

Proyecto de Ley N°5202...../2020-CR



PROYECTO DE LEY QUE
PROPONE LA LIBRE
DESAFILIACIÓN (AFP) Y QUE
MODIFICA EL ARTÍCULO 5 DEL
TÍTULO II DEL TEXTO ÚNICO
ORDENADO DE LA LEY
SISTEMA PRIVADO DE
PENSIONES.

La Congresista de la República María Céspedes Cárdena, integrante del Grupo Parlamentario del **Frente Popular Agrícola FIA del Perú – FREPAP**, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política y de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

FÓRMULA LEGAL

**PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA LIBRE DESAFILIACIÓN (AFP) Y QUE
MODIFICA EL ARTÍCULO 5 DEL TÍTULO II DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO
DE LA LEY SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES.**

Artículo 1. Modificación normativa

Modifícase el artículo 5 del Título II del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en los siguientes términos:

“TÍTULO II

Desafiliación, traslado y garantía de salvaguardar la voluntad del trabajador respecto de la movilidad de su fondo previsional de un sistema de pensiones a otro.

Artículo 5.- Los afiliados al sistema de pensiones administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) pueden optar por permanecer en él con todos los derechos y beneficios inherentes a dichos regímenes; o incorporarse al SPP.

Los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) pueden trasladarse al Sistema Privado de Pensiones (SPP) y elegir la AFP de su elección, con la consiguiente devolución de sus aportes ajustados con el Índice de Precios al Consumidor –IPC–, más el porcentaje de inflación correspondiente. Dicho fondo deberá ser depositado por la ONP a la cuenta individual de capitalización de la AFP que elija el afiliado, en un plazo no mayor de 30 días desde la presentación de la solicitud de traslado. Por su parte, los afiliados al SPP tienen derecho a desafiliarse de éste, y trasladar los fondos que registra al SNP. La ONP deberá aceptar y notificar al afiliado en el plazo de 30 días contados a partir de la fecha de su solicitud de traslado.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Reglamentación

La presente ley tiene un plazo de treinta días hábiles para su reglamentación correspondiente.

SEGUNDA. Derogación normativa

Deróguese o déjese sin efecto, según el caso, las normas que se opongan a la presente ley.

Lima 14 de mayo 2020



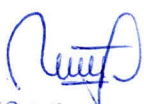
MARÍA TERESA CÉSPEDES CÁRDENAS
Congresista de la República



Alfredo Benítez



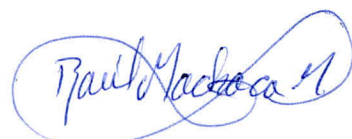
J. del Carmen Nieves



VOCERA ALTERNA
FREPAF



María Cristina Retamozo Lezama



Raúl Machaca Monrreal

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

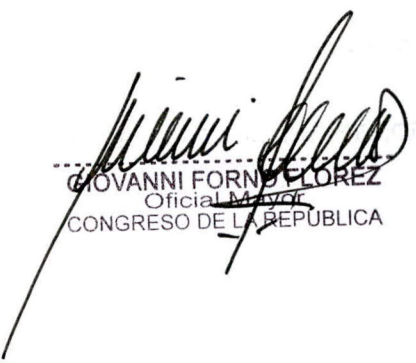


Juan de Dios Huancachupa

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima,19.....de.....MAYO.....del 2020.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 5202 para su
estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de
ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS
E INTELIGENCIA FINANCIERA Y
CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO



GIOVANNI FORNO FLORES
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

I. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

1. Antecedentes generales: el derecho previsional como derecho natural, humano, fundamental y constitucional

Que el Artículo 11° de la Constitución Política al disponer, que "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento"¹, impone una condición jurídica para garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y a las pensiones, como consecuencia de una interpretación complementaria derivada de su naturaleza jurídica, que proviene de un contenido propio del Derecho Natural, de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales que se complementan con los alcances de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú².

