Proyecto de Ley N°...6535/2023-CR

GERMAN ADOLFO TACURI VALDIVIA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

"Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
28 NOV. 2023
RECIBIDO
Firma: Hora: 11:25

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL RETIRO DEL FONDO DE PENSIONES EN CASOS DE ENFERMEDAD TERMINAL O CÁNCER Y DE FALTA DE COBERTURA DEL SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA.

El Grupo Parlamentario **Bancada Magisterial de Concertación Nacional,** a iniciativa del Congresista de la República **GERMÁN ADOLFO TACURI VALDIVIA**, en el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República del Perú, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

FORMULALEGAL

LEY QUE ESTABLECE EL RETIRO DEL FONDO DE PENSIONES EN CASOS DE ENFERMEDAD TERMINAL O CÁNCER Y DE FALTA DE COBERTURA DEL SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA

Artículo1.Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto establecer disposiciones para regular el retiro del fondo pensionario en casos de enfermedad terminal o cáncer, y en las situaciones en las que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o sus sobrevivientes con derecho a la pensión de invalidez o sobrevivencia, no cuenten con cobertura del seguro.

Artículo 2. Retiro de fondos en caso de afiliados al SPP o sus sobrevivientes no cuenten con cobertura al seguro de invalidez y sobrevivencia

Los afiliados al Sistema Privado de Pensiones o sus sobrevivientes que, conforme a las normas emitidas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), tengan derecho a la pensión de sobrevivencia o hayan sido declarados en situación de invalidez, pero no tengan cobertura del seguro, podrán retirar en una sola armada el 95.5% del saldo de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) bajo las condiciones que establezca la SBS, en caso de que el saldo de la CIC genere una pensión inferior a los porcentajes establecidos en el artículo 113 del Decreto Supremo 004-98- EF[1], respecto de la remuneración Mínima Vital vigente en cada oportunidad.

---

[1] Articulo113.- Para el cálculo del capital requerido para las pensiones de invalidez y sobrevivencia se asumirá la modalidad de Renta Vitalicia, considerando los siguientes porcentajes de la remuneración mensual:

a) Setenta por ciento(70%) para el afiliado invalido total;
b) Cincuenta por ciento (50%) para el afiliado invalido parcial;
c) Cuarenta y dos por ciento (42%) para el cónyuge o concubino sin hijos a los que se refiere el literal e) siguiente;
d) Treinta y cinco por ciento (35%) para el cónyuge o concubino con hijos a los que se refiere el literal e)siguiente;
e) Catorce por ciento (14%) para los hijos menores de dieciocho (18) años y mayores de dieciocho (18) años que sigan en forma ininterrumpida y satisfactoria estudios del nivel básico o superior de educación, dentro del periodo regular lectivo, los cuales no incluyen los estudios de postgrado, la segunda profesión ni la segunda carrera técnica, y de conformidad al procedimiento y condiciones que, sobre el particular, establezca la Superintendencia. Asimismo, a los hijos mayores de dieciocho (18) años incapacitados de manera total y permanente para el trabajo, de acuerdo al dictamen del comité médico competente, conforme a lo previsto en el Capítulo IV del presente título;

De no existir cónyuge o concubino con derecho a pensión, el porcentaje de la remuneración a que se refiere el literal c) se asignara como pensión en caso quedase un (1) solo hijo como beneficiario, aun existiendo padres. De haber dos (2) o más hijos con derecho a pensión, la pensión conjunta se incrementara en catorce (14) puntos porcentuales sobre el porcentaje referido en el literal c), tantas veces como hijos hubiese, distribuyéndose en partes iguales;

a) Catorce por ciento (14%) tanto para el padre como la madre, siempre que cumplan con alguno de los requisitos siguientes:

i) Que sean inválidos total o parcialmente, a juicio del comité médico competente, conforme a lo previsto en el Capítulo IV del presente Titulo; o,
ii) Que tengan sesenta (60) o más años de edad el padre y cincuenta y cinco (55) o más años de edad la madre, y que hayan dependido económicamente del causante, de acuerdo a las exigencias que para ello establezca la Superintendencia.

