PL 1260/2021-CR
Y OTROS

- ECONOMÍA ...
- TRABAJO ....

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
30 ENE. 2023
RECIBIDO
Firma _____ Hora 8:56 PM

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

OFICIO Nº 025 -2023 –PR

Lima, 30 de enero de 2023

Señor
JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que actualiza el bono de reconocimiento a los aportantes y exaportantes de la ONP. Al respecto consideramos conveniente observarla por lo siguiente[1]:

De la Autógrafa de Ley

1. La Autógrafa de Ley presenta la siguiente fórmula legal:

"LEY QUE ACTUALIZA EL BONO DE RECONOCIMIENTO A LOS APORTANTES Y EXAPORTANTES DE LA ONP

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto actualizar el Bono de Reconocimiento y modificar el artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, según la numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 054-97-EF.

Artículo 2. Asignación del Bono de Reconocimiento
Tienen derecho a recibir el Bono de Reconocimiento, por los aportes realizados, los afiliados y exafiliados al Sistema Nacional de Pensiones que se trasladaron o se trasladen al Sistema Privado de Pensiones. El mencionado bono se deposita de oficio en la cuenta individual de capitalización (CIC).

Asimismo, el artículo 3 de la Autógrafa de Ley modifica el artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, según la numeración de su Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, en los siguientes términos:

Decreto Ley 25897	Autógrafa de Ley
Bonos de Reconocimiento. Transferencia. Garantía Artículo 11.- Los "Bonos de Reconocimiento" pueden ser transferidos por endoso. El endoso del primer titular sólo puede hacerse a Título oneroso y a cambio de dinero, el que debe ser íntegramente abonado en la Cuenta Individual de Capitalización del primer titular a que se refiere el Artículo 19 de la presente Ley. Tal transferencia debe ser necesariamente efectuada a través de la AFP en la que está afiliado el trabajador. La AFP está impedida de recibir retribución por dicho servicio. Los "Bonos de Reconocimiento" no pueden ser dado garantía por el titular original.	Bonos de Reconocimiento. Transferencia. Garantía Artículo 1<u>2</u>.- Los Bonos de Reconocimiento pueden ser transferidos por endoso. El endoso del primer titular sólo puede hacerse a título oneroso y a cambio de dinero, el que debe ser íntegramente abonado en la cuenta individual de capitalización del primer titular a que se refiere el artículo 19 de la presente ley. Tal transferencia debe ser necesariamente efectuada a través de la AFP en la que está afiliado el trabajador. La AFP está impedida de recibir retribución por dicho servicio. Los Bonos de Reconocimiento no pueden ser dado<u>s</u> garantía por el titular original. Los Bonos de

[1] Sobre la base del Informe N° 0010-2023-EF/53.05, Informe N° 0043-2023-MTPE/4/8 y el Informe N° 11-2023-JUS/GA.

Los "Bonos de Reconocimiento" tienen un valor nominal **máximo de S/ 60 000,00** actualizado conforme a los Indices de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya. **La base del índice es la del mes de diciembre de 1992.** La fecha a partir de la cual pueden efectuarse las transferencias a que se refiere el presente artículo, es fijada por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.	Reconocimiento tienen **el** valor nominal, actualizado conforme a los Índices de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya. La fecha a partir de la cual pueden efectuarse las transferencias a que se refiere el presente artículo es fijada por decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas.

Finalmente, la Autógrafa de Ley prevé las siguientes Disposiciones:

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. *La Oficina de Normalización Previsional (ONP) emite de oficio, de manera semestral, el listado de aportantes que tienen derecho al Bono de Reconocimiento y lo comunica a las AFP para que se realicen los trámites correspondientes.*

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. *El Poder Ejecutivo mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, en un plazo no mayor de 12 meses de publicada la presente ley, emite el Bono de Reconocimiento para los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones que opten por incorporarse al Sistema Privado de Pensiones desde 2002 en adelante, facultándosele a establecer los requisitos y condiciones para acceder a este beneficio.*

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. *Quedan modificadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley.*

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. *Quedan derogadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley."*

Observaciones a la Autógrafa de Ley

2. Al respecto debemos señalar lo siguiente:

EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP) – DECRETO LEY Nº 25897

En el año 1992, mediante el Decreto Ley Nº 25897, se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) que tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de previsión social en el área de pensiones y está conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de pensiones (AFP), las que administran los Fondos de Pensiones y otorgan obligatoriamente a sus afiliados las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. El SPP funciona bajo la modalidad de Cuentas Individuales de Capitalización (CIC).

Es decir, el SPP es un régimen de contribución definida y de capitalización individual en el que los afiliados aportan obligatoriamente a un fondo de pensiones que es de su propiedad, el cual se utiliza para pagar su pensión de jubilación, conjuntamente con la rentabilidad que se obtenga.

De acuerdo al artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones[2] (TUO de la Ley del SPP), las AFP tienen como objeto social administrar de manera exclusiva los fondos de pensiones, por lo que para el cumplimiento dicho fin, las AFP recaudan por sí mismas o a través de terceros, los recursos destinados a los fondos de pensiones, los cuales tienen el carácter de intangibles.

Por su parte, en el artículo 30 de este dispositivo legal, se establece que los aportes de los trabajadores dependientes pueden ser obligatorios o voluntarios. Respecto a los aportes obligatorios debe tenerse en cuenta que están constituidos por el 10% de la remuneración asegurable destinado a la CIC.

Adicionalmente, el artículo 43 del TUO de la Ley del SPP, establece que la pensión de jubilación se calcula en base al saldo que arroje la CIC del afiliado al momento que le corresponde la prestación, en función a los factores: a) El capital acumulado en su CIC menos los fondos que el afiliado decida retirar; b) El producto de la venta o redención del **Bono de Reconocimiento**, en los casos que corresponda.

De esta manera, bajo la regla general, los trabajadores pueden acceder a una pensión de jubilación a partir de los 65 años de edad, no siendo requisito obligatorio acreditar periodos mínimos de aportes, por lo que el capital acumulado durante la etapa laboral activa dará como resultado una pensión bajo las modalidades[3] de retiro programado o renta vitalicia o, si así lo prefiere, disponer de hasta el 95.5% de los fondos acumulados en la CIC[4].

En ese sentido conforme a lo señalado, el SPP es un sistema contributivo que se conforma de CIC administrado por las AFP, las cuales están constituidas por los aportes de los trabajadores y la rentabilidad de las inversiones realizadas por las AFP, sin intervención económica por parte del erario público, por lo que la pensión se determina de manera exclusiva a partir de los fondos disponibles en dicha cuenta.

BONO DE RECONOCIMIENTO

Cabe mencionar que el Bono de Reconocimiento (BdR) es un título valor con el cual el Estado reconoce a los trabajadores que al inicio de vida laboral estuvieron afiliados al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y que optaron por incorporarse al SPP, un monto en función a sus aportes al SNP, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en sus normas de creación.

Los BdR tienen las siguientes características:

a) Deben ser nominativos.
b) Deben expresarse en moneda nacional y mantener su valor constante en función del Índice de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana.
c) Están garantizados por el Estado.
d) Son redimibles:
   (i) en la fecha en que el titular original cumpla la edad de jubilación, haya sido transferido o no; o

2 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF.
3 De acuerdo al artículo 44 del TUO del SPP aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF
4 Conforme lo dispuesto en la Leyes N° 30425 y N° 30478.

(ii) con la muerte, con la jubilación anticipada o con la declaración de invalidez total permanente del titular original antes de haber cumplido la edad de jubilación sólo si el "Bono de Reconocimiento" no hubiese sido transferido[5].

Los BdR son representados mediante Títulos que deben expresar:

a) Su designación específica.
b) La denominación del ente emisor.
c) Su valor nominal, cuyo valor máximo es de S/ 60 000.
d) La fecha de emisión.
e) La fecha de redención, fecha en que el titular original cumpla la edad de jubilación.
f) Su número.
g) El nombre del titular original; y
h) Las características a que se refiere el Artículo 9 anterior, que deben expresarse en el reverso del título[6].

La redención del BdR se efectuará el último día hábil del bimestre anterior a aquel en el cual el titular original cumpla la edad de jubilación, **con los recursos consignados en el Presupuesto del Sector Público para el correspondiente ejercicio fiscal**[7].

Mediante la Resolución Ministerial N° 139-95-EF/10 se dictaron las disposiciones referidas al procedimiento administrativo para la emisión y redención de los BdR, y en su artículo 4 se establece que el BdR se actualizará tomando en consideración el Índice de Precios al Consumidor (IPC)[8].

El Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 354-2020-EF, establece en su artículo 163 el momento del pago del BdR. Igualmente, en el artículo 164 se regula la redención anticipada del BdR en el Régimen Jubilación Anticipada Ordinaria en el SPP y la redención anticipada del BdR en el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el SPP, según el siguiente detalle:

> ***"Artículo 163. Momento de pago del bono de reconocimiento (BdR)***
> *El tipo de solicitud de BdR depende de la situación previsional particular en que se encuentre la/el afiliada/o al momento de la presentación de la respectiva solicitud. Puede ser:*
>
> *1. **Emisión y Redención Ordinaria**: Cuando la/el solicitante tenga una edad menor a sesenta y cinco (65) años de edad. En este caso, el Bono redime el último día hábil del bimestre anterior a aquél en el cual el titular original cumpla la edad de jubilación legal.*
> *2. **Emisión y Redención Simultáneas**: Cuando la/el solicitante tenga una edad mayor o igual a sesenta y cinco (65) años de edad, haya fallecido y haya sido declarado inválida/o total permanente. En dichos casos, el BdR redime dentro de los noventa (90) días calendarios contados a partir de la presentación de la solicitud.*
> ***Artículo 164. Redención Anticipada del bono de reconocimiento (BdR)***
> *164.1 **Redención anticipada del Bono de Reconocimiento en el Régimen Jubilación Anticipada Ordinaria en el Sistema Privado de Pensiones:** La jubilación anticipada da derecho a la redención del Bono de Reconocimiento a los dos (2) años siguientes de su acogimiento o cuando el afiliado cumpla 65 años, lo que suceda primero, aun cuando se hayan agotado con anterioridad los fondos de la cuenta individual de capitalización (CIC) del afiliado y previa*

---

5 Artículo 9 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.
6 Artículo 10 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones
7 Artículo 9 del Decreto Supremo 180-94-EF.
8 Resolución Ministerial 139-95-EF/10
Articulo 4.-Para la redención de los Bonos de Reconocimiento, la Oficina de Normalización Previsional emitirá una liquidación con el objeto de determinar el valor actualizado del Bono. Tratándose de las redenciones anticipadas a que se refiere el último párrafo del artículo siguiente, para emitir la liquidación correspondiente, bastara que se haya emitido previamente la Constancia y que no se encuentre anulada.
El Índice de Precios al Consumidor a utilizarse para la **actualización del Bono** será el del mes anterior al de la redención

información de la administradora privada de fondos de pensiones (AFP) de los afiliados calificados para acceder a este régimen.

164.2 ***Redención anticipada del Bono de Reconocimiento en el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el Sistema Privado de Pensiones:*** *El régimen especial de jubilación anticipada da derecho a la redención del Bono de Reconocimiento a los dos (2) años siguientes de su acogimiento o cuando el afiliado cumpla 65 años, lo que suceda primero, aun cuando se hayan agotado con anterioridad los fondos de la cuenta individual de capitalización (CIC) del afiliado y previa información de la administradora privada de fondos de pensiones (AFP) de los afiliados calificados para acceder a este régimen".*

Cabe señalar que actualmente la ONP, en representación del Estado Peruano, emite tres tipos de BdR:

a. El **BdR 1992**, el cual se creó junto con el SPP y constituye el reconocimiento de aquellos aportes efectuados al SNP con anterioridad a diciembre 1992.
b. El **BdR 1996**, que se creó posteriormente y reconoce aportes hasta diciembre 1996.
c. El **BdR 2001**, creado con la Ley N° 27617, que reconoce aportes anteriores a enero 2002.