En este sentido, la libertad de elección del método de administración de los fondos previsionales (las pensiones) de los trabajadores constituye un referente de vital importancia en un Estado de Derecho, en particular porque se vincula con los contenidos materiales del Artículo 1° de la Constitución Política, resultando idóneo regular un mecanismo normativo que permita la autodeterminación de todo trabajador, para decidir sobre su futuro y el destino de sus fondos con fines previsionales; de modo que exista legitimidad y legalidad para elegir el sistema previsional que su capacidad personal decida, ya que constituye una obligación moral y jurídica que el Estado peruano debe asegurar.

Que, conforme a lo establecido en la 4ª. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos, asistenciales y previsionales, "se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú", sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados internacionales de los que el Perú es parte.

¹ Artículo 11 Constitución Política del Perú

² Caso, Carlos Torres Benvenuto y otros servidores de la Superintendencia de Banca y Seguro c/ Estado peruano, resuelto el 28/02/2003

Que, si se observa bien, los derechos fundamentales serán específicos si están destinados a asegurar una protección puntual (derecho al trabajo, a la previsión, a la seguridad); pero puede tratarse de un derecho genérico (lucha contra la exclusión, en pro de las actividades del solaz y esparcimiento) (1). El registro que tienen los derechos fundamentales, como se ve, son prescriptivos antes que descriptivos, y se encuentran en la cúspide de la normatividad positiva; por lo tanto, son derechos sujetos a tutela, no sólo en el ámbito nacional sino también en el ámbito Convencional (según lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y en el ámbito internacional.³

Que, el derecho previsional es un derecho que implica una naturaleza jurídica que permite detallarla como Derecho Humano y Derecho Fundamental, que está regulado en el ámbito constitucional nacional, y constituye una referencia que implica una condición económica que permite evaluar la condición y calidad de la administración pública respecto de las políticas de atención a su población, en particular a la que se ubicaría en una condición especial a razón de edad (tercera edad), lo cual permite establecer una referencia con un contexto de gestión pública que detalla la evaluación de actos previsibles a nivel macro económico a futuro .

Se puede desprender, que los derechos fundamentales han contribuido a desarrollar el intervencionismo estatal del Derecho Social y de éste a la persona humana en su aspecto profesional y personal, donde la dignidad, su autonomía, libertad, etc. poseen un asunto central en todo debate que tenga que ver con el empleo del poder estatal dentro de cualquier relación que esté vinculada con el trabajo, los derechos que dimanan de él, sobre el principio de no discriminación en la elección a su derecho previsional, en la protección de la seguridad en el trabajo, en la lucha contra la exclusión, del acceso a la justicia, etc.

2. La garantía de que el Estado preserva la libertad de elección del trabajador

Tomando en cuenta el alcance de un Estado de Derecho democrático y social de conformidad al alcance del Artículo 1° de la Constitución, es obligación del Gobierno Nacional y del Congreso de la República ejecutar actos de gestión pública que optimicen la premisa de la *defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado*.⁴

En tal sentido, es necesario tomar en cuenta que los fondos de carácter previsional tienen una multiplicidad de elementos valorativos, como:

³ LYON-CAEN, Antoine, *Droits Fondamentaux et Droit Social*, Dalloz, París, 2005, pp. 3 y 4.

⁴ Artículo 1 Constitución Política del Perú

- a) Constituye un fondo que permitirá atender las necesidades no sólo del trabajador en situación de jubilación sino también de su familia, en una etapa de vida en la cual no podrá ejecutar una labor o actividad de naturaleza económica en forma ordinaria.
- b) Constituye un resultado del trabajo que ejecuta y que la pensión que pudiera corresponderle en el futuro, constituye un elemento teórico y aplicativo autónomo al derecho laboral y por tanto debe ser objeto de tutela por parte del Estado porque constituye una obligación establecer un contexto económico y social estable como también es un derecho de toda persona derivada de su actividad laboral.
- c) Constituye un elemento que está vinculado a la capacidad de autonomía económica, laboral, social y jurídica de toda persona, por cuanto le corresponde evaluar su propio destino de conformidad a su *autonomía de voluntad*, el mismo que al establecerse un marco normativo que genera la *afiliación automática y la regulación de "contratos masa"* generan una condición negativa en la decisión de toda persona, provocando una evaluación que pudiera establecer una limitación prohibida por la legislación nacional que cercena su capacidad de decisión y de autodeterminación.
- d) La regulación de las actividades de naturaleza económica en el país están regulados y determinados por la Constitución y ante esta situación corresponde evaluar la *proporcionalidad* entre una AFP y un trabajador, respecto de la administración, gestión y entrega de fondos previsionales al segundo cuando este cumpla una condición administrativa que determina su estado de jubilación.