El monto de las pensiones a otorgar al conjunto de beneficiarios en ningún caso podrá exceder de un porcentaje máximo sobre la remuneración mensual del causante que determinara la Superintendencia, en función a los estudios técnicos pertinentes basados en la evidencia de afiliados siniestrados.

El monto equivalente al 4.5% restante de la CIC de aportes obligatorios, deberá ser retenido y transferido por la AFP directamente a EsSalud para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo de la seguridad social en salud señalado en la Ley 26790, sin perjuicio que el afiliado opte por el retiro señalado en esta ley.

Artículo 3. Devolución de aportes en casos de enfermedad terminal o cáncer.

El afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer podrá solicitar la devolución de hasta el cincuenta por ciento (50%) de sus aportes, incluyendo su rentabilidad, de acuerdo con las normas reglamentarias que emita la SBS.

Artículo 4. Modificación del artículo 42-A al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF.

Modifíquese el artículo 42-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, con el siguiente texto:

"Jubilación anticipada y devolución de aportes por enfermedad terminal

Artículo 42-A.-*Procede también la jubilación anticipada y devolución de aportes por enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer.*

Procede también la jubilación anticipada cuando el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que reduzca su expectativa de vida, debidamente declarada par el comité médico evaluador calificado por la SBS, no obstante no reúna los requisitos señalados en el artículo 42 de la presente Ley y siempre y cuando no pueda acceder a una pensión de invalidez.

El afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que solicite pensión por invalidez o por jubilación anticipada a la que se refiere el párrafo precedente, podrá solicitar adicionalmente la devolución de hasta el cincuenta por ciento (50%) de sus aportes, incluyendo su rentabilidad. En este último caso la cotización de su pensión se efectuará considerando el retiro de las aportes antes referidos".

ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Encárguese a La Superintendencia de Banca y Seguros emitir las disposiciones reglamentarias, que permitan la aplicación de la presente Ley, en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles a partir de su publicación.

Lima, 13 de noviembre del 2023

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MEDINA HERMOSILLA Elizabeth Sara FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/11/2023 16:10:38-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: TACURI VALDIVIA German Adolfo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/11/2023 13:14:36-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MEDINA HERMOSILLA Elizabeth Sara FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/11/2023 16:10:46-0500

Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICONA Paul
Silvio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2023 17:29:39-0500

Firmado digitalmente por:
VASQUEZ VELA Lucinda FAU
20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 27/11/2023 14:19:11-0500

Firmado digitalmente por:
PAREDES GONZALES Alex
Antonio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 27/11/2023 14:56:51-0500

Firmado digitalmente por:
QUIROZ BARBOZA Segundo
Teodomiro FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 24/11/2023 16:52:27-0500

Firmado digitalmente por:
TELLO MONTES Nivardo
Edgar FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 27/11/2023 12:00:49-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **29** de **noviembre** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **6535/2023-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA.**

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

El presente Proyecto de Ley busca establecer el retiro del fondo de pensiones en casos de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer a falta de cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia. Solo serán objetos de la presente Ley los afiliados al Sistema Privado de Pensiones o sus sobrevivientes con derecho a la pensión de invalidez o sobrevivencia, puesto que en este sistema los contribuyentes son dueños de sus fondos, al contrario de la ONP, donde el sistema es de tipo solidario y no existen fondos personales, siendo incluso la recaudación insuficiente y viéndose el Estado en la obligación de destinar recursos para el pago de las pensiones de la ONP, habiéndose otorgado el año 2022 S/. 1.2 mil millones[2].