EXCEPCIONALIDAD DEL OTORGAMIENTO DEL BONO DE RECONOCIMIENTO

Es importante mencionar que el otorgamiento de los BdR 1992, 1996, y 2001 es a consecuencia de la creación del SPP, como medida de promoción que permite que los trabajadores decidan optar por incorporarse a ese nuevo régimen previsional, basado en el esquema de capitalización, opción que no tuvieron al inicio de su vida laboral, debido a que únicamente existía el SNP, basado en el esquema de reparto. Esta medida fue extendida en los primeros años de coexistencia del SPP y el SNP, dado que este nuevo régimen se encontraba en pleno proceso de desarrollo y aún no se encontraba consolidado.

La medida de otorgamiento de los BdR fue temporal, con el objeto de reconocer aportes a los afiliados al SNP que decidan incorporarse al entonces recientemente creado SPP. El contexto actual es diferente, por lo que considerar que a los actuales afiliados al SNP que se incorporen al SPP, se les deba asignar un BdR, equivaldría a la devolución de aportes, medida que no resulta aplicable en un régimen de reparto, como es el caso del SNP, donde los aportes se utilizan para financiar las pensiones de los actuales pensionistas. Promover que los afiliados al SNP se incorporen a otro régimen previsional ocasionaría que la base de aportantes al régimen de reparto se reduzca significativamente, con lo que se desfinanciaría el pago de las pensiones.

En opinión de ONP, el contexto de creación del BdR 1992, 1996 y 2001 constituye el reconocimiento por parte de la ONP, en representación del Estado Peruano, de los aportes que un trabajador ha realizado al SNP. La emisión de este título valor permite que los trabajadores que hayan estado afiliados al régimen del Decreto Ley N° 19990 y decidan incorporarse al SPP no pierdan los aportes ya realizados y puedan seguir acumulando recursos para su jubilación[9]. Actualmente dicha situación ha variado, toda vez que en el SPP se abrió la posibilidad de efectuar retiros parciales de la CIC y, asimismo, al momento de la jubilación o adelanto de jubilación, retirar el 95.5% de esta, con lo cual el objetivo principal de la creación del BdR orientado a la obtención de una pensión de jubilación en el SPP como objetivo principal, en un ámbito estrictamente previsional, ha devenido en ineficaz dado los cambios normativos

9 https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf

producidos que han modificado dicha finalidad, siendo que, por el contrario, en el SNP se ha mejorado la regulación incorporando el otorgamiento de las pensiones proporcionales especiales, el préstamo previsional, la acreditación de aportes a través de declaración jurada, la combinación de aportes obligatorios con facultativos, la eliminación de la caducidad de la condición de afiliado facultativo, entre otros, orientados, precisamente, a la obtención de una pensión de jubilación en el SNP, con lo cual se cumple el objetivo de protección para la vejez de un sistema previsional.

Asimismo, la ONP precisa que **los BdR no solo tienen una naturaleza excepcional, sino que, asimismo, al momento de su creación no estaban valorizadas o relacionadas directamente a los montos de aportes efectuados al SNP y se dieron en un contexto en que en el Perú recientemente se había creado el SPP**, el cual contenía reglas distintas al sistema público, lo que a la fecha significa tener dos sistemas que no son compatibles y que, por su naturaleza, se encuentran en una permanente competencia. En ese sentido, el BdR propuesto en la autógrafa referido a trasladar los aportes del SNP al SPP después de 30 años de creación de éste, fomentaría el colapso del primero, al quedarse sin aportantes que permitan financiar el pago de los actuales pensionistas. Asimismo, la ampliación de la cobertura previsional se cumple cuando se incorporan nuevos afiliados a cualquiera de los dos sistemas previsionales vigentes; sin embargo, esta autógrafa lo que promueve no es ampliar la cobertura previsional, sino fomentar el cierre del sistema público para reforzar el SPP mediante el traslado de los afiliados del SNP con el monto de sus aportes efectuados desde el año 2002.

GARANTÍA DEL ESTADO PARA LA EMISIÓN DE BONOS DE RECONOCIMIENTO

El Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-97-EF[10], establece, entre una de las características de los Bonos de Reconocimiento, que estos <u>están garantizados por el Estado</u>. En ese sentido, en la Ley de Endeudamiento del Sector Público para cada Año Fiscal, se autoriza al Gobierno Nacional para acordar operaciones de endeudamiento interno destinado al otorgamiento de BdR por la ONP.

Cabe señalar que, de conformidad al párrafo 3.2 del artículo 3 de la Ley N° 31640, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2023, se autoriza al Gobierno Nacional para acordar operaciones de endeudamiento interno destinado, entre otros, al otorgamiento de BdR hasta por la suma de S/ 35 148 226,00 (Treinta y cinco millones ciento cuarenta y ocho mil doscientos veintiséis y 00/100 soles).

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

El derecho fundamental a la pensión es uno clásico de configuración legal[11]. A través de dicha definición se da la potestad al legislador para que, dentro del margen de la razonabilidad[12], estructure el contenido del derecho fundamental a la pensión:

> *Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (...). Y es que, si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos*

10 Literal c) del artículo 9.
11 Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0007-2008-PI/TC.
12 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

"en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.
Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales[13].

PROBLEMÁTICA IDENTIFICADA EN LA MEDIDA PLANTEADA

El planteamiento de los legisladores tiene objetivos que parecen ser contradictorios entre sí, por lo siguiente:

a. El SNP, al ser un sistema de reparto de solidaridad intergeneracional, no existe una cuenta individual por cada persona afiliada, sino que, con el ingreso de aportes de los trabajadores actuales, se paga a los pensionistas actuales.
b. Es preciso que más personas puedan acceder a una pensión, por lo que debería privilegiarse el mayor ahorro posible, y no por el contrario, incentivar a que se migre del SNP al SPP vía un BdR, con lo cual no necesariamente se obtendrá una pensión, puesto que en el SPP en la actualidad se puede solicitar hasta el 95.5 % de la CIC.
c. Además, es de tener en cuenta que los aportes en el SNP ni siquiera alcanzan para pagar a las/los pensionistas, por lo que cualquier variación en las prestaciones del modelo, requiere mayor desembolso de otra fuente de financiamiento.
d. La emisión de BdR para aquellas/os afiliadas/os del SNP que opten por incorporarse al SPP desde el año 2002 implicaría afectar a las personas que próximamente serán pensionistas porque no podrán acceder a la pensión, poniéndose en riesgo a las/los actuales pensionistas. Al respecto, es de tener en cuenta que en la actualidad existen las pensiones proporcionales14 en el SNP para las personas que tengan como mínimo sesenta y cinco (65) años y cumplan con acreditar por lo menos diez (10) años de aportes.
e. El sistema de pensiones es un sistema de ahorro compulsivo para dos contingencias relativas a la imposibilidad de seguir laborando: por incapacidad o por edad. Se reitera que en la actualidad el SPP se encuentra desnaturalizado con la normativa emitida que permite retirar hasta el 95.5% de la CIC, lo cual varía el objetivo constitucional de un sistema de pensiones.

La protección constitucional de la pensión tiene dos aristas: la protección del ahorro para poder jubilarse y la protección de la pensión que se percibirá.

En primer lugar, está la protección del aporte previsional. La jurisprudencia constitucional establece que es parte del derecho a la pensión el acceso a los sistemas para poder aportar[15].

---

13 Fundamento 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC.
14 Ley N° 31301
15 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC.

a. Aporte a un fondo común con fin previsional: El ahorro que se realiza en el SNP es colectivo[16]. La persona debe ahorrar, y protegido constitucionalmente, para obtener una pensión durante su vejez. Pretender que devuelva lo aportado vía un bono de reconocimiento sin límite para los afiliados que se trasladaron o que se trasladen al SPP desde el año 2002 en adelante, ataca directamente la naturaleza de este ahorro.

b. Naturaleza tributaria de los aportes: La autógrafa no ha tomado en cuenta la naturaleza de los aportes obligatorios al SNP, lo que la hacen completamente diferente a los aportes al SPP que no tienen dicha naturaleza, sino que es un pago particular a una cuenta individual. Algunas precisiones al respecto del pago que se hace al SNP:

   i. Los aportes al SNP se rigen por las normas tributarias[17], específicamente las disposiciones referidas a la declaración, pago, recaudación y control de contribuciones administradas por la ONP[18]. En la misma línea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las prestaciones de seguridad social protegidas constitucionalmente -como es el caso de las aportaciones a la ONP- tienen naturaleza tributaria[19]. La jurisprudencia administrativa tributaria, justamente refiriéndose a la devolución de los pagos indebidos, también ha establecido que las aportaciones al SNP se rigen las normas tributarias[20].
   ii. En ese sentido, se precisa que los aportes al SNP, al tener la característica de un tributo, se constituyen en una obligación pecuniaria establecida por el Estado, los mismos que se encuentran destinados al financiamiento del gasto público (fondo común), esto es, financiar las prestaciones que provee[21].
   iii. Asimismo, la Constitución expresamente señala que el Estado al ejercer la potestad tributaria debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona[22]. Por lo tanto, la autógrafa debió seguir las reglas tributarias para su emisión.
   iv. De otro lado, debe señalarse que, en la actualidad, respecto de las aportaciones al SNP, sólo se valida la figura de la devolución por pagos indebidos23, cuyo mecanismo está taxativamente desarrollado en las normas tributarias[24]. Sin embargo, la devolución de aportes, vía un BdR planteada en la autógrafa, no puede encontrarse en este supuesto debido a que el pago realizado por los afiliados fue realizado válidamente y con el objetivo de obtener una pensión de jubilación.

Protección constitucional del acceso a la pensión: En correlato a lo anterior, se puede afirmar que obtener una pensión al final de la vida laboral es producto del ahorro forzado exigido por el Estado para favorecer a las personas adultas mayores.

a. La obtención de un monto pensionario implica una procura existencial para dichas personas.

---

16 Fundamento 43 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2012-PI/TC.
17 Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF.
18 Literal b del artículo 2 del Decreto Supremo N° 003-2000-EF.
19 Fundamento 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°1473-2009-PA/TC y fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°2835-2010-PA/TC.
20 Resoluciones del Tribunal Fiscal N°026854-4-2017 y N°08267-2019 (precedente).
21 Artículos 19 al 23 del Decreto Ley N°19990.
22 Artículo 74 de la Constitución Política del Perú.
23 Artículo 11 del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.
24 Artículo 38 del Código Tributario.

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la `procura existencial`. De esta forma, se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción – positivas- por parte del Estado (...)

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad. En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria[25].

b. Pero **si la Autógrafa propone que las personas que se trasladaron o se trasladen al SPP obtengan un BdR por todo lo aportado al SNP, en el fondo, estarían atentando contra la naturaleza de este aporte**, puesto que, en la actualidad en el SPP existen reglas en las que se puede retirar hasta el 95.5% de la CIC lo cual podría privarles a las personas que se trasladen en la actualidad al SPP de obtener una pensión en la edad del retiro. Se rompe así la razón de ser del sistema previsional. Entonces, la emisión de un BdR que lleva implícito el retiro de aportes implica una grave afectación al derecho a la pensión de los afiliados en el SNP.

   i. Particularmente, en el caso de las personas que se encuentran cerca al umbral mínimo de aportes exigidos para tener el derecho a una pensión, podría ser desfavorable teniendo en cuenta el beneficio económico al que podría alcanzar de completar, voluntariamente por ejemplo, los aportes restantes respecto a algún esquema de devolución, pues desde el punto de vista financiero es más conveniente recibir una pensión vitalicia que seguramente estará subsidiada y cubrirá a sus derechohabientes, que recibir un BdR y trasladarse al SPP sin la certeza que pueda obtener una pensión. Es de tener en cuenta que en la actualidad se puede percibir una pensión proporcional en el SNP.
   ii. Esta situación es grave teniendo en cuenta la evidencia a raíz del retiro del 95.5% establecido para el SPP[26]. Tal como ha sido señalado por el Banco Interamericano de Desarrollo, muchas personas quedarán desprotegidas en la vejez por destinar lo ahorrado a otros fines, el 81% de los que retiraron destinaron el fondo al pago de deudas, vivienda y enfermedades[27].