Bajo este contenido, la *desproporcionalidad* entre los agentes que ejecutan un acuerdo legal no resulta admisible en un Estado de Derecho por cuanto condiciona y limita la capacidad de decisión de la persona, parámetro que en una Economía Liberal resulta ser contradictoria con la propia regulación de las AFPs que la implementó como una política pública.

Sobre estos alcances, resulta positivo favorecer el desarrollo de una autonomía en la voluntad de todo trabajador el decidir sobre el destino de sus aportes previsionales, conforme a los lineamientos liberales que regularon la Economía Social de Mercado, los cuales la Bancada no comparte pero que expone porque constituye un contrasentido en la fundamentación de la preservación del status quo a pesar de sus deficiencias.

POBLACIÓN PENSIONISTA ADMINISTRADA POR LA OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, SEGÚN FONDO, 2014-2018

Fondo	2014	2015	2016	2017	2018
Total	528 721	542 800	559 250	568 178	581 829
Sistema Nacional de Pensiones - SNP (D.L. N° 19990)	493 635	507 606	523 140	532 298	546 123
Seguro por Accidentes de Trabajo de los Obreros (D.L. N°18846)	20 490	20 458	20 246	20 064	19 832
Pesqueros (Ley N°30003) 1/	7 363	7 584	7 597	7 519	7 387
Fondo de Derechos Adquiridos-FODASA (D.L. N°. 21933, 23370 ó 21952 y 15420) 2/	1 600	1 556	1 479	1 399	1 317
Empresa Nacional de Puertos ENAPU-PUERTOS (D.S. 162-2012-EF) 3/	1 489	1 456	1 394	1 341	1 278
PETROPERU ((D.L. N° 20530)	-	-	969	943	900
Otros Fondos	4 144	4 140	4 425	4 614	4 992

Nota 1: A partir de mayo 2012 la población de pensionistas no incluye pagos por única vez, con información al 31 de diciembre de cada año.

Nota 2: El Fondo previsional es el monto de dinero destinado a garantizar el pago de las pensiones. Los Fondos Consolidados de Reserva Previsional (FCR) que administra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) son i) Fondos Previsionales con Reserva Actuarial, se refiere a los Fondos constituidos con las Reservas Actuariales de las empresas públicas derivadas del proceso de privatización o liquidación, en virtud del artículo 19 del Decreto Legislativo N° 817 ii) Fondo FCR bonos de reconocimiento, iii) Fondo FCR Decreto Ley N° 19990 y iv) Fondos con encargos especiales.

1/ Desde el mes de febrero 2014, la ONP paga a los pensionistas pesqueros.

2/Ex Sistema Asistencial de Estibadores matriculados del puerto del Callao. Pensionistas Complementarios y Pensionistas Excluyentes del Empleador ex Trabajadores Marítimos a que se refiere el Decreto Supremo N° 013-92-TCC.

3/ Desde enero de 2013, la ONP paga las pensiones según D.S. N° 162-2012-EF.

Fuente: Oficina de Normalización Previsional (ONP) - Oficina de Planeamiento, Presupuesto y Evaluación de la Gestión.

3. Nacimiento de los seguros privados

Los seguros nacieron en el Medioevo para fines asistenciales, siendo las guildas y la mutualidad sus mejores representantes que sirvieron a los artesanos de entonces para conjurar los males derivados del trabajo artesanal. Se dice que los fenicios hace más de cuatro mil años conocieron el nauticum faenas, afirmándose, fue la primera expresión aseguradora conocida, por la cual el capitán de navío ante un mar embravecido que pudiera hacer zozobrar la embarcación, tirando por la borda la mercancía llevada en sus bodegas salvaba la nave; empero, un tercero en tierra se encargaba de cubrir el costo del producto echado al mar. Los romanos clásicos conocieron además de esta figura aseguradora, la del fidussio indemnitis y la pecunia trajecticia en que los historiadores ponderan hallar los antecedentes del aseguramiento, pese a que por mucho tiempo fue su gratuidad lo que la identificó.