El artículo 10 de la Constitución Política establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. En ese sentido, el artículo 11 de la Constitución señala que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, respecto de las cuales este supervisa su eficaz funcionamiento. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el Expediente **N°** 50-2004-AI/TC[3] (acumulados) ha señalado que

> *"la seguridad social(...)* Se *concreta en un complejo normativo estructurado – por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'."*

En la misma línea, los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[4] señalan que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. De esta manera, se consagran los principios y las características esenciales de los regímenes de la seguridad social como son la universalidad, la solidaridad y la progresividad.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC[5]- reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. En efecto, la Observación General N°19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales- DESC-, sobre el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 9 del PIDESC, respecto a su extensión objetiva señala lo siguiente:

> *"El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación,*

---

[2] Ministerio de Economía y Finanzas, Nuevo Sistema Previsional Peruano, Octubre 2023
[3] https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf
[4] https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights
[5] https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights

con el fin de obtener protección, en particular contra: a) La falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) Gastos excesivos de atención de salud;
c) Apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales - DESC el derecho a la seguridad social está conformado par los siguientes elementos:

1) Disponibilidad: que implica el establecimiento y funcionamiento de un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales.
2) Riesgos e imprevistos sociales: que implica que el sistema de seguridad social debe abarcar riesgos tales coma la vejez, el desempleo, la viudez, la invalidez, etc.
3) Nivel suficiente: que implica que las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración. Así, cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación.
4) Accesibilidad: Este elemento está relacionado, entre otros aspectos, a lo siguiente:

   a) Cobertura: Por la cual todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados.
   b) Condiciones: Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes.

De lo expuesto, se puede concluir que es un deber constitucional del Estado Peruano garantizar el acceso a una pensión que cubra contingencias asociadas a la ausencia de ingresos como consecuencia de vejez, fallecimiento e invalidez a fin de garantizar un nivel de vida adecuado, a través del otorgamiento de prestaciones que sean suficientes en importe y duración. A su vez, el otorgamiento de estas prestaciones debe estar asociado al establecimiento de condiciones y requisitos razonables.

1. Prestaciones de invalidez y sobrevivencia en el Sistema Privado de Pensiones sin cobertura

En lo que respecta a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, estos son administrados por empresas de seguros, tal como lo señala el artículo 51 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 54-97-EF[6].

Las pensiones de invalidez y sobrevivencia se determinan en función al capital para pensión correspondiente, que está constituido por el saldo en la Cuenta Individual de Capitalización, deducidos los montos correspondientes a los aportes voluntarios sin fin previsional, más el producto de la redención del Bono de Reconocimiento, en su caso, así como el aporte adicional de la Empresa de Seguros necesario para alcanzar el capital requerido que permita el pago de las pensiones respectivas, según corresponda

Tienen derecho a la cobertura del seguro aquellos afiliados que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

[6]https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0A15A65574756F105257D33005844F9/$FILE/Decreto_Supremo_054-97-EF.pdf

a) Afiliados que, desde su incorporación al Sistema Privado de Pensiones hasta el momento en que el periodo de afiliación no sea mayor al de dos (2) meses contados a partir del mes de vencimiento del pago de su primer aporte.
b) Afiliados que cuenten con cuatro (4) aportaciones mensuales en la AFP en el curso de los ocho (8) meses calendario anteriores al mes correspondiente a la fecha de ocurrencia del siniestro.

A la fecha, aproximadamente el 33%[7] de las solicitudes de pensión de invalidez o sobrevivencia no tienen cobertura y, en la medida que dichas pensiones se determinan sobre la base del saldo de la Cuenta Individual de Capitalización, los afiliados que no cuentan con cobertura del seguro obtienen pensiones ínfimas, sin que tengan la posibilidad legal de retirar el saldo de la Cuenta Individual de Capitalización.

Por tanto, resulta necesario establecer las disposiciones legales que permitan a los beneficiarios de una pensión de invalidez o sobrevivencia, sin derecho a cobertura, retirar el saldo de la Cuenta Individual de Capitalización, sin que pierdan la cobertura al seguro de salud a cargo de EsSalud.