DESPROPORCIÓN DE LA MEDIDA CONTENIDA EN LA AUTÓGRAFA

Al respecto, es preciso se determinen los derechos en juego:

25 Fundamento 74 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC y otros.
26 Ley N° 30425.
27 Estudio del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO - DIVISIÓN DE MERCADOS LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL (2012). Los Efectos de la Ley 95.5%. https://culturadeseguros.pe/wp-content/uploads/2018/12/EL-IMPACTO-DE-LA-POSIBILIDAD-DE-RETIRO-DEL-955-DE-LOS-FONDOS-PREVISIONALES-Mariano-Bosch.pdf

a. Derecho al bienestar personal: Las personas tienen distintas necesidades que debe solventar y así vivir y cuidar su salud.

b. Derecho a la pensión: El derecho que estaría siendo intervenido es el derecho a la pensión[28], bajo las siguientes reglas:

   i. Como parte del derecho (contenido constitucionalmente protegido) se encuentra la afiliación a uno de los sistemas previsionales, afiliación que incluye necesariamente el ahorro para las pensiones y no el traslado de fondos29 de un sistema a otro, dentro del cual se permite realizar aportes30, además de reconocer un ámbito objetivo y otro subjetivo.
   ii. Tiene como sustento la intangibilidad de los fondos de la seguridad social31, ya que los fondos de pensiones tienen como fin el aseguramiento y la garantía del pago de una pensión, no de retiros previos a la jubilación. Esta intangibilidad tiene como propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión[32], tomando cuenta el derecho-principio de la dignidad humana[33].
   iii. Como todo derecho fundamental, el derecho a la pensión es irrenunciable: "[las pensiones de carácter alimentario, que sustituyen al salario, son irrenunciables"[34], por lo que la aplicación de un BdR que traslada aportes de un sistema a otro, reduciría considerablemente la posibilidad de percibir pensión en el futuro, dada las reglas del sistema al que migrarían (se permite el retiro sin contemplar la situación de vulnerabilidad por no contar con fondos) lo cual implicaría en la práctica abdicar de recibir tal previsión.
   iv. Así como la medida propuesta genera un efecto perverso dado que a largo plazo el efecto es afectar el derecho a una pensión, que es un derecho alimentario y con garantías constitucionales, también afecta la dinámica del sistema previsional en el país.

Para analizar la Autógrafa tiene que establecerse, siguiendo el ejercicio interpretativo establecido en la jurisprudencia constitucional, si la satisfacción del derecho al bienestar justifica la afectación o la no satisfacción del derecho a la pensión, sobre la base de la seguridad de las premisas epistémicas atribuyéndosele un valor numérico que fluye de la escala triádica (leve, medio e intenso) y la seguridad de las premisas epistémicas se les puede atribuir un valor de seguridad (seguro, plausible y no evidentemente falso)[35]:

a. Determinación del grado de satisfacción del derecho al bienestar:
   i. La seguridad de la premisa es que la 'opción de retiro de sus fondos en el SPP' sólo puede ser plausible, dado que no existe evidencia de que el uso de los recursos que se les otorgue se pueda imputar a satisfacción de sus necesidades. Ello no significa negar que algunos sí lo deberían usar para dicho

28 Artículo 11 de la Constitución Política del Perú, interpretado por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC y otros.
29 Que ni siquiera existen porque se ha usado para el pago de pensiones.
30 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2007-PI/TC.
31 artículo 12 de la Constitución Política del Perú.
32 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2007-AI/TC.
33 artículo 1 de la Constitución Política del Perú.
34 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1082-2001-AA/TC.
35 Fundamento 232 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 0021-2012-PI/TC y otros, siguiendo los postulados de la teoría de Alexy.

fin dada la coyuntura económica del país, pero no puede aseverar que la medida tenga seguridad de su aplicación.

b. Determinación del grado de no satisfacción del derecho a la pensión:
   i. El grado de satisfacción es intenso, pues la aplicación del BdR importará que el SNP pueda terminar desapareciendo, dado que ya no habría afiliados, lo cual pondría en riesgo a los actuales afiliados porque no llegarían a ser pensionistas, o a los actuales pensionistas por no tener capacidad el Estado de cumplir con sus obligaciones de pago.
   ii. La seguridad de premisa es seguro, dado que no hay forma de que este BdR no afecte el modelo, porque rompe la lógica de solidaridad y de fondo común.

La medida propuesta en la autógrafa no supera la ponderación. Por lo señalado, dado que la afectación a la pensión es alta, junto a la que se produce a otros bienes constitucionales, frente a una reducida satisfacción de los ingresos de las personas, la autógrafa no supera la ponderación que toda medida debe tener. La alegación de lo circunstancial de ampliar la cobertura previsional, tal como lo señalan los legisladores, no sirve para validar su constitucionalidad, pues ésta no existe dado que lo que se promueve no es ampliar la cobertura previsional, sino fomentar el cierre del sistema público para reforzar el sistema privado de pensiones mediante el traslado de los afiliados del sistema público de los afiliados con el monto de sus aportes efectuados desde el año 2002, montos que incluso no saldrían del sistema sino del Tesoro Público.

Por lo señalado, **la Autógrafa deviene en inconstitucional por afectar la protección de las pensiones de la población pensionaria del SNP, sustentado en un modelo de seguridad social[36] y, de otro lado, debido a que los afiliados que migren al SPP, tendrán una Cuenta Individual de Capitalización sin fondo (al retirar su 95.5%), lo que significa que no percibirán una pensión de manera efectiva, dando lugar a la desprotección social.**

AFECTACIÓN DE DIVERSOS ACTORES CON LA MEDIDA

Adicionalmente a lo señalado, es preciso identificar a los actores y grupos de interés (entidades, sectores, grupos económicos, sociales, entre otros) que se verían afectados al asumir los costos de la medida, lo que va de la mano con la falta de cuantificación de los efectos colaterales de la autógrafa.

I. Jubilados actuales: El primer grupo de afectados son los jubilados actuales. Tal como está formulada la autógrafa, no toma en cuenta las necesidades del SNP en el pago de las pensiones, por lo siguiente:

   a. La Constitución pone énfasis en la protección del pago de las pensiones:
      > El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional[37].

   b. En este nuevo escenario será necesario mayores recursos provenientes del Tesoro Público para cumplir con las actuales obligaciones.

36 Artículos 11 y 10 de la Constitución Política del Perú.
37 Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

c. Sin embargo, si se pretenden crear más cargas y responsabilidades financieras, los directamente afectados serán los actuales pensionistas, pues se estaría poniendo en riesgo el cobro puntual de sus pensiones cada mes.
d. Como ya se ha señalado, actualmente las pensiones son pagadas con el apoyo del Tesoro Público. Es así como se estaría comprometiendo recursos de la planilla de pago de las actuales pensiones, lo que perjudicará directamente a más de seiscientos mil pensionistas tanto en sus ingresos de carácter alimentario, como en el acceso a la salud, a través de EsSalud.

II. Jubilados futuros: El segundo grupo de afectados son los propios afiliados, los cuales optarán por migrar al Sistema Privado de Pensiones y tendrán la posibilidad de optar por el retiro del 95.5% y otros de beneficios de carácter no previsional, los cuales perderán la posibilidad de acceder a una pensión38, lo cual, en la literatura de la economía del comportamiento asociada a las pensiones, se conoce como el problema de la miopía previsional, que implica que los individuos no internalizan las decisiones de largo plazo (acceso a pensiones) de la misma manera que las decisiones del corto plazo (ingreso presente en desmedro del ahorro previsional), o lo que es lo mismo, priorizan el consumo presente (remuneración bruta) en desmedro del consumo futuro (pensiones de jubilación).

III. Sociedad peruana: El Estado está obligado a dar bienestar a todos los peruanos39, especialmente, a los sectores vulnerables. Sin embargo, la autógrafa tendría que financiarse con el Tesoro Público, la sociedad dejará de percibir beneficios a su favor.

La Autógrafa de Ley establece que el Poder Ejecutivo debe emita un nuevo BdR a los trabajadores afiliados al SNP que optaron por incorporarse al SPP desde el año 2002 lo que, en la práctica, dada la naturaleza del SNP antes descrita, constituye una devolución de aportes.

En ese sentido, la iniciativa legislativa aprobada desconoce la naturaleza distinta de los sistemas previsionales, así, respecto al SNP, que las aportaciones se destinan sin excepción a un fondo común solidario y de reparto, mientras que el SPP se destinan a la CIC del afiliado. En relación a lo señalado, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 34 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, ha indicado lo siguiente:

> 34. (...)
> **a. La naturaleza de los sistemas**
> En primer término, se encuentra **la distinta naturaleza que tiene cada sistema pensionario, Uno es de capitalización, y el otro de solidaridad, por lo que es también fácil darse cuenta que el cálculo de la pensión de cada uno de los asegurados deba ser distinto**.
>
> De esta forma, dentro del SPP, se prevé el pago de la pensión sobre la base de la 'Cuenta Individual de Capitalización del afiliado', la misma que, según el artículo 43 de la Ley del SPP, se calcula sobre la base del saldo que arroje al momento que le corresponde la prestación pensionaria. Sin embargo, **en el SNP el pago se realiza según consideraciones de otro tipo: lo aportado pasa a formar parte de una bolsa en el que los fondos, sobre una base de equidad**, buscan repartirlos entre todos, bajo consideraciones del número de años de

38 Artículo 11 de la Constitución Política del Perú.
39 Artículo 44 de la Constitución Política del Perú.

aportaciones, edad que tiene la persona o el tipo de actividades realizadas. (...)
(Subrayado y énfasis agregado)

Por su parte, con la devolución de los aportes, se vulnera el artículo 12 de la Constitución Política del Perú, que establece que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles:

> ***Fondo de la Seguridad Social***
> ***Articulo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles.***
> *Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley"*
> *(Subrayado y sombreado nuestro)*

Del marco legal anteriormente descrito, se puede observar que la Autógrafa de Ley devendría en inconstitucional, por cuanto las aportaciones y contribuciones de los asegurados al SNP forman parte de los recursos para el otorgamiento de las pensiones, mas no así para destinarse a otros fines, como sería las devoluciones vía un BdR de quienes se hayan cambiado al SPP o lo hagan en el futuro.

Coherente con la exigencia de sostenibilidad de todo sistema previsional, el proyecto de ley objeto de opinión no contiene un estudio que demuestre su viabilidad técnica y financiera en términos de costo beneficio, que analice su impacto fiscal, y como se afecta al SNP, vulnerando de esta forma el propio artículo 75 de su Reglamento del Congreso de la República.

En la Autógrafa de Ley no se consigna el análisis costo-beneficio, que mediante un estudio cualitativo y cuantitativo (estadístico financiero actuarial) aporte criterios que, con cierto nivel de confianza, sustente que la medida sea sostenible en el tiempo y no genere un impacto negativo al SNP.

No se toma en cuenta que en el SNP no existe un fondo donde se acumule individualmente los aportes de cada afiliado, y que estos recursos se emplean en su totalidad para el pago de pensiones, en consecuencia de aprobarse la devolución de aportes a través de BdR, implica generar una ingente obligación para el SNP, así como un afectación a la principal fuente de financiamiento de este régimen previsional, para cubrir el pago de la planilla de pensiones, y debido a que el SNP no cuenta con recursos suficientes, requerirá de mayores transferencias del Tesoro Público, sin que se proponga como reemplazar estos recursos, medida que demandará necesariamente un incremento del gasto público.