Con la creación de los bancos se popularizaron los seguros, fenómeno ocurrido en Italia, siendo trascendental y decisivo la creación del seguro marítimo (siglo XIV, Inglaterra) y el seguro de vida (siglo XVI, Inglaterra), permitiendo que los demás seguros fueran apareciendo y vigorizándose hasta exhibir a las actuales

empresas –de seguros–, que son las que más han crecido durante el siglo anterior, reposando su objeto en la parte indemnizatoria y sobre la traslación del riesgo a un tercero, la compañía de seguros, para que las eventuales consecuencias dañinas gravitasen sobre éste, eximiéndolos por eso de cualquier responsabilidad, al dueño de la póliza de seguro.⁵

Bajo este panorama, fueron los seguros privados los que ganaron espacio dentro de este fértil asunto de asegurabilidad, multiplicándose por doquier: seguro de personas, cosas, enfermedad, vida, marítimo, etc., y cada uno de ellos ha tenido su propia evolución, siendo sus principios que los sustentan: indemnización, subrogación, máxima buena fe; pero es la individualidad del proyecto lo que en realidad cuenta. Tardíamente aparece el seguro público que es donde hallamos el seguro social, con sus principios, mencionándose el de solidaridad como el más importante, seguido de una cadena intergeneracional de individuos que lo alimenta y retroalimenta en el tiempo; siendo de importancia suprema la subvención que al respecto hace el Estado, los trabajadores y los empleadores para el logro de sus propósitos; por eso, es obligatorio, y no exige demostrar la víctima la existencia de la contingencia para recibir los beneficios acordados. Si se observa bien, los principios del seguro privado y público son no solo opuestos; son, adicionalmente, irreconciliables, tanto así que siempre han sido tratados, analizados y coberturados de modo diferente.

3. El nacimiento del seguro público

Los seguros de previsión se hicieron necesarios en los dos últimos siglos para guarecer de los malos tiempos a los trabajadores, habiendo cumplido dentro de las empresas un rol que siempre estará en expansión por el universo de personas que ingresan al mundo laboral, casi siempre con mayores remuneraciones, más preparados, etc. En efecto, la manera individual de aseguramiento es importante para quienes poseen grandes recursos, no así para los asalariados a los que el Estado está en su disyuntiva impostergable de proteger. El seguro público, nació en Alemania con Otto Bismarck (1894), auspiciando con él la unificación para su país, al mismo tiempo que frenar la corrupción habida en los seguros privados que uno a uno quebraban de manera fraudulenta para no honrar sus obligaciones, poniéndolo en órbita para proteger a los obreros, acordándoles así un bienestar que el seguro particular jamás lo acordó. De esta manera, al negocio individual que movía hasta entonces los seguros privados se le asentó una institución pública que se levantaba para acordar bienestar y seguridad a la sociedad entera, formada mayoritariamente de trabajadores. Así pues, ante el interés personal del seguro

⁵ <http://www.jusresistentiae.com/pdf/numero-1.pdf>, página 3

particular se colocó la solidaridad social del seguro público; y cada cual desde entonces a la fecha se han mantenido guiados por sus propios derechos, postulados, principios, filosofía, caminando por sendas separadas, ya que el objeto del uno que es el aseguramiento individual, difiere del otro que aspira a la universalidad del aseguramiento⁶.

4. La vuelta del seguro privado a través de la AFP

El retorno de una figura jurídica antigua, como el seguro privado se ha gestado a través de la regulación normativa que viabiliza el sistema previsional privado, a través de la AFP, que representa un hecho histórico de los últimos tiempos.