2. Retiro de aportes en caso de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer.

El artículo 7 de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, la de su medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados Parte deben adoptar medidas necesarias para crear condiciones que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por otro lado, el artículo 12 de la Constitución Política del Perú señala que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles; por lo que, no pueden ser objeto de actos de libre disposición característicos del derecho a la propiedad, aun cuando los aportes destinados a la Cuenta Individual de Capitalización formen parte del patrimonio del afiliado (Sentencia 50- 2004-AI/TC)[8].No obstante, el Tribunal Constitucional también ha indicado que la intangibilidad de los fondos destinados a la seguridad social a la que hace referencia el artículo 12 de la Constitución, se explica en el contexto del mal uso que se hizo de los fondos previsionales del sistema público por parte del Estado en gobiernos pasados, para fines muy distintos a los que estaban destinados. De esta manera, los fondos del Sistema Privado de Pensiones son intangibles frente a intervenciones arbitrarias del Estado, por constituir patrimonio de los afiliados protegido por la garantía de la inviolabilidad del derecho a la propiedad (Sentencia 20-2021- AI/TC)[9].

Ahora bien, ningún derecho fundamental, incluido el derecho a la pensión, es absoluto. En el desarrollo histórico de los derechos fundamentales se han generado diversos conflictos jurídicos que ocasionaron la necesidad de establecer disposiciones legales para hacer frente a una situación específica de conflicto de derechos. En ese contexto, cualquier nueva disposición normativa debe respetar siempre el contenido esencial del derecho fundamental, de tal manera que cualquier modificación que incida en su goce efectivo no disminuya o suprima el ejercicio de dicho derecho fundamental, aun cuando lo limite por entrar en

[7] Acuerdos para encarar una reforma integral del sistema de pensiones.
[8] https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf
[9] https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00020-2021-AI.pdf

conflicto con otro derecho. Además, desde el Tribunal Constitucional ya se ha señalado que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, que es la que legitima y delimita el poder público (Sentencia 50-2004-AI/TC).

En ese contexto, mediante Ley 30425[10], "Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada", se incorporó el artículo 42-A al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF, señalando lo siguiente:

> ***"Artículo 42-A.- Procede también la jubilación anticipada y devolución de aportes por enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer.***
>
> *Procede también la jubilación anticipada cuando el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que reduzca su expectativa de vida, debidamente declarada por el comité médico evaluador calificado por la SBS, no obstante, no reúna los requisitos señalados en el artículo 42 de la presente Ley y siempre y cuando no pueda acceder a una pensión de invalidez.*
>
> *En caso de que el afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que solicite pensión por invalidez o por jubilación anticipada a que se refiere el párrafo precedente, no cuente con beneficiarios de pensión de sobrevivencia, podrá solicitar adicionalmente la devolución de hasta el cincuenta por ciento (50%) de sus aportes, incluyendo su rentabilidad. En este último caso la cotización de su pensión se efectuará considerando el retiro de los aportes antes referidos".*

Como se puede observar, la regulación actual establece la posibilidad de que solo el afiliado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que solicite pensión por invalidez o jubilación anticipada "y que no cuente con beneficiarios de pensión de sobrevivencia" podrá retirar hasta el 50% de sus aportes, incluyendo su rentabilidad, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

Es importante recordar que, el principio-derecho a la igualdad regulado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución exige que dos personas que se encuentren en una misma condición sean tratadas de igual modo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"{...] La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual:"(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.*

[10] https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1039353/30425.pdf?v=1595862508

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley ***La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma****: mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.*

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales: ***la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.*** *La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual: por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables."(STC 00009-2007-P/TC, fundamento 20).*

La modificación al artículo 42-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones[11], aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF,realizada mediante la Ley 30425 regula la posibilidad de retirar hasta el 50% del fondo pensionario únicamente cuando el afiliado con enfermedad terminal o diagnóstico no tiene beneficiarios, ocasionando que aquellos que se encuentren con los mismos diagnósticos no puedan acceder al mismo beneficio solo por contar con beneficiarios.

Si bien podría considerarse que el trato diferenciado tiene como sustento la protección del futuro derecho a la pensión del beneficiario, es importante analizar jurídicamente si la condición de no contar con un beneficiario constituye un motivo objetivo y razonable que sustente dicho trato diferenciado.