Por tanto, la Autógrafa implica mayor gasto sin que se señale cómo va a ser sufragado. Este requisito no podía ser obviado sobre todo porque el proyecto ha sido presentado por un congresista, que si bien, posee la representación nacional y de la voluntad popular[40], la Constitución señala y ha sido tajante sobre su posibilidad de generar gasto público: *"Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto"*[41]

Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos

40 Artículo 93 de la Constitución Política delPerú
41 Artículo 79 de la Constitución Política delPerú

trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (Sentencia 0032- 2008-PI/TC, fundamento 16).

Las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público han sido explicadas de manera más amplia por el Tribunal Constitucional en los fundamentos 30 y 32 de la Sentencia 0007-2012-PI/TC:

> *"(...) no puede desatenderse que el artículo 79° de la Constitución, establece que "[e]l Congreso no tiene [] iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Ello significa que el Parlamento, motu propio, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, ex novo, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, "[a]administrar la hacienda pública".*
>
> *Contrario sensu, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.*
>
> *En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aún, creando gastos que escapan a la proyección técnica diseñada por el Gobierno. (...).*
>
> *32. Por otra parte, incluso si una ley generadora de gasto público es avalada previamente por el Poder Ejecutivo, también resulta inconstitucional si, por vía de tal ley, la habilitación de dicho gasto pretende ser imputada a la ya vigente Ley de Presupuesto, escapando de su balance general de cifras de ingresos y egresos (...)".*

El TC también ha señalado que el Congreso de la República necesita la participación y aprobación previa del Poder Ejecutivo para que se encuentre constitucionalmente justificada la creación de gasto público en general. De lo contrario, las leyes que emita creando gasto público serán inconstitucionales (Expediente Nº 0008-2015-PI/TC, caso Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba, fundamento 42).

El impacto que generaría al Tesoro Público la propuesta planteada es alto, no hay que olvidar que el Tesoro Público se rige por el principio de unidad de caja que consiste en "*la administración centralizada de los Fondos Públicos cualquiera sea su origen y finalidad, respetándose la titularidad y registro que corresponda ejercer a la entidad responsable de su percepción*"[42]. Esto viene a significar que cualquier desembolso de dinero, como lo planteado en la Autógrafa de Ley, dejarán de financiar otras obligaciones que tenga el Tesoro Público, una de las cuales es el pago de las pensiones actuales.

Asimismo, la Autógrafa de Ley debió tomar en cuenta la naturaleza tributaria de las aportaciones al SNP, tales como:

---

42 Inciso 4 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1441, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Tesorería.

a) Los aportes al SNP se rigen por las normas tributarias43, específicamente las disposiciones referidas a la declaración, pago, recaudación y control de contribuciones administradas por la ONP44. En la misma línea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las prestaciones de seguridad social protegidas constitucionalmente -como es el caso de las aportaciones a la ONP- tienen naturaleza tributaria[45]. La jurisprudencia administrativa tributaria, justamente refiriéndose a la devolución de los pagos indebidos, también ha establecido que las aportaciones al SNP se rigen las normas tributarias[46].

b) En ese sentido, se precisa que los aportes al SNP, al tener la característica de un tributo, se constituyen en una obligación pecuniaria establecida por el Estado; los mismos que se encuentran destinados al financiamiento del gasto público; esto es, financiar las prestaciones que provee[47].

c) Asimismo, la Constitución expresamente señala que el Estado al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona[48]. Por lo tanto, el proyecto de ley debería seguir las reglas tributarias para inexigibilidad de las deudas tributarias. En tal sentido, para que no se pague una contribución tributaria, debe explicarse con claridad qué supuesto tributario está usándose (podría ser inafectación o exoneración, o lo que defina el legislador).

d) De otro lado, para el caso de la devolución de aportes, debería también establecerse el mecanismo tributario a ser utilizado, dado que en la actualidad sólo se valida la devolución por pagos indebidos[49], cuyo mecanismo está taxativamente desarrollado en las normas tributarias[50]

Debido a ello, **de aprobarse una medida como la propuesta, se vulneraría la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que ordena que las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera, así como el artículo 79 del mismo texto constitucional que dispone que los miembros del Congreso no tienen iniciativa para crear o aumentar gasto público**.

En ese sentido, el numeral 3 del artículo 71 del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la seguridad social (1952) dispone que se debe garantizar, cuando fuere oportuno, los **estudios y cálculo 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.

---

43 Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo 133-2013-EF
44 Literal b del artículo 2 del Decreto Supremo 003-2000-EF
45 Fundamento 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1473-2009-PA/TC y fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2835-2010-PA/TC.
46 Resoluciones del Tribunal Fiscal 026854-4-2017 y 08267-2019 (precedente)
47 Artículos 19 al 23 del Decreto Ley 19990
48 Artículo 74 de la Constitución Política del Perú
49 Artículo 11 del Decreto Supremo 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.
50 Artículo 38 del Código Tributario

En esa línea, la OIT[51] señala lo siguiente:

> *"Con el objeto de que sea sostenible, la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones debe garantizarse a largo plazo. Por lo tanto, es necesario que se realicen proyecciones actuariales periódicas y se introduzcan los ajustes necesarios tan pronto como sea posible.* ***Es imprescindible que se realice una evaluación actuarial completa de cualquier reforma que se proponga antes de adoptar una nueva legislación.****"* (Énfasis nuestro).

Así, como se indicó anteriormente, de la revisión de la fundamentación de la autógrafa de ley que se advierte en sus antecedentes directos[52], se observa que la misma **no contiene un estudio económico o actuarial** que determine la viabilidad de lo propuesto, sobre todo si implica **eliminar la figura vigente del valor nominal máximo por el valor real de las aportaciones**, ya que es un aspecto que podría conllevar a situaciones como: i) incrementar exponencialmente el gasto que asumiría el Estado por dicho reconocimiento, haciéndolo inviable; o, ii) generar un perjuicio a los afiliados, pues el valor de los aportes efectuados hasta antes de la incorporación al SPP, podría resultar en montos menores a los que resultarían de la aplicación de la normativa vigente, teniendo en cuenta que los aportes corresponden a un porcentaje de la remuneración y que en muchos casos se aporta sobre la base de la remuneración mínima vital (RMV).

De otro lado, la propuesta planteada en la Autógrafa implica problemas de índole operativo, sobre falta de información, naturaleza de los aportes y la poca consistencia técnica e informativa de los aportes declarados por los empleadores al SNP.

a. Control actual de aportes: La base de datos existente del SNP no es plenamente confiable, por lo que muchas veces los propios afiliados tienen que demostrar sus aportes.

b. Ausencia de cuentas individuales en el SNP: La identificación de los aportes declarados por los empleadores y los trabajadores afiliados al SNP no constituye ni configura la existencia de cuentas individuales. Es decir, no existe un fondo particularizado; la lógica del fondo común es la única existente. La identificación de los aportes por persona sirve para un mayor orden de recaudación y ayuda a facilitar el cálculo de la pensión cuando la persona cumple los requisitos para su jubilación. Este ordenamiento no implica que la administradora del sistema (ONP) maneja una cuenta separada tipo CIC de las AFP. Esto es un error conceptual que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

> *"(...) la implementación de cuentas individuales de los asegurados en el Sistema Nacional de Pensiones tiene una finalidad informativa consistente en el registro de las aportaciones efectuadas por cada asegurado para facilitar el otorgamiento de una pensión de jubilación, la misma que se seguirá financiando con el fondo común al que contribuyen todos los asegurados, manteniéndose de esta manera, inalterable la característica propia de los sistemas de reparto basados en la solidaridad"*[53].

c. Imposibilidad de homogenizar los aportes previsionales del SPP y del SNP: no se puede homogenizar la naturaleza jurídica de los aportes previsionales del SPP y

51 OIT. *Seguridad social: un nuevo consenso.* Ginebra: OIT, 2002. Pág. 4-5.
52 Ibid.
53 Artículo 235 del Código Procesal Civil

SNP, más aún cuando su implementación impactaría sobre el erario nacional y desestabilizaría aún más el SNP, actualmente subsidiado por el Tesoro Público54

De otro lado, debe quedar claro que el SNP otorga una pensión, con solo acreditar el vínculo laboral[55]; es decir, no se exige que el aporte declarado haya sido efectivamente pagado. En ese contexto, para determinar los montos a devolver a través de un BdR, si fuere el caso, la devolución no se podría concretar si no se valida que el aporte haya sido pagado, situación improbable de corroborar, para los aportes anteriores a julio de 1999.

Debido a la distinta naturaleza que tiene cada sistema pensionario (uno es de capitalización, y el otro de solidaridad) es inviable la aplicación de la Autógrafa de Ley, lo aportado al SNP pasa a formar parte de una bolsa en el que los fondos, sobre una base de equidad, buscan ser repartidos entre todos, bajo consideraciones del número de años de aportaciones, edad de la persona (a partir de 65 años para el caso del régimen general) o el tipo de actividades realizadas.

La iniciativa legislativa no toma en cuenta la distinta naturaleza del SNP y lo equipara con el SPP, no distingue que cada régimen previsional opera de manera diferente, y atribuye que en ambos regímenes previsionales existe un fondo de pensión que se constituye con los aportes del afiliado, y que eventualmente se podría trasladar al SPP a través de un BdR. La aplicación de esta medida en el SNP significa devolver aportes hechos a este régimen previsional, medida que deviene en inconstitucional, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC).

Sobre la naturaleza del SNP, creado por el Decreto Ley Nº 19990, es de señalar que el TC56, en el "Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones", explica la naturaleza jurídica del SNP y sus características, según detalle:

> ***"Naturaleza jurídica del SNP e intangibilidad de los fondos de pensiones***
> *7. El SNP fue creado en 1973 a través del Decreto Ley 19990 y pasó a ser administrado por la ONP en 1994, cuando se creó el Sistema Privado de Pensiones (en adelante, SPP), a cargo de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. El trabajador puede elegir afiliarse a uno u otro sistema; a nadie se le obliga a estar en uno u otro. Lo único obligatorio, sí, es pertenecer a uno de estos dos sistemas previsionales. La coexistencia del SNP y el SPP se sustenta en el artículo 11 de la Constitución, que establece que el Estado "garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas". Ahora bien, en el SPP, existen cuentas de capitalización individual de los aportes de sus afiliados, haciendo que la pensión dependa de lo aportado. Cuanto más aporte el trabajador, más obtendrá luego de pensión. En el SNP, en cambio, no existen tales cuentas. Por tanto,* ***los montos de las pensiones no están relacionadas con lo aportado. El SNP es uno de reparto, es decir, un fondo común al que ingresan los aportes de todos los afiliados****. Con estos aportes, se pagan hoy las pensiones de sus jubilados. Mañana, los aportantes actuales, ya jubilados, se beneficiarán del aporte que hagan los nuevos aportantes en ese momento. Así, el SNP tiene las siguientes características:*
>
> *a) Otorga una prestación económica mensual a quienes han cumplido con los requisitos exigidos legalmente, pudiendo ser por derecho propio (pensión por*

54 Informe 223-2015-OAJ/ONP, emitido por la ONP en 2015
55 Artículo 70 del Decreto Ley 19990
56 Fundamento 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 151/2021, recaída en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC

jubilación, cesantía o invalidez) o derivado (pensión por viudez, orfandad o ascendientes).
b) Se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional. Los aportes realizados mensualmente por sus afiliados financian las pensiones de quienes ya se jubilaron. La totalidad de los aportes mensuales se destinan al pago de las pensiones que se deben abonar en la actualidad.
c) ***Las personas que aportan más al sistema favorecen las pensiones de quienes aportaron menos en su momento.***
d) Los aportes aludidos no se acumulan en una cuenta de capitalización individual para el pago futuro a quienes los realizan, sino que se utilizan para financiar el pago de las pensiones actuales. Sin embargo, generan el derecho a recibir pensiones que, a su vez, serán financiadas por quienes sean los aportantes en el momento en que se jubilen.
e) Los aportes que se recaudan no se acumulan en un fondo colectivo permanente ni mucho menos en uno individual a partir del cual sea posible identificar el monto entregado por cada trabajador. Es un sistema de reparto que se utiliza para asumir los gastos y cargas económicas de las generaciones previas. Y esto es independiente de la existencia de un registro de los montos aportados a lo largo del tiempo. Y,
f) El ahorro previsional que se realiza en el SNP es colectivo. Las personas ahorran realizando aportes al SNP, para poder luego disfrutar de una pensión durante su vejez".