Sin embargo, este mecanismo de administración de fondos previsionales, ha sido guiado por el carácter individual o privado a favor del "aportante" que en esencia es el trabajador, generándose un sistema de capitalización de recursos económicos individuales aportados al seguro, momento en el que el trabajador podrá verificar el rendimiento de sus aportes y con él saber de qué manera al producirse la jubilación, conocerá el importe mensual que tendrá su pensión. La AFP deja de lado el principio de solidaridad, característico en el ámbito del Derecho Laboral como disciplina jurídica, por la atención de un factor individual personal, y tratándose de un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, forzosamente documental y de buena fe, se ha agregado el de adhesión o de masa, cuyo texto adoptado deja de lado la intervención del Estado, pese a tratarse de un contrato de masa (Artículos 1392° y ss. del CC). De otro lado, sus elementos reales que como seguro tiene son: a) la persona o cosa motivo del seguro; b) el riesgo que se asegura o previene; c) la prima que se abona; d) la cantidad que se percibe en caso de siniestro o de cumplirse el plazo o condición del seguro, su elemento formal que es la póliza de seguro, ley del contrato, y los recibos de la prima, ha sido colocada exclusivamente a lo que acuerde el mercado; o sea, el patrimonio previsional de cada cual está regulado por el mercado. Desde esta perspectiva, el Derecho de las Obligaciones (Artículos 1351° y ss. del C.C.) y el derecho de los de Seguro (Artículos 375° y ss. del Código de Comercio) son los que gobiernan la insolidaridad de las AFP.

Fue el Decreto Legislativo N° 724 del 27 de noviembre de 1991, Ley que crea el Sistema Privado de Pensiones Complementario al Sistema Nacional de Pensiones, a cargo del IPSS, el punto de inicio de la imposición del régimen pensionario privado en nuestro país, dictado en base a facultades especiales

⁶ GGOMEZ VALDEZ, Francisco, Derecho Previsional y de la Seguridad Social, Ed. San Marcos, 1era. Ed. 2012, p. 109 y ss., N° 55 y ss

concedidas por el Poder Legislativo al Ejecutivo, hallándose vigente la Constitución de 1979, que si bien había contemplado la posibilidad de implementar en el medio seguros sociales complementarios (Art. 14°): uno público y otro privado; sin embargo, no prosperó la puesta en órbita de este seguro complementario jubilatorio.

Al no prosperar la glosa legal antes mencionada, sus gestores aprovechando la ruptura del Estado de Derecho de 1992, resultó que los ideales del Decreto Legislativo N° 724 del 27 de noviembre de 1991, que Crea el Sistema Privado de Pensiones Complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del IPSS, fueron remozados por la Ley N° 25897, Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, a cargo de las AFP. La idea germina en Chile (D. L. N° 3500 de noviembre de 1980), donde la seguridad social había tenido un desarrollo inverso al nuestro, ya que en dicho país existían muchas cajas de seguridad social sin considerar las castrenses, cada una sumida a sus propias reglas y condiciones, y dependiendo del objeto social de la empresa donde laboraban sus concernidos y su grupo familiar; por ende, urgía unificarlas o ejercer un replanteamiento para generar una reingeniería en todo el sistema, vía un sistema único, que para la ocasión fue de naturaleza privada, yendo en contra de los regímenes de reparto existente en todas partes del mundo. En nuestro país la unificación de los seguros había sido una obra hecha por el D. L. N° 19990, Ley que aprueba el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

La Ley N° 25897, Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, y sus modificatorias, determinaron refundir todo su legado legal en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Ley que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. El derecho de afiliación lo contempla el Artículo 2°, señalando que "Corresponde a los trabajadores, cualquiera sea la modalidad de trabajo que realicen, afiliarse a las AFP en los términos establecidos por la presente ley y las disposiciones generales que para dicho efecto dicte la Superintendencia de Administración Privada de Fondos de Pensiones (la superintendencia) que, aunque curioso parezca, dejó de cumplir sus funciones. Seguidamente, el Artículo 4° del Texto Único señala, que "La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP. Tal afiliación es voluntaria para todos los trabajadores dependientes e independientes". A su vez, el Artículo 5° del Texto Único consigna, que "Los afiliados a los sistemas de pensiones administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) pueden optar por permanecer en ellos con todos los derechos y beneficios inherentes a dichos regímenes o por incorporarse al SPP". De otro lado, el Artículo 6° del Texto Único dice, que "El trabajador puede

elegir libremente la AFP a la cual desea afiliarse. Asimismo, el afiliado puede cambiar de AFP en el momento que así lo decida. Para dicho efecto, presenta ante la AFP a la que desea trasladarse, la solicitud correspondiente. La Superintendencia establecerá las disposiciones reglamentarias sobre la materia".