Es evidente que, cuando se exige el requisito de no contar con beneficiarios para el retiro de hasta el 50% del fondo pensionario por parte de los afiliados diagnosticados con cáncer o enfermedad profesional, se busca proteger el derecho a la pensión de sobrevivencia del beneficiario, que se generaría tras el fallecimiento del afiliado. Es decir, se presenta un conflicto entre:

(i) El derecho del afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal a hacer uso de su fondo pensionario, hasta por el 50%, para hacer frente a su enfermedad o recibir tratamientos paliativos, lo que le permitirá tener un mejor acceso al derecho a la salud y, por ende, preservar su vida y dignidad; y,

(ii) El derecho del beneficiario de ese mismo afiliado a obtener una pensión de sobrevivencia tras el eventual fallecimiento del afiliado.

En ese sentido, entran en conflicto los derechos constitucionales a la salud, a la vida y a la dignidad del afiliado, en contraposición al derecho a la pensión del beneficiario.

Como ya se ha indicado, ningún derecho fundamental es absoluto, debiendo aplicarse el

[11] https://www.sbs.gob.pe/portals/0/jer/leyes_spp/tuo_ley_spp_01-01-2019.pdf

Test de Proporcionalidad, mediante el cual

> *"se controla, en primer lugar, si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación; en segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación y, finalmente, se determina si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad". (Exp. 1277-2003- HCITC).*

Por tanto, corresponde aplicar el Test de Proporcionalidad aplicando, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad. El juicio de idoneidad supone analizar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. Superado dicho juicio, se debe analizar si la medida restrictiva es necesaria, para lo cual debemos preguntarnos si existían otras medidas alternativas que el legislador pudo haber adoptado para alcanzar el mismo fin. Finalmente, debe realizarse el análisis de la ponderación, que implica considerar que mientras más se afecta un principio, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Por lo cual, conviene realizar el Test de Proporcionalidad en este caso:

a. Análisis de idoneidad: Consignar coma condición para el retiro de fondos pensionarios de un afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal que no cuente con beneficiarios constituye un requisito adecuado para lograr el objetivo de proteger el futuro derecho a la pensión de su beneficiario.

b. Análisis de necesidad: Dado que se busca proteger la futura pensión del beneficiario del afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal, preliminarmente podría pensarse que el requisito de no contar con beneficiarios salvaguarda el derecho a la pensión de sobrevivencia en caso el beneficiario existiera. Por tanto, podría señalarse que la condición de no contar con beneficiarios para optar por el retiro de hasta el 50% del fondo es un requisito necesario y eficaz para proteger el futuro derecho a la pensión de sobrevivencia del beneficiario cuando este sí exista.

c. Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto: Habiendo superado los dos subprincipios, el de idoneidad y el de, necesidad, corresponde recurrir al test de proporcionalidad, que consiste en establecer el peso o importancia de los derechos fundamentales en conflicto. Esta ponderación debe realizarse contrastando los grados o intensidades de la afectación en el ámbito del derecho, las cuales pueden ser catalogadas como grave, media o leve.

   Para otorgar un grado o intensidad de afectación a los derechos fundamentales del afiliado, es importante tener en cuenta que el retiro de fondos de hasta el 50% en el caso de un afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad profesional es una situación excepcional que busca salvaguardar su integridad, permitiéndole disponer del 50% del dinero acumulado por el mismo durante toda su vida laboral, con la finalidad de recibir el tratamiento necesario para afrontar una situación tan grave coma es la de ser diagnosticado con cáncer o enfermedad terminal. El retiro del 50% del fondo pensionario permite preservar la salud, vida y dignidad del afiliado, siendo que la dignidad y vida de toda persona constituye el fin máximo de la sociedad y el Estado. Por tanto, impedir

que el afiliado con beneficiarios pueda retirar hasta el 50% de su fondo pensionario, a pesar de contar con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal, constituye una afectación grave a sus derechos fundamentales, sobre todo si consideramos que aun cuando el afiliado no ostenta la "propiedad" del fondo pensionario (pues no tiene un derecho real sobre el mismo) sí es titular del patrimonio que conforma su fondo pensionario (Exp. 050-2004- AI/TC).

De otro lado, el grado de satisfacción del derecho del beneficiario del afiliado diagnosticado con cáncer o enfermedad terminal es de escala media. Dotar de mayor importancia a la satisfacción del derecho a la pensión futura del beneficiario implicaría menospreciar la vida del afiliado, su salud y dignidad, lo cual atenta gravemente contra sus derechos fundamentales.