En cuanto a la protección del ahorro previsional, la jurisprudencia del TC establece que es parte del derecho a la pensión el acceso a los sistemas para poder aportar[57]. El ahorro que se realiza en el SNP es colectivo[58], y no debe identificarse con la acumulación de dinero en una cuenta, sino con el aporte a un servicio público que permite obtener un derecho que servirá cuando se deje de trabajar al haber adquirido cierta edad. La persona debe ahorrar realizando una cantidad de aportes (sin importar el monto) que le permita obtener derecho a una pensión durante su vejez.

Finalmente, cualquier propuesta de reforma paramétrica y estructural a los sistemas de pensiones, debe ser producto del diálogo y coordinación previa entre poder Legislativo y el Ejecutivo. Por competencia, es el Ejecutivo el responsable de la hacienda pública[59], por lo que debe actuar en virtud de los principios de la administración financiera del sector público: "*Responsabilidad Fiscal*: consiste en que las políticas públicas se establecen con el compromiso de seguir un manejo fiscal prudente y disciplinado que incluya el estricto cumplimiento del marco macrofiscal, con el objetivo de preservar la estabilidad macroeconómica. *Sostenibilidad Fiscal*: consiste en preservar la solvencia financiera del Sector Público en el mediano plazo, considerando de forma estricta su capacidad financiera en forma previa a la asunción de obligaciones de cualquier naturaleza que tengan impacto fiscal"[60]. Así, cualquier reforma paramétrica al SNP debe ser parte de un estudio técnico-financiero, regido por la responsabilidad y sostenibilidad fiscales.

PENSIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD: INTANGIBILIDAD DE FONDOS PENSIONARIOS

La iniciativa legislativa busca que los afiliados al SNP puedan transferir la totalidad de sus aportes realizados a este régimen previsional, a una cuenta individual del SPP.

57 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-AA/TC
58 Fundamento 43 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0013-2012-PI/TC
59 Inciso 17 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú
60 Incisos 6 y 7 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público

Sobre este punto, la iniciativa legislativa hace una interpretación errónea de la naturaleza de los aportes al SNP y lo aborda desde una perspectiva equivalente a conferir derechos de propiedad.

Cabe indicar que el TC establece que, bajo el argumento del derecho de propiedad, no se puede vaciar de contenido el derecho de acceso a la pensión: *"Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos61*

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha expresado que:

> "(...), la pensión no comparte los atributos privativos de la propiedad, por lo que no corresponde asimilarlas. El derecho a la pensión no es una forma de ejercicio del derecho de propiedad, pues entre ambos existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica en los actos que pueden realizarse con ellas, en el modo de su transferencia y en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, seguida en STC 0030-2004-AI/TC). La pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de sus beneficiarios" [62]

Además, continuando con lo expuesto, señaló que: *"Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). (...), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución)".*[63]

El Tribunal Constitucional también ha precisado lo siguiente:

> La pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, pero no implica un derecho de propiedad cualquiera. El derecho de propiedad sobre la pensión está acotado por la ley. Su titular no puede disponer libremente de él (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0050-2004-AI/TC acumulados). **No cabe afirmar que los aportes realizados al fondo del SNP estén garantizados por el derecho de propiedad y, en consecuencia, esté justificada la devolución de la totalidad de aportes** (...). Como ya se advirtió, los aportes realizados al SNP constituyen un ahorro colectivo previsional que solo genera un derecho a percibir en el futuro una pensión, si se cumplen los requisitos legales para tal efecto.[64]

Es decir, **los aportes al SNP no confieren derecho de propiedad de modo similar que la propiedad privada a su titular, debido a que posee atributos diferentes, los aportes que realiza el afiliado cumplen la finalidad de obtener el derecho a la protección de diversos riesgos (invalidez, sobrevivencia, pobreza en la vejez) de manera colectiva, que se materializa con el acceso a una pensión, luego de**

61 Fundamento Jurídico 97 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC
62 Fundamento Jurídico 90 de la sentencia recaída en el Expediente N 0013-2012-PI/TC
63 Fundamento Jurídico 91 de la sentencia recaída en el Expediente N 0013-2012-PI/TC.
64 Fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente N 00016-2020-PI/TC

cumplirse los requisitos que se exige para obtener tal derecho, y esta pensión no depende de lo aportado.

Precisamente, debido a que el diseño del SNP se basa en que el financiamiento de las pensiones se realiza de manera colectiva, mediante el esquema de solidaridad intergeneracional, el aporte que se realiza a este régimen previsional no confieren derechos de propiedad, de manera análoga a la propiedad privada, si ese fuese el caso, el pago de pensiones únicamente deberían ser cubiertas con los aportes propios de cada afiliado, y de ser estos insuficientes se dejaría de pagar la pensión. El SNP opera de una forma distinta, la insuficiencia de aportes de un afiliado para cubrir su pensión, es cubierta con los aportes de otros trabajadores que aún no llegan a la edad de jubilación, y que en reciprocidad recibirán el mismo trato en caso tampoco logren aportar lo suficiente para cubrir el financiamiento de sus pensiones.

El SNP opera bajo la lógica de reparto, y los aportes recaudados no se acumulan en un fondo individual, sino que sirven colectivamente, de forma exclusiva para el pago de las pensiones actuales, por lo que la propuesta afectaría los recursos necesarios para cubrir el pago de pensiones.

Debido a la distinta naturaleza del SPP y del SNP, la implementación de la Autógrafa de Ley se torna inviable, la creación de un BdR para los afiliados del SNP que decidan incorporarse al SPP, supone la devolución de aportes realizados al SNP, medida que resulta inconstitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

TRATO DESIGUAL ENTRE APORTANTES DEL SNP Y DEL SPP

El derecho a la igualdad se fundamenta en la dignidad del ser humano y constituye tanto un derecho fundamental como un principio básico de la sociedad. Este principio - derecho, ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales. En el ámbito nacional, se encuentra reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, la cual establece que: toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

La igualdad no garantiza un trato igual al universo de personas, sino que garantiza el derecho a un trato igualitario de quienes se encuentran en la misma situación. El Tribunal Constitucional ha señalado que:

> 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 encuentren en una idéntica situación". Añadiendo que "la igualdad ante la ley, está referida a la necesidad de una aplicación igualitaria de la ley a todos aquellos que se encuentren en una misma situación de hecho prevista por la norma (...).65 (Subrayado agregado).

De ese modo, lo que se proscribe es el trato discriminatorio, mas no el tratamiento diferenciado, el cual se encuentra permitido en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho a la igualdad no proscribe cualquier diferenciación a realizarse, sino únicamente la discriminación, en tanto que está carece de razones que la justifiquen. Nuestro ordenamiento ha sido claro al precisar la distinción entre los conceptos de "diferenciación" y "discriminación".

65 Fundamento Jurídico 19 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2016-AI/TC.

El Tribunal Constitucional ha señalado 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".*[66]

En consecuencia, la discriminación tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria de determinado sujeto de derecho. En cambio, la diferenciación sí es admitida constitucionalmente, pues si bien implica un trato desigual se funda en causas objetivas y razonables. En consecuencia, solo cuando la desigualdad no se base en causas objetivas y razonables, nos encontraremos ante una discriminación.

La doctrina, la experiencia comparada y el Tribunal Constitucional recurren al test de razonabilidad y proporcionalidad para determinar cuándo nos encontramos ante un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables, y cuándo nos encontramos frente a un trato arbitrario y consecuentemente discriminatorio[67]. Esta justificación debe apreciarse en estricta relación con la finalidad y los efectos de la medida, debiendo darse una relación razonable de la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.[68]

Como se ha señalado, el artículo 11 de la Constitución Política permite la coexistencia paralela de un sistema público y de uno privado de pensiones. Esto es lo que sucede en la actualidad y, como su propio nombre lo indica, son sistemas claramente excluyentes y conviven compitiendo por los afiliados.

En la Autógrafa de Ley[69] se señala que tienen derecho a recibir el BdR, por los aportes realizados, los afiliados y exafiliados al Sistema Nacional de Pensiones que se trasladaron o se trasladen al Sistema Privado de Pensiones.

Es decir, lo que en la práctica la Autógrafa de Ley se regula es que los afiliados del SNP puedan trasladarse en cualquier momento y sin ninguna restricción al SPP teniendo derecho además a recibir un BdR por los periodos aportados durante su permanencia en el SNP, pudiendo de esta manera tener derecho a una mejor pensión en el SPP como consecuencia de la redención del referido bono.

Sin embargo, no ocurre lo mismo si un afiliado del SPP decidiera libremente trasladarse al SNP para mejorar el monto de la pensión que le pudiera corresponder en el SPP, en razón a que actualmente la desafiliación del SPP, solo procede en determinados supuestos.

El tratamiento actual bajo los cuales se puede desafiliar una persona del SPP está regulado en la Ley N° 28991 "*Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínimas y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada*" que se promulgó en atención a la exhortación hecha por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, dicha normativa delimitó el universo de aportantes que habiendo pertenecido al Sistema Nacional de Pensiones – SNP se pasaron al SPP.

---

66 Fundamento Jurídico 61 de la sentencia recaída en el Expediente N° STC No 048-2004-AI/TC.
67 Al respecto, las sentencias del Tribunal Constitucional Nº 00045-2004-PI/TC y Nº 00004-2006-PI/TC.
68Alonso García Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", en Revista de Administración Pública No 100-102, Madrid, 1983.
69 Artículo 2 de la Autógrafa de Ley que actualiza el bono de reconocimiento a los aportantes y exaportantes de la ONP.

a) Quienes hubieren ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de desafiliarse del SPP les corresponda una pensión de jubilación en el SNP independientemente de la edad que tengan (artículo1)
b) Quienes al momento de afiliarse al SPP, hubieren cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP (artículo 2).

Siendo así, el Tribunal Constitucional[70] indicó que dicha posibilidad de retorno no podía ser ejercida de un modo absoluto, siendo susceptible de ser restringida legalmente bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, a tres supuestos.

- El caso de la titularidad no ejercida del derecho a la pensión
- El caso de la falta de información
- El caso de los trabajadores cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para la vida o salud

En consecuencia, **resulta inconstitucional que la Autógrafa de Ley permita que los afiliados del SNP se trasladen sin restricciones al SPP y tengan derecho a recibir un Bono de Reconocimiento con la finalidad de mejorar el nivel de sus pensiones, y sin embargo se restrinja a los afiliados del SPP a que solo en determinados supuestos puedan trasladarse al SNP y mejorar el nivel de sus pensiones, lo que en un sistema paralelo de pensiones, como lo es el peruano, constituiría un trato discriminatorio respecto de los afiliados del SPP**.

ANALISIS ECONÓMICO DE LA AUTÓGRAFA DE LEY

La emisión de un BdR para transferir los aportes realizados al SNP para los trabajadores que decidan incorporarse al SPP, implica devolver aportes previos que en su momento se emplearon para el pago de la planilla de pensiones.