**AFILIADOS ACTIVOS AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018,
POR ENTIDAD ADMINISTRADORA, SEGÚN GRUPOS DE EDAD**

Grupos de edad	Total	Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)			
		Hábitat	Integra	Prima	Profuturo
Total	7 018 669	1 076 055	2 010 372	2 137 604	1 794 638
Menos de 21	171 494	37 035	263	134 183	13
De 21 a 25	776 601	408 398	32 076	315 825	20 302
De 26 a 30	994 777	309 450	203 430	329 645	152 252
De 31 a 35	1 007 582	137 652	297 633	314 907	257 390
De 36 a 40	1 013 053	71 232	352 787	282 333	306 701
De 41 a 45	948 913	45 331	350 435	248 581	304 566
De 46 a 50	765 569	27 173	283 039	190 001	265 356
De 51 a 55	563 076	18 173	208 241	135 446	201 216
De 56 a 60	385 518	11 334	142 421	93 389	138 374
De 61 a 65	233 172	6 122	86 247	56 636	84 167
Más de 65	158 914	4 155	53 800	36 658	64 301

Nota: la información corresponde al número de afiliados sin distinción del tipo de Fondo de Pensiones al que pertenecen.

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

5. Países concernidos: sus particularidades

El orbe cuenta con cerca de 200 países y un pequeño número de ellos han adoptado el régimen previsional privada, y algunos que optaron por el sistema ha decidido su reversión (1). Siendo la seguridad social en América Latina grosso modo la misma, por lo tanto, su historia, evolución, involución, etc., poseen aspectos que la identifican, estando su quehacer en permanentemente revisión que casi nunca tiene que ver con su mejora. En efecto, sus problemas centrales son la reducción de los trabajadores estables y mayoritariamente informales, poca cobertura del sistema al universo de individuos, ingresos bajos, malversación de fondos, rentabilidad marginal. Esta realidad es contraria con las normas constitucionales que los países tienen para proteger a su población a través de la seguridad social, instituida por lo demás, en todos los lugares del orbe. Vale decir, el marco legal existe; no así las políticas sociales para articular la seguridad social para todos.⁷

Los países que han incorporado las AFP en su dominio son: Chile (D. L. N° 3500); Argentina lo tuvo (Ley N° 4241), pero rectificó el modelo, disponiendo su restitución al dominio público (Ley N° 26425); Colombia; Uruguay (Ley N° 16713); Brasil;

⁷ OOIIT, Extensión de la Seguridad Social, N° 63, Oficina de Protección Social, 1era. Ed., 2019, in, La Reversión de la privatización de las pensiones. Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa oriental y América Latina. Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Verónika Wodsak, Zhining Yu, p. 8 y ss

Honduras; Panamá; Costa Rica (Ley N° 7983); República Dominicana (Ley N° 87-01); México (L. SAR); El Salvador (D. N° 927) y Perú (D. L. N° 25897).

– Sus particularidades son:

- En Chile y Perú las afiliaciones son sin retorno hacia los existentes SNP, tanto así que los nuevos contratados son obligados a incorporarse al SPP. Es un sistema que, en ambos países, ha zafado la responsabilidad y aportes patronales y estatales para su sostenimiento. En ambos países existe una estrecha vinculación entre las AFP y los banqueros locales, y los trabajadores independientes son marginados. En ambos países las AFP solo velan por la pensión de jubilación, siendo de cargo de una Compañía de Seguro, la pensión de invalidez y sobrevivientes, previo contrato.
- En Argentina, cuando estuvo vigente el sistema, en Colombia y México, la afiliación del asegurado para cualquiera de los regímenes es potestativo.
- En Uruguay es obligatorio afiliarse al SNP –agosto 1995– si el ingreso mensual del servidor no supera los US\$ 770 mensuales. Si es superior a esta cifra, y es inferior a US\$ 2,300, es obligatoria la afiliación.
- En todos los países los costes de administración del SPP son de cuenta y costo de los asegurados, de acuerdo a un porcentaje que oscila de país a país.