Por tanto, el requisito de no contar con beneficiarios para permitir el retiro de hasta el 50% del fondo pensionario del afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal no supera el análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto; y, por tanto, no se ha superado el Test de Proporcionalidad.

Dicho ello, es claro entonces que el requisito de no contar con beneficiarios, a fin de que el afiliado con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal pueda retirar hasta el 50% de su fondo pensionario no resulta ser un motivo objetivo ni razonable, pues afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado. Por tanto, la modificación al artículo 42-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF[12], realizada mediante la Ley 30425, incurre en un trato desigual que carece de sustento constitucional, atentando contra el derecho a la igualdad en su faceta de "igualdad ante la ley", dado que no se aplica una misma consecuencia jurídica (posibilidad de retiro de los fondos hasta por el 50%) a un mismo supuesto de hecho (que el afiliado tenga diagnóstico de enfermedad terminal o cáncer).

Además, es pertinente aclarar que, es obligación del Estado garantizar la vida y salud del afiliado en un contexto excepcional de diagnóstico de enfermedad terminal o cáncer por encima de una eventual y futura pensión de sobrevivencia de sus beneficiarios, dado que la vida de la persona y el respeto de su dignidad son la base del derecho a la pensión y el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Agregamos que la limitación al derecho a la pensión de sobrevivientes de los familiares o-beneficiarios con diagnóstico de cáncer o enfermedad terminal no afecta el derecho a la pensión ni el contenido de la intangibilidad del fondo pensionario, pues no se está generando una intervención arbitraria por parte del Estado en el uso del fondo pensionario y, por el contrario, la posibilidad de retiro del 50% del fondo pensionario persigue un fin superior, que es garantizar el acceso al derecho a la salud, así como el derecho a la vida y a una vida digna.

En conclusión, en atención al principio -derecho de igualdad ante la ley regulado en el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Perú, resulta necesario modificar el artículo 42-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF, con la finalidad de que el afiliado declarado con enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que cuenta con

[12]https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0A15A65574756F105257D33005844F9/$FILE/Decreto_Supremo_054-97-EF.pdf

beneficiarios a una pensión de sobrevivencia pueda acceder al retiro de hasta el 50% de sus aportes, incluyendo su rentabilidad, en igual condiciones que un afiliado que no cuenta con beneficiarios de una pensión de sobrevivencia, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la salud, a la vida y a la dignidad humana, que son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa no contraviene o transgrede ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico y se enmarca dentro de los alcances de la Constitución Política del Perú, tiene por objeto dictar medidas asociadas al retiro de aportes previsionales en el marco del Sistema Privado de Pensiones en supuestos excepcionales, con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad, el derecho a la salud y a una vida digna durante el tratamiento de la enfermedad de cáncer o diagnóstico de enfermedad terminal.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

El presente Proyecto de Ley no irroga gastos para el Estado ni representa un perjuicio para los ciudadanos. Por el contrario, genera beneficios a los afiliados que no tengan derecho a la cobertura del seguro previsional, así como a aquellos que sean declarados con enfermedad de cáncer o diagnostico terminal con la finalidad de gozar de una vida digna.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL.

El presente Proyecto de Ley tiene relación con las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional y la Agenda Legislativa 2023-2024:

Política de Estado N°13; "Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad Social". En particular, con la adopción de medidas legales para garantizar que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones puedan gozar de los beneficios que otorga el sistema sobre la base del principio de igualdad, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso 02-2022-2023-CR.

Asimismo, el presente Proyecto de Ley se enmarca en el Objetivo II., sobre equidad y justicia social en lo referente al acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social de la Agenda Legislativa 2023-2024.

Política de Estado Nº 16; "Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud", la cual indica en su objetivo d) garantizar el acceso de las niños y adolescentes a una educación y salud integrales. Al asegurar una pensión a sus derechohabientes, los cuales podrían ser niños, adolescentes o jóvenes en edad universitaria, la presente propuesta legislativa, busca a su vez la protección de los mismos.