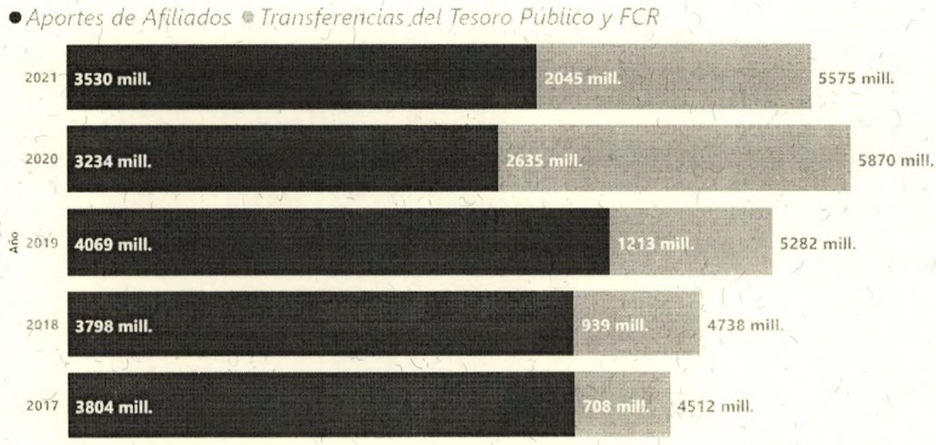
Para el año 2021, los recursos provenientes de la recaudación de aportes permitieron cubrir el financiamiento del pago de pensiones, por la suma de S/ 3 530 millones, cifra que representa el 63% de la planilla de pensiones.

La Autógrafa de Ley establece un plazo no mayor a 12 meses para que el Poder Ejecutivo promulgue la norma para la emisión del Bono de Reconocimiento a los trabajadores afiliados al SNP que se incorporen al SPP desde el año 2002 en adelante. Eso significa, que la medida no solo comprende a los trabajadores que estuvieron afiliados al SNP y decidieron migrar por voluntad propia al SPP, sino también a los actuales afiliados que a futuro tomen esta decisión.

De aprobarse la iniciativa legislativa, **las contribuciones de los actuales afiliados aportantes al SNP se dejarían de emplear para cubrir el pago de pensiones**, de esta manera se desarticularía el esquema de transferencia intergeneracional en que se basa el diseño de este régimen previsional, despojándose al SNP de su principal fuente de recursos para cubrir el financiamiento de la actual planilla de pensiones, el cual tendría que ser cubierto con recursos del Tesoro Público. En el Gráfico N° 01 se aprecia la magnitud de la composición de los aportes como fuente de financiamiento de la planilla de pensiones en los últimos años.

70 Fundamentos 35 a 46 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC.

Gráfico N° 08
Fuentes de Financiamiento de la Planilla de Pensiones del SNP



Fuente: ONP
Elaboración Propia

El SNP es un régimen financieramente deficitario, las aportaciones de los afiliados no son suficientes para el pago de pensiones, y requiere de la asistencia de recursos del Tesoro Público para cubrir el déficit de la planilla de pensiones. En ese contexto, la creación de un Bono de Reconocimiento para devolver aportes realizados al SNP, implica una reducción importante de sus recursos, constituido por los mismos aportes, ya que es de esperarse que el monto a devolver proceda de la misma fuente.

De acuerdo a información provista por la ONP, desde el año 2002 hasta diciembre 2021, los trabajadores que estuvieron afiliados al SNP, que realizaron por lo menos un aporte y posteriormente se trasladaron al SPP, son 3,1 millones de trabajadores, y el valor nominal de sus aportes asciende a S/ 4,6 mil millones. Este monto representaría el valor nominal de los Bonos de Reconocimiento que se otorgaría únicamente a este grupo de afiliados, y según la ONP, el valor expresado en términos de valor presente asciende a S/ 4,1 mil millones

La Autógrafa de Ley promueve la salida de los actuales afiliados al SNP, esta medida debilita la principal fuente de recursos (aportes) que cuenta el SNP para pagar las pensiones. Teniendo en cuenta que la pensión que se paga actualmente requiere de la ayuda del colectivo de afiliados aportantes, la iniciativa legislativa implica suprimir los recursos provenientes de las aportaciones, y debido a que el SNP no cuenta con recursos suficientes, se requerirá de mayores transferencias del Tesoro Público, no sólo para cumplir con devolver los montos de aportes a través de un BdR, para aquellos afiliados que decidieron o decidan trasladarse al SPP, sino de forma especial para pagar las pensiones, ya que no se contarían con todos los aportes de sus actuales afiliados.

Con la aprobación de la Autógrafa de Ley los primeros que verán afectados sus derechos son los actuales pensionistas del SNP ya que se reducirá la recaudación de aportes, agravándose el déficit que actualmente presenta este régimen previsional y se comprometería aún más la solvencia del régimen previsional, volviéndolo más precario.

Es importante mencionar que en el SPP existe la posibilidad de retirar hasta el 95.5% del fondo de pensión a partir de los 65 años de edad, o a partir de los 50 años para aquellos que accedan a la jubilación anticipada, asimismo, los afiliados al SPP pueden hacer retiros de hasta el 25% del fondo para la compra de una primera vivienda71. Es decir, en el SPP los aportes pueden ser empleados para un uso distinto al del financiamiento de la pensión, situación que no es posible en el SNP por tratarse de un régimen de reparto.

Asimismo, durante la pandemia se autorizaron a los afiliados al SPP hacer retiros de su fondo de pensión[72], medida que no fue posible replicar en el SNP debido a que posee una naturaleza distinta, esto puede haber influido en la percepción de los afiliados al SNP, y haber desarrollado preferencias por pertenecer al SPP, donde es posible retirar sus aportes para otros fines.

En ese contexto, la Autógrafa de Ley genera incentivos para que los aportantes al SNP se incorporen al SPP, atraídos por la opción de hacer retiros de su fondo de pensión. En consecuencia, la medida terminaría erosionando la masa crítica de afiliados aportantes que requiere el sistema de reparto para cubrir el financiamiento de la planilla de pensiones, se agravaría el déficit que actualmente presenta el SNP, al debilitarse la principal fuente de recursos (aportes) que cuenta para el pago de pensiones.

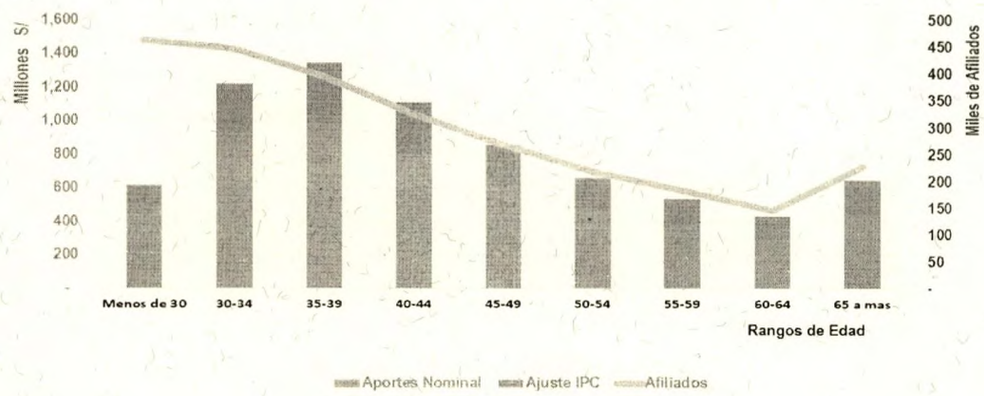
El SNP cuenta con 4,7 millones de afiliados, de este grupo, aproximadamente 2,7 millones de afiliados han dejado de realizar aportes[73], este grupo de afiliados tendrá un fuerte incentivo para migrar al SPP, debido a que en el SNP se requiere cumplir el requisito de años de aportes para el acceso a pensión, y en el SPP los afiliados que tienen pocos aportes, si bien no pueden financiar una pensión, tienen la opción de retirar su fondo de pensión, en consecuencia se verán atraídos por esta posibilidad y a su vez tener la cobertura de Essalud.

71 Las Leyes N° 30425 y N° 30478 autorizan el retiro de hasta el 25% de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) para pagar la cuota inicial o amortizar un crédito hipotecario por la compra de una primera vivienda, asimismo se autoriza a los afilados el retiro de hasta el 95.5% de la CIC a partir de 65 años de edad.

72 Las normas emitidas fueron las siguientes: i) Decreto de Urgencia N° 34-2020 y Decreto de Urgencia N° 38-2020, que autorizaron el retiro de hasta S/ 2 000 de la CIC; ii) Ley N° 31017, que autorizó el retiro de hasta 25% de la CIC con un retiro mínimo de una (1) unidad impositiva tributaria (UIT) y máximo de tres (3) UIT; iii) Ley N° 31068, que estableció el acceso de hasta cuatro (4) UIT de la CIC, bajo criterio de desempleo; iv) Ley N° 31192 que permitió retirar hasta cuatro (4) UIT de la CIC; y, v) Ley N° 31478 que permitió retirar hasta cuatro (4) UIT de la CIC.

73De acuerdo a las bases de datos remitida por la ONP a febrero 2022, los afiliados que aportaron hasta diciembre 2020 y dejaron de realizar aportes son aproximadamente 2,7 millones.

Gráfico N° 09
Composición de ex aportantes al SNP que tienen fuertes incentivos a migrar al SPP



Fuente ONP
Elaboración Propia

La Autógrafa de Ley promueve que los afiliados al SNP abandonen un sistema de reparto, donde el riesgo financiero[74] y el riesgo de longevidad[75] es asumido de manera colectiva, para migrar a un sistema de capitalización, donde estos riesgos son asumidos individualmente por el afiliado. Esta medida eventualmente podría perjudicar a los afiliados de bajos ingresos y con una baja densidad de cotización, dado que en el SNP tienen la oportunidad de acceder a una pensión vitalicia, por un monto no menor a la pensión mínima (S/ 500), beneficio que el Sistema Privado de Pensiones no podría garantizar.

De otro lado, los afiliados al SNP que a futuro decidan migrar al SPP, influenciados por la opción de poder efectuar retiro del 95.5% de su fondo de pensión, no tendrán derecho a ningún beneficio de garantía estatal76, por tanto, no podrán acceder a los programas de pensión no contributiva, como Pensión 65. En ese sentido, la Autógrafa podría generar un perjuicio al grupo más vulnerable de afiliados al SNP (pobres extremos), que migren al SPP por la expectativa de tener acceso a sus aportes a través del retiro del 95.5% de su fondo de pensión, pero que sin embargo quedarían impedidos de acceder a los programas de pensión no contributiva.

Del análisis precedente, se verifica que el impacto económico comprende no solo el reconocimiento de aportes, vía un BdR, a los afiliados al SNP que se traspasaron al SPP desde el 2002 en adelante, sino también a los actuales afiliados que tienen fuertes incentivos a migrar al SPP. En el siguiente cuadro se resume el impacto económico de la Autógrafa.

74 Riesgo que se deriva de la dependencia que tiene el valor del ahorro pensional respecto de las fluctuaciones de la rentabilidad
75 Riesgo que se deriva del hecho de que el trabajador sobreviva su expectativa de vida, y los fondos acumulados puedan agotarse y ser insuficiente para financiar la pensión
76 Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF

Cuadro N° 09
Resumen del impacto económico de la Autógrafa de Ley

Descripción	Afiliados (millones)	Impacto Económico (S/ millones)
Afiliados del SNP que se traspasaron al SPP desde enero 2002 a diciembre 2021 (1)	3,1	5 855
Afiliados ex aportantes del SNP que tienen fuertes incentivos para migrar al SPP (2)	2,7	5 425
Afiliados aportantes al SNP que podrían migrar al SPP (2)	1,96	29 576
	Total	**40 856**

(1) Valor del Bono de Reconocimiento expresado en términos de valor presente, bajo tasa de descuento de 4%
(2) Valor nominal del Bono de Reconocimiento que se otorgaría por los aportes realizados hasta diciembre 2021

En consecuencia, de aprobarse la propuesta, se genera mayores obligaciones que el Estado requerirá atender, comprometiendo seriamente las finanzas públicas.