6. El caso peruano

El Perú frente a los demás países donde existe una AFP tiene un comportamiento legal discriminatorio, ya que mientras los afiliados a una AFP pueden entre ellas mutar; y los afiliados a la ONP pasar a una AFP; sin embargo, el camino inverso es imposible ejecutar; o sea, quien está afiliado a una AFP no puede trasladar sus aportes para que el SNP se los administre, aspecto dañino que la presente ley trata de eliminar.

AFILIADOS ACTIVOS AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018, AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES POR SEXO, SEGÚN GRUPOS DE EDAD

Grupos de edad	Total	Masculino	Femenino
Total	7 018 669	4 285 133	2 733 536

Menos de 21	171 494	99 203	72 291
De 21 a 25	776 601	432 256	344 345
De 26 a 30	994 777	562 506	432 271
De 31 a 35	1 007 582	595 702	411 880
De 36 a 40	1 013 053	610 049	403 004
De 41 a 45	948 913	586 556	362 357
De 46 a 50	765 569	482 809	282 760
De 51 a 55	563 076	368 383	194 693
De 56 a 60	385 518	262 720	122 798
De 61 a 65	233 172	165 915	67 257
Más de 65	158 914	119 034	39 880

Nota: la información corresponde al número de afiliados sin distinción del tipo de Fondo de Pensiones al que pertenecen.

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

7. Las trabas legales para justificar la desafiliación de la AFP y el retorno a la ONP

Desde el inicio del reinado de las AFP a la fecha, los trabajadores han verificado el sinnúmero de trabas que han tenido para desafiliarse de la AFP a la que volitivamente se habían adherido en algunos casos; pero en otros dicha incorporar se había ejecutado en burla de la ley, ya que los promotores-AFP con el afán de tener más afiliados se las arreglaron para desafiliar a los del SNP utilizando los más inenarrables mecanismos, muchos de ellos reñidos con la ley y las buenas costumbres. La Resolución N° 044-94- EF/SAFP fue la primera disposición administrativa que atajó tamañas nulidades que se presentaban alrededor de las afiliaciones empleando una propaganda publicitaria engañosa. Bien que las nulidades de estas afiliaciones eran graves, ya que en algunas de ellas hasta se había falsificado la firma del afiliado, no por ello éste podía realizar el retorno inverso para volver al SNP.

Por Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, se ha dispuesto la desafiliación de la AFP para pasar a una ONP, colocándose como condición que la afiliación se haya hecho antes del 31 de diciembre de 1995, siempre que a esa fecha el afiliado contaba con los requisitos para jubilarse en el SNP –edad y cotizaciones de 20 años-. Un verdadero imposible jurídico, cuanto más que todo un procedimiento farragoso administrativo debía llevarse a cabo.

Fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin duda, la que dio la voz de alerta de este sistema pretoriano y discriminatorio de entender el derecho jubilatorio en un país, cuando a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0011-2002-AI/TC (Fundamento, N° 14) aclaró la malhadada manera legislativa de entender la libertad en un Estado de derecho la mal denominada "libre afiliación", puesto que esgrimió el criterio de que "la Seguridad Social (...) es un sistema institucionalizado de

prestaciones individualizadas, basado en la prevención de los riesgos y la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad". Son varias las lecturas que podemos adoptar de la letra de esta jurisprudencia de especie: institucionaliza el sistema previsional, por lo tanto, está alejado de ser tratado como un asunto perteneciente exclusivamente a las AFP; individualiza el derecho y permite que cada cual vea qué es lo que mejor se favorece con su situación personal; tratándose de riesgos, los cubiertos por los sistemas previsionales, los que están asociados a una redistribución de los recursos allí acopiados, es la persona y no la entidad previsional la que deberá protegerse. En fin, se pone énfasis al proyecto de vida de la comunidad, esto es, al bienestar de lo general y no de lo particular que es lo que han apostado, desde sus inicios, las AFP en su proyecto. De una manera directa, se ponía en entredicho la férrea manera que se tenía hasta entonces para entender la libertad de afiliación previsional impuesta por la dictadura anterior.

