reflexiones al respecto.

I. Sobre el derecho pensionario peruano.-

A manera de antecedentes es de precisar que el sistema de seguridad social en el Perú existe desde mediados de los años treinta. Durante décadas su gestión fue responsabilidad tripartita (empleadores, trabajadores y Estado), a través de la conducción del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), a cuyo cargo se encontraban tres distintos regímenes de prestaciones: las correspondientes al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) que estaba regulado por el Decreto Ley N° 19990; el Régimen de Prestaciones de Salud regulado por el Decreto Ley N° 22482; y finalmente, el Régimen de

² S/a. Gobierno autoriza el retiro de hasta S/ 2.000 del fondo de AFP a trabajadores que no han aportado en los últimos 12 meses. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.eleconomistaamerica.pe/economia-eAm-peru/noticias/10451795/03/20/Gobierno-autoriza-el-retiro-de-hasta-S-2000-del-fondo-de-AFP.html>, Lima, 2020.

Prestaciones por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Ocupacionales, normado por el Decreto Ley N°18846.³

De acuerdo con el ordenamiento peruano vigente, coexisten dos regímenes de pensiones: un sistema público, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley N° 19990; y, un sistema privado, el Sistema Privado de Pensiones (SPP), regulado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF.⁴

La seguridad social posee como principios medulares: i) Universalidad, ii) Solidaridad, iii) Equilibrio Financiero. En ese sentido, tenemos que en el primero la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Constitución Política ha previsto que la seguridad social, tenga carácter universal, al disponer que: “*El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (...)*”. El segundo, ya que en la práctica parece imposible lograr la universalidad en la cobertura de la seguridad social si no es a través de la participación económica de todos los integrantes de una sociedad, derivado de la cláusula Social del Estado. Y el tercero, que refiere que un Sistema de Seguridad Social o a un Sistema de Pensiones este debe estar perfectamente ordenado para poder cumplir con su objeto, que es la cobertura de los riesgos sociales. Es así que, como resulta lógico, debe existir una fuente o fuentes de financiamiento sostenibles en el tiempo que permitan cubrir los riesgos sociales que la ley le ordene.⁵

Respecto de los aspectos esenciales a abordar en el sistema de pensiones peruano, tenemos: i) Abordar la pobreza en la vejez estableciendo una pensión no contributiva que proteja a todos los peruanos en la vejez, ii) Establecer un marco sólido para que el sistema contributivo cumpla con sus objetivos, iii) Mejorar la cobertura del sistema y el nivel de las pensiones,

³ MUJICA PETIT, Javier. *Pensionistas y Derechos Humanos. Abriendo surcos en Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12092.pdf>, Lima, 2002, pp. 366- 367.

⁴ DE LA VEGA ZAVALA, Daniel. *La necesaria reforma del sistema previsional en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86445/172-683-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Sevilla, 2018, p. 149.

⁵ ORDINOLA DEDIÓS, José Antonio. *Las pensiones en el marco de la seguridad social en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/DOCUMENTO-DE-TRABAJO-001-2014-DP-AAE-SEGURIDAD-SOCIAL.pdf>, Lima, 2014, pp. 37, 38, 41.

iv) Optimizar el diseño y mejorar la regulación del sistema de capitalización individual, v) Mejorar la confianza en el sistema de pensiones.⁶

Por su parte, La Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial, han planteado tener un sistema mixto de tres pilares: i) Uno básico, de origen y administración fiscal como gasto corriente, que asegure una plataforma, una pensión mínima, que evite la indigencia, ii) Un segundo pilar, obligatorio a través de descuentos de las remuneraciones, de capitalización individual o colectiva, administrado por entidades públicas o privadas, y iii) Un tercer pilar totalmente voluntario, administrado principalmente por el sistema financiero, que dé origen a una pensión complementaria.⁷

El sistema pensionario amerita contar con un nuevo modelo, hacia el cual además parece orientarse la reforma peruana, según hemos señalado de manera precedente, es el modelo multipilar, mixto o complementario; donde se combina una pensión mínima digna (universal y solidaria), con una cuenta individual que le permitirá tener una mejor tasa de reemplazo a los trabajadores de ingresos medios y altos. Así, nos parece que la necesidad de una reforma en el sistema de pensiones en el Perú es inminente, sólo esperamos que el resultado de la misma se oriente por los principios de la seguridad social y que no se sumerja nuevamente en los encantos irrealistas del interés individual o peor aún, el de algunos particulares.⁸

Ergo, el sistema pensionario peruano no funciona ni de lejos como se espera. Amerita pues, una urgente como integral reforma.

II. Una mirada desde los derechos fundamentales.-

En principio, es de verse los Inc. 1., 2. y 3., del Art. 71. del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que respectivamente establecen: “*El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de*

⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de pensiones Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.oecd.org/pensions/Estudio-OCDE-Sistema-Pensiones-Peru-Sintesis.pdf>, Berlín, 2019, pp. 4- 8.

⁷ BERNEDO ALVARADO, Jorge. *Alternativas al drama de los sistemas pensionarios en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: https://www.aele.com/system/files/archivos/analab/0309_AL_4.pdf, Lima, 2003, p. 10.

⁸ DE LA VEGA ZAVALA, Daniel. *Ob. Cit.* P. 149.

las categorías de personas protegidas”, “El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial”, y “El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión”.

De lo prescrito, queda claro que lo que comporta es el derecho a la seguridad social y a la obligación internacional de los Estados, respecto de los cuales corresponde a los Estados observar escrupulosamente.

Por otro lado, corresponde traer a colación lo juridizado por la Constitución Política peruana, la que en sus Arts. 3. y 43., registran respectivamente: “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*”, y “*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes*”.