En ese orden de ideas, la Autógrafa de Ley no toma en consideración la situación del SNP en el pago de pensiones, pretendiendo crear más cargas y responsabilidades financieras, que podría conllevar a la imposibilidad en el pago de estas, al establecer que el BdR se otorgue también a los que migren a futuro al SPP:

Dado que los recursos fiscales son escasos para cubrir las diversas necesidades de la sociedad, la asignación de recursos públicos en un uso particular tiene un costo de oportunidad que está representado por no asignar dichos recursos a cubrir a una población con carencias básicas o por no asignar dichos recursos a megaproyectos de inversión que requiere el país y que además del beneficio en infraestructura y/o servicios también representan nuevos empleos.

Asimismo, se deben identificar también los posibles efectos colaterales o costes ocultos de la regulación, así como cuantificar los posibles costes del cumplimiento sobre los individuos y los que debe asumir el Estado[77]. Asimismo, las necesidades logísticas, de personas y tecnológicas que surgirían a partir de la autógrafa. Por ello, también significará un costo en la implementación de los gastos que le correspondería asumir a la ONP.

Es preciso mencionar que, cualquier medida que incremente directa o indirectamente el gasto público, tiene impacto sobre la sostenibilidad fiscal, lo que implica que se incrementaría la percepción de riesgo de los agentes financieros sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas, y con ello un mayor costo de financiamiento para el gobierno y el resto de agentes económicos del país, con la consecuencia de un menor crecimiento económico en el mediano plazo.

De aplicarse las medidas de la Autógrafa, se demandaría recursos adicionales al Tesoro Público, lo que contravendría las reglas para la estabilidad presupuestaria

77 DEPARTMENT OF THE TAOISEACH GOVERNMENT BUILDINGS (2009) *Revised RIA Guidelines. How to conduct Regulatory Impact Analysis.* Dublín.

contenida en el artículo 2 de la Ley Nº 31639, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2023, el Principio de Equilibrio Presupuestario recogido en el inciso 1 del numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público; así como en el artículo 78 de la Constitución Política del Perú; que consiste en que el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente; y, la prohibición de iniciativa de gasto congresal contemplada en el artículo 79 de la Constitución Política del Perú.

NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA DE PENSIONES

Dada la complejidad de la situación que hoy tiene el SNP, el cambio no puede quedar en una reforma paramétrica. En este escenario la propuesta normativa debe estar orientada a una reforma estructural del modelo de pensiones en el Perú. Es necesario diseñar una estructura normativa organizada que comprenda a los diferentes sistemas previsionales en el país. El tema no es ajeno a la jurisprudencia constitucional, conforme se detalla:

> *"La intervención pública previsional debe cumplir con diversos objetivos mínimos indispensables, de corte social y económico, coherentes con los elementos del derecho fundamental a la pensión desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo señalado por la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra en 2011, a través del Informe Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, referida a los objetivos principales de la seguridad social:*
> *- Aumentar el nivel de cobertura, en vista de que un sistema pensionario ha de lograr el máximo grado posible de protección al segmento de la sociedad en la última etapa de su vida tras cumplir su ciclo laboral y luego de una trayectoria razonable de aportaciones, especialmente si se encuentran en una eventual situación de desprotección. Este objetivo está en correlación con el acceso a las pensiones, establecido en la STC 1417-2005-PA/TC.*
> *- Lograr un monto adecuado de pensiones, es decir, que las prestaciones de los pensionistas sean suficientes para cubrir las necesidades de dicha población durante la vejez, a través de un alto nivel de ahorro y de rendimiento del fondo, en términos de la sustitución que implica la pensión con relación a la remuneración recibida mensualmente por la persona en su época de trabajador, concepto relacionado con la transferencia de la capacidad adquisitiva individual de los periodos activos a los pasivos, que suaviza el consumo a lo largo del ciclo de vida. Este objetivo surge de la dignidad pensionaria que redunda en una pensión mínima, según la STC 0050-2004-AI/TC y otros.*
> *- Distribuir el ingreso de los pensionistas, con transferencias desde los sectores con mayores ingresos hacia los de menores, lo que implicará mitigar la pobreza en la población adulta mayor. Este objetivo tiene sustento en el principio de solidaridad establecido en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.*
> *- En vista de que se ha convertido en el más importante programa de transferencias de renta del sector público, procurar que el sistema sea sostenible, sin déficit de financiamiento. Este objetivo surge del principio de sostenibilidad financiera establecida en la STC 0050-2004-AI/TC y otros. Adicionalmente, el diseño de la intervención pública estriba en que el trabajador activo pueda ahorrar para conseguir los fondos necesarios en su etapa de descanso (...).*

- Posibilitar que la mayor cantidad de personas en edad de trabajar puedan encontrarse afiliadas a los sistemas previsionales existentes en el país y que puedan aportar dentro de él. Este principio tiene sustento en la ampliación del sentido del libre acceso a las pensiones, fijado en la STC 1417-2005-PA/TC y la promoción del ahorro por parte del Estado, establecido en el artículo 87 de la Constitución"[78].

Por diversas circunstancias las personas no logran ahorrar para cuando llegan a la vejez, período de la vida en el cual ya no se puede trabajar. Esto genera el riesgo de afrontar pobreza en el tiempo de mayor vulnerabilidad. En ese sentido, es necesaria la intervención del Estado exigiendo a las personas aportar obligatoriamente para su vejez en uno de los sistemas de pensión que el Estado provee.

En el caso del Sistema de pensiones peruano, estos problemas han sido abordados por diversos estudios, que han identificado sus principales problemas y han concluido en la necesidad de una reforma integral del sistema en vez de adoptar medidas que sean aisladas.

Comisión de Protección Social (2017)[79]

Este trabajo realizado por un grupo de expertos convocados por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) concluyó lo siguiente:

i. Sistema fragmentado: SNP, SPP y pilar no contributivo (Pensión 65), los cuales funcionan aislados.
ii. Baja cobertura: Solo el 14% de la Población Económicamente Activa (PEA) puede aspirar a recibir una pensión (formales dependientes).
iii. Inequidad y regresividad: Mientras que en el SNP no alcanzar los 20 años de aportes significa no tener una pensión, esa misma persona sí podría acceder a una pensión en el SPP.
iv. Gestión de portafolios: Cortoplacista por parte de las AFP.
v. Comisiones: Elevadas comisiones sobre el ahorro.
vi. Riesgo de longevidad: El Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA) transfiere el riesgo de longevidad a las personas, elevando la probabilidad de pobreza e indigencia en la vejez.
vii. Opacidad: Ausencia de información y asesoría financiera adecuada, activa, independiente, simple y de fácil acceso.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

En el informe presentado[80], la OECD sugiere abordar aspectos esenciales en el sistema de pensiones peruano:

a. Abordar la pobreza en la vejez.
b. Establecer un marco sólido para que el sistema contributivo cumpla con sus objetivos.
c. Mejorar la cobertura del sistema y el nivel de las pensiones.
d. Optimizar el diseño y mejorar la regulación del sistema de capitalización individual.

Su objetivo es mejorar la confianza en el sistema de pensiones, la OECD detectó una falta de confianza en el sistema de pensiones. La población no entiende claramente

78 Fundamento 49 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaida en el Expediente N° 0013-2012-PI/TC.
79 Con Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10. Crean el Grupo de Trabajo denominado "Comisión de Protección Social".
80 OECD (2019), OECD Reviews of Pension Systems: Peru, OECD Reviews of Pension Systems, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/e80b4071-en.

cómo funciona y cómo los aportes al sistema les serán beneficiosos financieramente llegada la edad de jubilación. Hay, además, una percepción de que las instituciones públicas y privadas involucradas no operan buscando el mejor interés de los afiliados. Para ello las opciones de política que propone son:

a. Promover el conocimiento respecto del funcionamiento del sistema de pensiones. Más peruanos esperan recibir un ingreso del programa Pensión 65 al jubilarse, que del sistema de contribuciones demostrando así una significativa falta de comprensión de los beneficios que este sistema les puede brindar. Los programas de educación financiera en los colegios deben incluir la enseñanza acerca del sistema de pensiones. Para los adultos, se deben usar campañas de sensibilización o concientización nacional para educar al público en general, y alentarlos a que ahorren en el sistema.

b. Mejorar la confianza en las instituciones financieras del sistema de pensiones, estableciendo una plataforma centralizada como principal punto de contacto de los afiliados. Esto ayudará a mitigar la percepción respecto de quién es responsable por los errores, y minimizará las oportunidades de fallas en los procedimientos.

c. Asegurar la efectividad de las normas existentes requiriendo que las AFP eviten y/o manejen los posibles conflictos de interés que enfrentan.

d. Fortalecer la independencia y marco de acción de la SBS, con la finalidad de mostrar que las instituciones que operan dentro del sistema de pensiones están sujetas a la normativa existente, y que no actuar en pro de los mejores intereses de los afilados podría conllevar riesgos.

Índice Mundial de Pensiones

El Índice Mundial de Pensiones elaborado por Mercer y el CFA Institute compara los sistemas de ingresos de jubilación en todo el mundo y pone de manifiesto algunas deficiencias en los mismos y sugiere posibles áreas de reforma que permitirían ofrecer beneficios de jubilación más adecuados y sostenibles. Se hace mención que el acceso temporal a pensiones ahorradas o la reducción el nivel de las tasas de contribución obligatoria para mejorar las posiciones de liquidez de las familias, pueden tener impacto significativo en la adecuación, sostenibilidad e integridad de los sistemas de pensiones.

En el año 2020, el Índice Mundial de Pensiones[81], ubica al Perú en la posición 24 de 39 países, tras analizar su adecuación, integridad, y sostenibilidad, con un valor promedio de 57.2:

i. Adecuación: El Perú obtuvo 59.5 en el subíndice de adecuación; con la posibilidad de ofrecer beneficios a los adultos mayores en estado pobreza, se sugiere replantear las diversas razones para acceder a los recursos de las pensiones para propósitos que no sean la jubilación.
ii. Integridad: Tuvo una calificación de integridad de 64.6, ubicándolo en la posición 28 de esta categoría al tener importantes oportunidades de mejora en términos de "Governance" del sistema de pensiones, que va más allá de simplemente regular el sistema obligatorio.

81Mercer CFA Institute (01-03 2021). Índice global de pensiones 2020 Mercer CFA Institute. *https://www.latam.mercer.com/our-thinking/global-pension-index.html#compare*

iii. Sostenibilidad: Finalmente, en sostenibilidad recibe una calificación de 49.2.

Consejo Evaluador de Pensiones (2020)

El Consejo Evaluador de Pensiones[82], del cual formaron el MEF, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la ONP y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), elaboró un informe en el cual se propuso una reforma previsional, que contempló lo siguiente:

Cuadro N° 10
Propuesta de Sistema Integrado de Pensiones del Consejo Evaluador

Propuesta del Sistema Integrado de Pensiones			
Pilar de protección	**Propuesta de diseño**	**Características**	**Aspectos complementarios**
Pilar Cero	Pensión 65	No contributivo-programa asistencial	Dirigido a aliviar pobreza
Pilar Uno	Sistema de ahorro individual	Garantía estatal para completar faltante (pensión mínima)	Sistema Integrado de Pensiones: ▪ Garantía de pensión mínima ▪ Gestión de los fondos: AFP y Entidad Pública
Pilar Dos		Pensión autofinanciada con aporte individual	
Pilar Tres	Ahorro voluntario	Afiliados en general	Mecanismos para aporte voluntario
			Facilidades y esfuerzos focalizados

Como se advierte, el Consejo Evaluador de Pensiones contempló una propuesta que amplía la cobertura previsional, establece el rediseño y la integración de los sistemas de pensiones para promover la inclusión y la igualdad de oportunidades con fines previsionales, y mejora la calidad de las pensiones.