La STC, Exp. N° 2186-2002-AA/TC (Fundamento N.° 4) hizo un alcance mucho más prolijo y estableció que "la pensión de jubilación constituye una de las prestaciones sociales básicas que goza de jerarquía constitucional, por lo que no puede ser desconocida por la Autoridad, toda vez, que los derechos constitucionales deben orientar la actuación de los poderes públicos, a tenor del art. 44° de la Constitución que prescribe que es deber primordial del Estado garantizar la vigencia de los Derechos Humanos". Con esta jurisprudencia vinculante, se remarca que las prestaciones sociales poseen connotación constitucional; que las mismas se aplican sin condiciones a las entidades administrativas; que estamos ante derechos humanos que se imponen y reclaman su espacio en un estado de derecho.

8. Proscripción de entabrar la libre desafiliación del SPP para pasar a la ONP

Que, la libre desafiliación es un derecho Constitucional y fundamental que, propuesto por la presente Ley, trae consigo no entabrar este derecho bajo sanciones administrativas, civiles y penales que regulará el Reglamento.

Finalmente, es importante precisar que, en legislaturas anteriores, así como en la presente legislatura, se han presentado diferentes iniciativas legislativas referidas a la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (AFP, por lo que consideramos que es necesario su debate y aprobación.

II. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa guarda relación con la política 13 del Acuerdo Nacional "Acceso Universal a los Servicios de Salud y Seguridad Social".

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Sobre la Constitución Política

La propuesta normativa no colisiona con lo establecido en el Artículo 11° de la Constitución Política, en razón a que esta ha establecido como derecho fundamental poseer la pensión de jubilación que sea anhelada por el propio trabajador. Por lo tanto, la legislación no puede optar por una regulación pretoriana como la que trajo consigo la teoría del no retorno o de no traspaso del afiliado de la ONP para acudir a la AFP; pero que, a su vez, no exista la norma que permita volver al SNP.

2. Sobre Tratados internacionales

La norma tal como está regulada y vigente trasgrede el principio de no discriminación recogido por el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptado por el Asamblea General e las Naciones Unidas, del 21/12/1965, disponiendo su art. 2°, que los Estados miembros llevarán a cabo para eliminar toda forma de discriminación racial, y para tal fin se interiorizan a acordar los siguientes derechos: a) tratamiento igual en los tribunales y demás órganos administrativos; ix) e) acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.

La propuesta se encuentra dentro del marco de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo.

3. Sobre la legislación nacional

La iniciativa legislativa propone modificar el Artículo 5° del Título II del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

III. ANÁLISIS COSTO –BENEFICIO (cualitativo)

1. Identificación de grupos de interés o actores

- a) Los trabajadores

- b) Los empleadores
- c) Las instituciones de Seguridad Social y previsionales
- d) La sociedad peruana

2. Impactos positivos y negativos por actor

La sociedad peruana	
BENEFICIO	COSTO
La población verá que no solo se favorecer a las AFP en detrimento del SNP. Habrá una mayor gerencia en la administración de los fondos previsionales.	Ninguno

Los trabajadores	
BENEFICIO	COSTO
Permitirá acceder al régimen de pensiones que mejor se adecúe a sus necesidades.	Ninguno.

Los empleadores	
BENEFICIO	COSTO
El personal de su organización tendrá menos preocupación sobre el derecho pensionario al que con su patrimonio descontado de sus remuneraciones, se le acordará la pensión de jubilación.	Ninguno

3.

Conclusión del análisis

La propuesta es razonablemente positiva para los trabajadores y para la sociedad y no genera perjuicios a las instituciones de previsión social.