A su turno, el Art. 44., de la misma Carta Magna, respecto de los deberes del Estado enseña: “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)*”.

Entonces, tenemos que dicho articulado refiere a la naturaleza de la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos. La misma deviene en un deber estatal. Entonces, siendo la vida y la salud derechos fundamentales, corresponde al Estado llevar a cabo lo propio. Consecuentemente, la debida atención de ello no debe circunscribirse únicamente a la calificación de una

eventual como acertada gestión pública y menos sacar provecho político. Ello en razón a que, solamente se habría llevado a cabo la estricta observancia de lo prescrito en la Carta Constitucional.

Para los efectos de la presente empresa, es de considerarse como características y elementos del derecho fundamental a la seguridad social, desde el parámetro constitucional. Así tenemos: i) El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, ii) El derecho a la seguridad social tiene por finalidad la elevación de la calidad de vida cuando se produzca alguna de las mencionadas contingencias, iii) La Constitución dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles, puesto que sirven para que se cumpla la finalidad del derecho a la seguridad social, y iv) De los elementos mencionados y sobre todo del concepto de elevación de la calidad de vida ante las contingencias se deriva la obligación mínima de garantizar de por vida las prestaciones en materia de salud y pensiones.⁹

Por otro lado, si bien es cierto que el derecho a la seguridad social debe ser para toda la vida del empleado en su jubilación, ello no obsta a que de la manera extraordinaria, esto es, la vigencia de la cuarentena por la pandemia mundial, se deba hacer una ponderación de derechos. Entonces, tenemos que se aplica una ponderación de derechos, esto es, los derechos a la salud, a la vida, a la supervivencia, por encima del derecho a la seguridad social.

Y es que, no solamente existe la premura inmediata de otorgar liquidez a los asegurados, sino que además, la medida de autorización de retiro del fondo de pensiones, no termina por desnaturalizar al derecho a la seguridad social, en tanto que solo surte efectos de manera voluntaria de hasta dos mil soles del referido fondo, para los trabajadores que ya no están en la planilla en los últimos doce meses.

Reflexiones finales.-

El Estado peruano no puede desentenderse de los convenios internacionales en materia pensionaria, los que ha suscrito oportunamente. Por ello, en

⁹ MORALES SARAVALA, Francisco. *El derecho constitucional a la seguridad social y la necesidad de implementar el sistema complementario de pensiones público y privado*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/usmp/2184/articulo_5.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Lima, 2016, pp. 75- 76.

mérito al cumplimiento de su deber de garantizar los derechos fundamentales de las personas, debe hacerlo a la luz de dicho marco de protección.

Así, si bien es cierto que el fondo de pensiones no puede ser dispuesto de manera diferente a su naturaleza, se debe entender que los irrestrictos derechos fundamentales a la salud, vida, mayor celeridad, paz y tranquilidad; se encuentran por encima del derecho a una pensión digna. A lo cual, se debe agregar el carácter extraordinario que abraza la Ley N° 31017, materia de la presente empresa.

Consecuentemente, la norma legal emitida por el Poder Ejecutivo, no vulnera derecho fundamental alguno, sino que contrariamente, los salvaguarda y efectiviza su realización. En tal sentido, la misma deviene en legal, constitucional, convencional como legítima.

Huelga acotar, que la referida Ley N° 31017, deviene además en acertada, en tanto que, al encontrarse la población en cuarentena, no puede someterse al confinamiento y a que únicamente sobreviva con el exiguo bono dinerario que el gobierno viene entregado. Ello, en tanto que se estaría vulnerando los irrestrictos derechos fundamentales al trabajo, a una remuneración digna, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Ello, en el entendido que el sistema jurídico no solo peruano, debe alinearse de conformidad al espíritu contenido en la Constitución Política, en razón a su naturaleza, esto es, de Estado Constitucional de Derecho. Lo que no obsta que también haga lo propio en los predios de la justeza, como en el presente caso, por ejemplo.

Referencia bibliográfica.-

BERNEDO ALVARADO, Jorge. *Alternativas al drama de los sistemas pensionarios en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: https://www.aele.com/system/files/archivos/analab/0309_AL_4.pdf, Lima, 2003.

DE LA VEGA ZAVALA, Daniel. *La necesaria reforma del sistema previsional en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86445/172-683-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Sevilla, 2018.

MUJICA PETIT, Javier. *Pensionistas y Derechos Humanos. Abriendo surcos en Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12092.pdf>, Lima, 2002.

MORALES SARAVIA, Francisco. *El derecho constitucional a la seguridad social y la necesidad de implementar el sistema*

complementario de pensiones público y privado. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de:

http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/usmp/2184/articulo_5.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Lima, 2016.

ORDINOLA DEDIÓS, José Antonio. *Las pensiones en el marco de la seguridad social en el Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/02/DOCUMENTO-DE-TRABAJO-001-2014-DP-AAE-SEGURIDAD-SOCIAL.pdf>, Lima, 2014.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de pensiones Perú*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.oecd.org/pensions/Estudio-OCDE-Sistema-Pensiones-Peru-Sintesis.pdf>, Berlín, 2019.

S/a. *Gobierno autoriza el retiro de hasta S/ 2.000 del fondo de AFP a trabajadores que no han aportado en los últimos 12 meses*. En línea Recuperado en fecha 15/05/20 de: <https://www.eleconomistaamerica.pe/economia-eAm-peru/noticias/10451795/03/20/Gobierno-autoriza-el-retiro-de-hasta-S-2000-del-fondo-de-AFP.html>, Lima, 2020.