Asimismo, se destacó el rol complementario que debe tener la participación pública con la privada, constituyendo el Pilar Uno y el Pilar Dos la parte obligatoria del ahorro individual, que combina la posibilidad de contar con una pensión mínima con los beneficios de la capitalización de los ahorros.

La reforma integral del Sistema Previsional Peruano debe definir temas relevantes como las condiciones macroeconómicas (PBI, inflación, deuda pública, mercado de capitales), las condiciones laborales (PEA, rigidez del mercado laboral, informalidad, trabajadores independientes), las condiciones demográficas (Fertilidad, mortalidad, pirámide generacional, migración, dicotomía rural-urbano, distribución por sexo), las condiciones sociales (Riqueza-pobreza, Índice de Gini, Índice de Desarrollo Humano, educación) y las condiciones jurídico constitucionales (Derechos, modelo de Estado, modelo de economía, finanzas públicas, reglas previsionales).

Dada la naturaleza y el horizonte temporal de la reforma, y a fin de adoptar políticas previsionales técnicamente viables y económicamente sostenibles, debe ser de amplia base, en el que no sólo debe participar Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, según mandato constitucional, sino otros órganos constitucionales y la academia, a fin de

82Creado mediante la Ley Nº 30939, Ley que establece el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el Sistema Privado de Pensiones.

garantizar la presencia de una opinión técnica y sólida. En esa línea estuvo la propuesta del Poder Ejecutivo para el debate de la reforma[83].

En ese orden de ideas, mediante el Decreto Supremo N° 081-2022-PCM[84], publicado el 10 de julio de 2022, el Poder Ejecutivo ha creado la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de elaborar los Informes Técnicos que contengan la evaluación del Sistema Previsional Peruano, así como una propuesta normativa para crear el nuevo Sistema de Pensiones.

En consecuencia, como se podrá apreciar, **el Estado viene haciendo esfuerzos para dar una solución a la problemática existente en el Sistema Previsional Peruano, por lo que, habrá que esperar a que la Comisión Multisectorial elaboré el Informe Técnico que contenga la evaluación del Sistema Previsional Peruano, así como la creación del nuevo sistema de pensiones, sin afectar la sostenibilidad fiscal**.[85]

La necesaria reforma del sistema de pensiones debe contemplar la posibilidad de traspaso de un régimen previsional a otro, como parte de una reforma integral que comprenda, entre otros, la evaluación del traslado de los afiliados del SNP al SPP, así como también del SPP al SNP, priorizando el objetivo de ampliar la cobertura, impulsar la inclusión e igualdad de oportunidades con fines previsionales de los trabajadores.

la naturaleza y el horizonte temporal de la reforma, y a fin de adoptar políticas previsionales técnicamente viables y económicamente sostenibles, debe ser de amplia base, en el que no sólo debe participar Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, según mandato constitucional, sino otros órganos constitucionales y la academia, a fin de garantizar la presencia de una opinión técnica y sólida.

SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

El artículo 2 de la Autógrafa de ley, al proponer, entre otros, que se otorgue bonos de reconocimiento a los afiliados y ex afiliados al SNP que se trasladaron en el pasado al SPP, contempla un otorgamiento de modo retroactivo.

Al respecto, el **artículo 103 de la Constitución Política del Perú** (modificado por la Ley N° 28389) consagra como regla general la irretroactividad de las normas al establecer que **toda ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes** y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece el reo.

Así, como señala Neves Mujica[86], se acoge la teoría de los hechos cumplidos, la cual plantea que estamos ante una situación de irretroactividad cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquella entre en vigencia; y la situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

---

83 Proyecto de Ley N° 5095/2020-PE, "Ley para la Reforma Integral de los Sistemas de Pensiones", remitida por el MEF a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República (Oficios 001-2020-EF/74.01 y 002-2020-EF/74.01).

84 Decreto Supremo N° 081-2022-PCM, que crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de elaborar los Informes Técnicos que contengan una evaluación del Sistema Previsional Peruano, así como una propuesta normativa para crear el nuevo Sistema de Pensiones.

85 Literales a) y b) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 081-2022-PCM.

86 NEVES MUJICA, Javier (2018). Introducción al derecho del trabajo. 4ta Ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.117.

Luego, sobre la teoría de los hechos cumplidos, Rubio Correa[87] señala que: *"(...) la teoría de hechos cumplidos (...) opta por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos (...). La ley nueva, una vez vigente, rige las relaciones y situaciones jurídicas existentes: no se sigue aplicando la ley anterior. Constitucionalmente, entonces, la regla general será la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos".*

En esa línea, el TC señala en la sentencia recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC, que: *"(..) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes"* (fundamento 2).

Entonces, **a partir de las consideraciones del TC sobre la teoría de los hechos cumplidos y los principios de aplicación inmediata de las normas y prohibición de su aplicación retroactiva, previstos en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, se puede concluir que el otorgamiento de modo retroactivo de bonos de reconocimiento a los afiliados y ex afiliados al SNP que se trasladaron en el pasado al SPP, es inconstitucional.**

LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN COMPILADA EN UN TEXTO ÚNICO ORDENADO DEBE DIRIGIRSE A LA LEY O LEYES ORIGINARIAS

Los artículos 1 y 3 de la Autógrafa de ley refieren a la modificación del artículo 12 del Decreto Ley N° 25897 con el siguiente enunciado: *"artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones,* ***según la numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 054-97-EF"*** (Énfasis nuestro).

Al respecto, de acuerdo con el propio **Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República**, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR, se tiene lo siguiente respecto del Texto Único Ordenado (TUO):

- El TUO es una compilación de normas que recoge y ordena las modificaciones hechas a un dispositivo legal con la finalidad de compilar toda la normativa en un solo texto y facilitar su manejo, permitiendo a los operadores jurídicos contar con un único texto armónico respecto a determinada materia.
- El TUO no posee carácter innovativo ni interpretativo; no modifica el valor y fuerza de las normas ordenadas; y, por tanto, no crea nuevas normas.
- Para la elaboración del TUO, se requiere de habilitación legal y su aprobación se realiza a través de decretos supremos.
- Si se propone la modificación de una disposición que se encuentra compilada en un TUO, dicha modificación debe estar dirigida a modificar la ley o leyes originarias y no a modificar el TUO o el decreto supremo que aprueba el TUO

En atención a lo descrito, **se observa que en los artículos 1 y 3 de la autógrafa de ley, no corresponde incluir el enunciado "según la numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 054-97-EF", en referencia al TUO de la Ley del SPP, siendo solo suficiente la referencia a la norma originaria que en este caso es el Decreto Ley N° 25897.**

87 RUBIO CORREA, Marcial (1999). El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho). 8va Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p.330.

LA MODIFICACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA DEBE SER PRECISA Y EXPRESA, NO PUDIENDO SER IMPRECISA, GENÉRICA O INDETERMINADA

La única disposición complementaria modificatoria de la Autógrafa de ley señala: *"Quedan modificadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley".*

Al respecto, se debe atender a que, de acuerdo con el Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, y con el artículo 43 del **Reglamento de la Ley N° 26889**, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2022-JUS, aplicable al Poder Legislativo como entidad de la administración pública, la modificatoria total o parcial de una norma, que se consigna en disposiciones complementarias modificatorias, debe ser precisa y expresa: i) indicando la disposición, o parte de ella, que se modifica; ii) consignando la categoría normativa, número y título de la norma a ser modificada; y, iii) presentando el texto de la disposición modificada entre comillas.

En consecuencia, de conformidad con los dispositivos antes referidos, no corresponde recurrir a la fórmula normativa de modificación imprecisa, genérica o indeterminada como ocurre en la única disposición complementaria modificatoria de la autógrafa de ley, sino que la cláusula de modificación del derecho vigente debe ser precisa y expresa.

LA DEROGATORIA DE UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA DEBE SER PRECISA Y EXPRESA, NO PUDIENDO SER TÁCITA, IMPRECISA, GENÉRICA O INDETERMINADA

La única disposición complementaria derogatoria de la Autógrafa de ley señala: *"Quedan derogadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley".*

Al respecto, se debe atender a que, de acuerdo con el Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, y con el artículo 44 del Reglamento de la Ley N° 26889, aplicable al Poder Legislativo como entidad de la administración pública, la derogatoria total o parcial de una disposición normativa vigente, que se consigna en disposiciones complementarias derogatorias, debe ser precisa y expresa, no pudiendo ser tácita, imprecisa, genérica o indeterminada, lo cual suele presentarse con fórmulas como "se deroga todo lo que se oponga".

En consecuencia, de conformidad con los dispositivos antes referidos, no corresponde recurrir a la fórmula normativa de derogación genérica indeterminada como ocurre en la única disposición complementaria derogatoria de la autógrafa de ley, sino que la cláusula de derogación del derecho vigente debe ser precisa y expresa, indicando tantos la(s) norma(s) o parte de ella(s).

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros

Proyecto de Ley: 1260/2021-CR y otros

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **31** de **enero** del **2023**

Pase a las comisiones de:
-ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA; y
-TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
Con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ACTUALIZA EL BONO DE RECONOCIMIENTO A LOS APORTANTES Y EXAPORTANTES DE LA ONP

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto actualizar el Bono de Reconocimiento y modificar el artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, según la numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante el Decreto Supremo 054-97-EF.

Artículo 2. Asignación del Bono de Reconocimiento

Tienen derecho a recibir el Bono de Reconocimiento, por los aportes realizados, los afiliados y exafiliados al Sistema Nacional de Pensiones que se trasladaron o se trasladen al Sistema Privado de Pensiones. El mencionado bono se deposita de oficio en la cuenta individual de capitalización (CIC).

Artículo 3. Modificación del artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, según numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante el Decreto Supremo 054-97-EF

Se modifica el artículo 12 del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, según la numeración de su Texto Único Ordenado aprobado mediante el Decreto Supremo 054-97-EF, el cual quedará redactado en los siguientes términos:

*"**Bonos de Reconocimiento. Transferencia. Garantía***

***Artículo 12.** Los Bonos de Reconocimiento pueden ser transferidos por endoso. El endoso del primer titular solo puede hacerse a título oneroso y a cambio de dinero, el que debe ser íntegramente abonado en la cuenta individual de capitalización del primer titular a que se refiere el artículo 19 de la presente ley. Tal transferencia debe ser necesariamente efectuada a*

través de la AFP en la que está afiliado el trabajador. La AFP está impedida de recibir retribución por dicho servicio.

Los Bonos de Reconocimiento no pueden ser dados en garantía por el titular original. Los Bonos de Reconocimiento tienen el valor nominal, actualizado conforme a los índices de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya.

La fecha a partir de la cual pueden efectuarse las transferencias a que se refiere el presente artículo es fijada por decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. *La Oficina de Normalización Previsional (ONP) emite de oficio, de manera semestral, el listado de aportantes que tienen derecho al Bono de Reconocimiento y lo comunica a las AFP para que se realicen los trámites correspondientes.*

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. *El Poder Ejecutivo mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, en un plazo no mayor de 12 meses de publicada la presente ley, emite el Bono de Reconocimiento para los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones que opten por incorporarse al Sistema Privado de Pensiones desde 2002 en adelante, facultándosele a establecer los requisitos y condiciones para acceder a este beneficio.*

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones establece los procedimientos y orientación necesaria con las administradoras de fondos de pensiones, a fin de que los afiliados tomen conocimiento y puedan hacer efectivo su derecho al Bono de Reconocimiento dispuesto en la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. *Quedan modificadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley.*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
V°B°
A. DAVILA
Jefe del Departamento de Relatoría y Agenda

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. *Quedan derogadas todas las normas legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley.*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
V°B°
J. ANGELES
Director General Parlamentario

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.
En Lima, a los nueve días del mes de enero de dos mil veintitrés.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
V°B°
J. CEVASCO
Oficial Mayor

JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA