

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY QUE LIBERA LOS FONDOS DE LAS AFP: ¿AHORRO FORZOSO PREVISIONAL VS. LIBERTAD INDIVIDUAL?***

“La Seguridad Social [en pensiones] se convierte en un instrumento esencial para la garantía de las condiciones de existencia de los individuos, y por ello es el núcleo o corazón del Estado Social y Democrático de Derecho”¹.

César Abanto Revilla*

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

La seguridad social es esencialmente un mecanismo de protección que tiene por finalidad brindarnos las herramientas o prestaciones necesarias para atender las diversas contingencias sociales que se presentan a lo largo de nuestra vida (vejez, accidente, enfermedad, embarazo, muerte, etc.), con el objetivo de que mantengamos un nivel económico que nos permita cubrir las necesidades básicas, lo que en un modelo tradicional se logra a través de la redistribución de las rentas y en un modelo moderno a través de la capitalización individual de los fondos.

Sin embargo, pareciera que en el caso peruano la aspiración de tener un sistema de Gobierno con mayor protección, resulta ser una inalcanzable aspiración, pues contrariamente a reforzar dichos mecanismos de tutela ante contingencias sociales específicas como la vejez, se está generando una mayor “inseguridad social”, que se concreta a través de normas que, rebasando abiertamente la Carta Marga, desarticulan las instituciones y las bases mismas de nuestro Derecho Previsional.

La muestra más clara es la aprobación -por insistencia del Congreso de la República- de un proyecto de ley, nacido como respuesta a la publicación de una propuesta de nuevas Tablas de Mortalidad de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que -entre otros aspectos- permite a los afiliados o asegurados del Sistema Privado de Pensiones (SPP) retirar hasta el 95.5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización al cumplir los 65 años de edad, lo que implica que -de optar por dicho retiro- perderían la posibilidad de gozar de una pensión de jubilación (o vejez).

La discusión data del 12 de noviembre de 2015, fecha en la cual la Comisión de Economía del Congreso aprobó el Proyecto de Ley N° 5047/2015-CR, que proponía diversas modificaciones al Texto Único Ordenado de la Ley del SPP, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF.

* Abogado y Maestro en Derecho por la USMP. Profesor de Seguridad Social y Derecho Previsional en la Maestría de Derecho del Trabajo de la PUCP y la USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

** Agradezco la colaboración del Javier Paitán Martínez (UNMSM), abogado del Área Previsional del Estudio González & Asociados Member of Littler Global y adjunto de Docencia de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la PUCP, en la elaboración del presente comentario.

¹ APARICIO TOVAR, Joaquín. “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”. En: VV.AA. La Seguridad Social a la Luz de las Reformas Pasadas, Presente y Futuras: Homenaje al Profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación. Granada, 2008, p. 119.

El 4 de diciembre de 2015 el Pleno del Congreso aprobó por unanimidad dicho proyecto, sin embargo, fue observado por el Poder Ejecutivo mediante Oficio N° 004-2016-PR² de fecha 8 de enero de 2016.

Cuando parecía que el tema sería debatido en el próximo Congreso, en la Sesión del Pleno del 14 de abril de 2016 se aprobó el citado proyecto de ley -con 84 votos a favor, 2 en contra y 0 abstenciones-, al amparo de lo dispuesto por el Artículo 108° de la Constitución Política, que ha sido publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de abril como la Ley N° 30425, y en su Artículo 2° adiciona la Vigésimo Cuarta Disposición Final al T.U.O de la Ley del SPP, que ha sido redactada en los siguientes términos:

Opciones del afiliado

Vigésimo Cuarta.- El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda bajo cualquier modalidad de retiro, o solicitar a la AFP la entrega de hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considere necesarias. El afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal. (...).

Bajo la idea errada de que al ser los fondos “propiedad” de los asegurados, serán ellos quienes deban decidir el destino (y uso) de los mismos, se está confiando que la mayoría de éstos será capaz de encontrar un mecanismo u opción empresarial, bancaria, financiera o bursátil que les permita generar una rentabilidad suficiente que los provea de una pensión de jubilación por el resto de sus vidas (después de los 65 años de edad), sin derecho a reclamar -cuando se hayan agotados sus fondos- el acceso a una prestación estatal similar a “Pensión 65”.

Si bien la reacción natural e inmediata del ser humano, al tener que decidir entre disponer de sus ingresos para atender gastos (necesidades) presentes y ahorrar para una previsión a futuro (vejez o jubilación), sea la de priorizar y utilizar su liquidez hoy, es el Estado quien deberá buscar las medidas que sean más convenientes para la mayoría, a fin de asegurar una base o piso mínimo de protección, dentro de las cuales se encuentra precisamente la seguridad social, que si bien en las últimas décadas ha atravesado diversas crisis estructurales, tanto por factores demográficos (incremento de la longevidad y disminución de las tasas de natalidad), como de carácter administrativo (manejo deficiente e irregular de las entidades previsionales estatales) y financiero (incremento de la informalidad laboral y la morosidad en el pago de los aportes, por parte de los empleadores), que han originado la implementación de reformas diversas, de las cuales la más relevante ha sido una participación más activa de entidades privadas en la gestión y atención de sus prestaciones (pensiones y salud), ello no debe justificar que se “abra la puerta” de acceso a los fondos que deben servir de sustento para las pensiones de vejez.

El sistema pensionario debe y tiene que ser reformulado en su integridad, tanto en su vertiente privada (SPP) como pública (Sistema Nacional de Pensiones - SNP), sin embargo, ello no

² El Ejecutivo enfatizó que el Artículo 2° del proyecto: i) generaría un perjuicio al afiliado, al trasladarle el riesgo de longevidad y el riesgo de retorno; ii) según la economía del comportamiento no resulta conveniente, dadas las condiciones del mercado, caracterizado por asimetrías de información, lo cual puede conllevar a que el afiliado tome una mala decisión para su futuro; iii) vulnera lo dispuesto en los Artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución Política; y, iv) implicaría el incumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

pasa por habilitar que los fondos sean utilizados bajo el “libre albedrío”, sino por implementar mecanismos que ajusten los errores y excesos que existen y hay que cambiar o suprimir.

El principal y verdadero problema de nuestro sistema pensionario es el mínimo porcentaje de la cobertura subjetiva previsional, es decir, la escasa cantidad de personas protegidas que en el futuro accederán a una pensión, que apenas bordea el 25%. En lugar de proponer normas que afectan la esencia de la existencia misma de los regímenes previsionales (el ahorro forzoso), se han debido enfocar, desde el principio de su mandato (Julio 2011), no a las finales, en la búsqueda de mecanismos concretos para reducir la informalidad laboral, que supera el 70%.

Con la dación de la Ley N° 30425, surgen algunas interrogantes respecto a la evaluación de su constitucionalidad: ¿vulnera el acceso a la seguridad social?, ¿se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión?, ¿se afecta la intangibilidad de los fondos pensionarios? En las siguientes líneas analizaremos estas dudas.

II. LA DISCUSIÓN SOBRE EL DESTINO DE LOS FONDOS DE LAS AFP

Desde la puesta en marcha del SPP, a mediados de 1993 (Decreto Ley N° 25897), el nuevo sistema sirvió de alternativa a los trabajadores de ingresos medios y altos, a los cuales no les convenían las reglas del SNP, que en esa época padecía una crisis financiera crónica, pese a lo cual se implementaron reformas legislativas para las AFP, siendo las más resaltantes las del 2002 (Ley N° 27617), el 2007 (Ley 28991³) y el 2012 (Ley N° 29903⁴).

Fue con posterioridad a los problemas derivados de la implementación de la reforma del 2012, en especial, de la frustrada obligatoriedad de afiliación a un régimen de pensiones (público o privado) de los trabajadores independientes, que -a finales del 2015- la SBS presentó una propuesta de nuevas Tablas de Mortalidad que generó observaciones tanto del sector político como de la colectividad, lo que determinó no sólo la desaparición de dicho proyecto, sino que aparezcan una serie de ideas para reformar el SPP, dentro de las cuales obtuvo mayor consenso la de liberar el 95.5% de los fondos de la cuenta individual de los afiliados de las AFP al cumplir los 65 años de edad.

Como hemos indicado, este proyecto derivó en la dación de la Ley N° 30425, que en poco o nada contribuye al desarrollo y fortalecimiento del Derecho Previsional, por el contrario, está debilitando la existencia misma de los regímenes pensionarios al colocar en entredicho la razonabilidad del “ahorro forzoso”, en aras de defender (en teoría) la libertad de elección del afiliados al SPP, quien debe, finalmente, decidir el destino de sus fondos, aunque ello -en la práctica- implique que no tenga acceso a una pensión de jubilación para la vejez.

En efecto, a partir del 22 de abril de 2016 (ejecutable desde el 16 de mayo) los asegurados con 65 o más años de edad podrán optar, de forma excluyente, entre las siguientes posibilidades:

- a) Acceder a una pensión bajo alguna de las modalidades que ofrece el SPP.
- b) Solicitar la entrega de hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC, en las armadas que considere necesarias. De elegir esta última opción, el afiliado no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal (por ejemplo, “Pensión 65”).

³ Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

⁴ Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

La segunda opción no aplicará para los afiliados que ya se encuentran recibiendo una pensión en el SPP.

Según la Asociación de AFP⁵, actualmente hay 6'045,363 afiliados al SPP de los cuales unos 37,000 superarían los 65 años, y hay un grupo de 18,000 que estarían cumpliendo la edad de jubilación durante el presente año, sumando un total de 55,000 afiliados afectados en el 2016. El fondo estimado del primer grupo ascendería a S/. 1,739 millones, mientras que el del segundo grupo sería de S/. 1,634 millones, haciendo un total de S/. 3,373 millones respecto a los cuales se podría solicitar el retiro del 95.5%.

III. AHORRO FORZOSO PREVISIONAL VS. LIBERTAD INDIVIDUAL

En principio, cabe recordar que la seguridad social, así como los sistemas previsionales, no pueden dejar de ser obligatorios, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, al interpretar las obligaciones que emanan de un Estado Social y Democrático de Derecho⁶.

Pese a ello, bajo la afirmación de que “el sistema previsional es un fracaso”⁷ y la premisa que la libertad del hombre es el valor supremo al que todos los demás se sujetan, la obligatoriedad de afiliarse y de aportar y, por ende, de tener un ahorro forzoso previsional, pierden relevancia económica, jurídica y social, se está en contra de todo mecanismo que busque garantizar un mínimo de protección a las personas ante cualquier contingencia social.

Siguiendo a Friedman⁸, algunos consideran que “si un hombre conscientemente prefiere vivir para hoy, usar todos sus recursos para el disfrute actual, deliberadamente escogiendo una vejez penosa, ¿sobre qué derecho podemos prevenirle que lo haga? ¿No hay alguna posibilidad de que él esté en lo correcto y nosotros equivocados? La humildad es el valor distintivo de los que creen en la libertad: la arrogancia le corresponde a los paternalistas.”.

En nombre de la libertad individual, se pretende sacrificar al ahorro forzoso previsional, que garantiza -para la mayoría- la existencia de los recursos mínimos para obtener una pensión.

Como señalamos al inicio, la norma aprobada nos genera las siguientes interrogantes:

- ¿Acaso alguien que hasta los 65 años nunca tuvo una experiencia, negocio o actividad empresarial, la iniciará en esa etapa de su vida?
- ¿Será que la mayoría de afiliados a las AFP cuentan con la formación financiera suficiente para que inviertan los fondos que retiren en operaciones que les garanticen un monto mayor (o igual) a la pensión que percibirían por el resto de sus vidas?
- Y después que agoten el 95.5% de su fondo, ¿qué será de ellos? ¿Tendrán que engrosar la lista de beneficiarios del Programa "Pensión 65" (si existe aún)?

⁵ <http://peru21.pe/economia/afp-conozca-procedimiento-retirar-955-sus-fondos-2244950>. Página web consultada el 3 de mayo de 2016.

⁶ ROMERO MONTES, Francisco. “La seguridad social y su carácter obligatorio”. En: Revista del V Congreso Peruano de Derechos del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 1967, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo, p. 229.

⁷ CRUZ SACO, María; MENDOZA, Juan y SEMINARIO, Bruno. “El Sistema Previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, Proyecciones 2014-2050 y Reforma. Documento de Discusión”. Lima, Universidad del Pacífico, 2014, pp. 32-33.

⁸ FRIEDMAN, Milton. “Capitalism and Freedom”. Chicago, University of Chicago Press, 1982. p.188.

Si de manera consciente decido liberar el 95.5% de mi fondo de pensiones para el disfrute actual de dichos recursos, ¿de qué me servirá la libertad, si ya no tendré acceso a una pensión que permita sufragar los gastos de vejez durante el resto de mi vida? Siendo aún más trágicos, ¿de qué me servirá dicha libertad, si al agotar dicho fondo no tendré la ayuda del Estado, pues estoy renunciando expresamente a recibir cualquier beneficio de garantía institucional?

Debemos considerar a la seguridad social como un derecho humano fundamental que aliente o haga posible el disfrute real y efectivo de los demás derechos (la vida, la salud, etc.), por ello la necesidad que existan sistemas de previsión en el mundo es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis⁹, pues no hay país que no tenga políticas de protección social, a pesar que resulten modestas, molestas, inconvenientes o impopulares.

El hecho de que el sistema de pensiones pueda tener deficiencias -por ejemplo, prestaciones insuficientes-, que se presentan en los países desarrollados y subdesarrollados, no justifica su obstrucción, menos su abolición. La importancia del ahorro forzoso previsional radica en que a través de dicho mecanismo obligatorio se obtiene recursos para generar una pensión -aunque sea mínima- para sufragar la vejez y no ser una carga social para el Estado.

Entonces, para el real ejercicio del derecho a la libertad individual, sin que ello signifique su restricción, la seguridad social se constituye tanto para el acceso a prestaciones de salud como a las pensiones, pues el Estado, como garante de este derecho, tiene que obligar al trabajador activo a ahorrar para contar con los fondos necesarios en su etapa de descanso. Así, se debería posibilitar que la mayor cantidad de personas -en edad de trabajar- se afilien a un sistema de pensiones y coticen regularmente. Esta medida, tiene sustento adicional en la obligación del Estado de promover el ahorro, prevista en la Constitución Política (Artículo 87°).

IV. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 30425

El Estado Social y Democrático de Derecho, como se desprende de un análisis conjunto y una interpretación sistemática de los Artículos 3° y 43° de la Constitución Política, se caracteriza por establecer una continua preocupación por el bienestar de sus ciudadanos¹⁰, ello, como consecuencia de que la persona humana y su dignidad constituyen la premisa esencial sobre la cual se fundamenta toda la actuación estatal.

Precisamente, en la medida que la Carta Magna reconoce los derechos sociales y económicos (Artículos 4° y siguientes), el Estado está llamado a garantizar a los ciudadanos el acceso a las prestaciones de la seguridad social (salud y pensiones), la educación y el trabajo¹¹.

En efecto, existe una obligación estatal de efectivizar el derecho fundamental a la pensión, en tanto la seguridad social es una garantía institucional; además, se trata de un compromiso supranacional proveniente de los tratados sobre Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al citado derecho¹².

⁹ GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo. "Problemática de las personas mayores y la necesidad de espacios legislativos". En: Foro Envejecimiento con dignidad por una pensión no contributiva, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 22, 23 y 24 de setiembre de 2011, p. 234.

¹⁰ BENDA, Ernesto. "El Estado Social". En: VV.AA. "Manual de Derecho Constitucional". Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 552.

¹¹ LEÓN VÁSQUEZ, Jorge Luis. "Deberes fundamentales del Estado". En: VV.AA. La Constitución Comentada. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 693.

¹² En ese sentido, ver la STC N° 01776-2004-AA/TC, fundamentos 15 al 17.

¿Cómo se aplicará dicho rol con ocasión de la dación de la Ley N° 30425? En este punto del artículo analizaremos la constitucionalidad (o no) de dicha medida.

De la Constitución Política se deriva toda la normativa jurídica nacional, sea esta formal (ley) o material (reglamentos y normas infralegales), por tanto, sin excepción y como requisito sine qua non de validez y legitimidad social, deberá ceñirse forzosamente al marco constitucional vigente, y en caso de contravenirlo o descartarlo, dichas normas deberán ser declaradas como inconstitucionales (no se ajustan a sus disposiciones o las rebasan) o anticonstitucionales (son expedidas contraviniendo abiertamente la disposición contenida en la Carta Fundamental que pretenden regular)¹³. Revisemos entonces el contenido de la norma cuestionada.

4.1 Vulnere el acceso al derecho humano a la seguridad social

Todas las personas, como miembros de una sociedad, tienen el derecho a la seguridad social, por ser un derecho humano y fundamental que es exigible al Estado en su actuación directa (rector del sistema) o indirecta (supervisión), por tanto, cualquier disposición legal que no cuente con el debido soporte constitucional (debida legitimación social), es decir, inobserve, contravenga o vulnere las disposiciones de la Carta Magna que contemplan tal derecho, serán disposiciones normativas inconstitucionales.

La seguridad social, más allá que en su administración y gestión intervengan entes privados (como las AFP), es un derecho social económico exigible a todo Estado, como se reconoce en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (Artículos 22° y 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículos 9° y 25° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio 102 de la OIT - Normas Mínimas de la Seguridad Social; Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; y, Artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador, que forman parte del bloque de constitucionalidad del derecho fundamental a la seguridad social (y a la pensión).

El ser humano, por actuar dentro de una sociedad, deja de ser un individuo para transformarse en “ciudadano social”. Por ende, a quien se quiere proteger con el mecanismo de la seguridad social no es a la persona, considerada en lo individual, sino a la sociedad en su conjunto¹⁴.

Por otra parte, la adscripción al modelo del Estado Social y Democrático de Derecho impone la ejecución de medidas eficaces y constantes para alcanzar progresivamente la vigencia de los derechos económicos y sociales, como se reconoce en la STC N° N° 02016-2004-AA/TC (fundamentos 9 al 11), una de éstas es la seguridad social, manifestada en las pensiones. Este derecho tiene un doble propósito claramente identificable: por un lado, su reconocimiento busca la protección ante determinadas contingencias, y, por el otro, persigue la elevación de la calidad de vida de toda persona (STC N° 01396-2004-AA/TC, fundamento 3).

¹³ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. “El reconocimiento constitucional del derecho de la seguridad social en América”. En: Seminario Técnico Regional de la AISS: La regulación del derecho de la seguridad social en la agenda social de los Estados. Bogotá, Colombia, 26 al 30 de noviembre de 2007.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Miguel e INÉS, Nora, “La solidaridad en la Seguridad Social. Hacia una ciudadanía social”. En: Brevarios de Seguridad Social, México, 2009, CIESS, p. 56.

El Artículo 10° de la Constitución Política contiene un mandato imperativo (fundamental para el Estado) para materializar el principio de universalidad: incorporar, de forma progresiva, la mayor cantidad de personas bajo la protección de la seguridad social, medida que está siendo contravenida de forma directa por esta ley, al dejar sin pensión a miles de afiliados del SPP.

En efecto, al permitir que los afiliados con 65 o más años de edad puedan retirar hasta el 95.5% de los fondos de su CIC, se les condena implícitamente a no percibir una pensión, por tanto, se rebasa y contraviene los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que prescriben que la seguridad social, en tanto derecho humano y fundamental, es irrenunciable, inalienable e inextinguible para todos los integrantes de la sociedad peruana en su conjunto, y debe ser respetado por sus entidades titulares, como el Congreso y el Poder Judicial.

4.2 Vulnera el contenido esencial del derecho a la pensión

La protección que brinda la seguridad social en pensiones tiene fundamento en el respeto a la dignidad humana, que constituye una de las características sobre las cuales se estructura el Estado Social y Democrático de Derecho. En esta línea, el derecho a la pensión, considerado como un derecho social y económico, también es considerado un derecho fundamental, por disposición del Artículo 3 de la Constitución Política, que enumera los derechos personales sin excluir los demás que la Carta Magna garantiza, tales como la pensión. La protección de las personas, a través de las pensiones, es pilar fundamental de la estructura jurídica del país.

El derecho fundamental a la pensión, según el Tribunal Constitucional (STC N° 00050-2004-AI/TC y N° 01417-2005-AA/TC) implica una obligación del Estado frente a las insuficiencias generadas por diversas contingencias, por tanto, el contenido esencial de este derecho estaría conformado por tres elementos:

- El derecho de acceder a una pensión¹⁵,
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión¹⁶, y,
- El derecho a una pensión mínima vital¹⁷.

Estos tres elementos constituyen el “núcleo duro” del derecho fundamental a la pensión¹⁸, por tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su correcto ejercicio.

Desde nuestro punto de vista, al perder la posibilidad de gozar de una pensión, pese a cumplir la edad jubilatoria general exigible en el SPP (65 años de edad), como consecuencia de la decisión de retirar hasta el 95.5% de los fondos de la CIC, se vulnera el contenido esencial del derecho a la pensión, pues se elimina el acceso a la prestación por vejez.

Asimismo, pese a que se trata de una institución sujeta a los parámetros establecidos por la Ley N° 27617, por tanto, no se aplica para todos los afiliados del SPP, al suprimirse la opción

¹⁵ En la medida que el afiliado o asegurado cumpla los requisitos exigidos por las disposiciones legales: años de edad, años de servicio o aportación, incapacidad física o mental, etc.

¹⁶ La protección ante la suspensión o nulidad inmotivada e ilegal de la pensión. Existen supuestos en que la suspensión es válida, por ejemplo, la prevista en el Artículo 35° del Decreto Ley N° 19990.

¹⁷ Que es la materialización del principio (derecho) a la dignidad humana, al garantizar una prestación que cubra las necesidades básicas.

¹⁸ En el fundamento 108 de la STC N° 00050-2004-AI/TC se prevé, además del contenido esencial, la existencia de un contenido no esencial (reajuste y topes) y un contenido adicional (pensiones de sobrevivientes), que sí pueden ser regulados libremente por el legislador.

de acceder a una pensión jubilatoria se elimina también -de forma accesoria- la posibilidad de percibir una pensión mínima.

Lo expuesto en los puntos previos demuestra que la Ley N° 30425 afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en lo que respecta al acceso a la pensión (y al mínimo), previsto y reconocido expresamente por la STC N° 00050-2004-AI/TC (fundamento 107), por tanto, deviene inconstitucional.

4.3 Vulnera la intangibilidad de los fondos pensionarios del afiliado

La pensión -así como los fondos previsionales- no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, etc.), ni es susceptible de expropiación. Se trata de un derecho que no puede equipararse con la propiedad, particularmente, por el modo en que se transfieren, pues la pensión no puede ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si fuera una herencia, o un bien mueble, pues se encuentra sujeta a requisitos, objetivos y fines establecidos por ley. En este mismo sentido se ha pronunciado la STC N° 00050-2004-AI/TC (fundamento 97).

Los fondos de la CIC son propiedad del afiliado, pero se trata de recursos dinerarios que están sujetos a una finalidad preestablecida por la ley y la Constitución Política (Artículo 12°), por tanto, sólo pueden ser utilizados para objetivos previsionales: el pago de una pensión.

El Artículo 45° del T.U.O. de la Ley del SPP, reconoce al afiliado "... la propiedad sobre los fondos acumulados en su CIC (...)", pero, como indicamos, el hecho que dichos recursos sean parte del patrimonio del asegurado no los convierte en "propiedad", bajo la perspectiva civil (Derechos Reales), sino de fondos salvaguardados por la intangibilidad prevista por la Carta Magna (Artículo 12°), sujetos y destinados solamente para fines previsionales (el pago de una pensión), como ha reconocido la STC N° 00013-2012-AI/TC (fundamento 91).

La finalidad y objetivo de la formación de un fondo pensionario, es asegurar el financiamiento de una prestación en la vejez, que aunque sea ínfima, siempre será mejor que no tener ingreso alguno. Para asegurar el cumplimiento de dicha función, el Artículo 12° de la Constitución Política prescribe que los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles, esto es, que únicamente pueden ser utilizados para la atención de las prestaciones de salud y pensiones, así como los gastos de administración, lo que -como se ha indicado- incluye a las CIC del SPP.

Después de los 65 años es muy difícil conseguir un nuevo empleo, y es precisamente en dicha etapa (tercera edad) que resulta fundamental contar con ingreso mensual regular -por mínimo que sea- para asegurar el pago de las necesidades básicas o esenciales: alimentación, vivienda, salud, etc. Esto justifica la intangibilidad de los fondos pensionarios.

Los fondos de las cuentas privadas previsionales tienen por fin el aseguramiento y la garantía de servir de sustento financiero para el pago de la pensión, por tanto, no pueden ser objeto de apropiación o utilización distinta a lo previsional por parte del Estado, pues ello significaría un gravísimo atentado al Artículo 12° de la Carta Magna¹⁹.

¹⁹ Por ejemplo, se vería afectada la intangibilidad de los fondos pensionarios si en el país se implementara una medida similar a la ejecutada en Argentina, que eliminó el régimen privado de capitalización, apropiándose de los fondos de los afiliados para incorporarlos al sistema público de reparto.

Desde nuestro punto de vista, sólo debió autorizarse el retiro de un porcentaje de los fondos de la CIC, que bajo ningún supuesto supere el 50%, en casos acreditados de grave estado de salud y/o cuando estuviera garantizada de forma indubitable el pago de una pensión que fuera equivalente a una Remuneración Mínima Vital (RMV) por un periodo no menor a diez años.

Por lo expuesto en los puntos precedentes, podemos concluir que el Artículo 2° de la Ley N° 30425 es inconstitucional, no sólo porque afecta directamente el acceso a la seguridad social, sino también el contenido esencial del derecho fundamental (de acceso) a la pensión y la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, parámetro establecido por el Artículo 12° de la Constitución Política. Los fondos de la CIC deben ser utilizados única y exclusivamente para el pago de una pensión, no para fines distintos como el pago de la inicial de una hipoteca, viajes, estudios, emprender un negocio, comprar un vehículo, etc.

V. HACÍA UNA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA PENSIONARIO

Coincidimos con Felipe Morris²⁰, en el sentido que los tres principales problemas del sistema previsional peruano (privado y público) serían:

- a) La baja cobertura subjetiva, es decir, la escasa cantidad de personas protegidas por la seguridad social en pensiones: apenas el 25% de la PEA.
- b) La baja densidad de los aportes. En el caso de los trabajadores dependientes, porque sus empleadores les efectúan los descuentos, pero no pagan a la AFP o la ONP, y en el de los independientes, cuya afiliación sigue siendo voluntaria.
- c) El aumento de la esperanza de vida de los peruanos (y en el mundo, en general), lo que obliga a que los fondos de pensión sean cada vez mayores, pues deberán servir para cubrirnos por más años.

Ni la Ley N° 30425 ni ninguna de las medidas tomadas por el Congreso en materia previsional han procurado la solución de estos problemas. El sistema sigue un decurso de crisis endémica.

En efecto, el envejecimiento progresivo de la población peruana (aumento de la esperanza de vida), la disminución de la natalidad, acompañada por el descenso en el número de aportantes jóvenes, la elevada tasa de informalidad laboral, el autoempleo y los bajos niveles de empleo, afectan de manera inmediata la estructura poblacional del Perú, así como la organización del gasto de los sistemas de pensiones de reparto y capitalización (a cargo de la ONP y las AFP, respectivamente). Se ha producido un aumento de la población activa sin que sea reemplazada por la fuerza juvenil, así como se produce el desfinanciamiento por la falta de aportantes.

Ello se agrava, en mayor medida, con la crisis económica global que reduce el nivel de las pensiones actuales y futuras, tanto de la ONP como de las AFP (hay reducción de los activos financieros y los intereses por la alta volatilidad de los fondos individuales). Ante esta inercia de cambios insoslayables surge la necesidad impostergable de implementar reformas de fondo (estructurales) en nuestro sistema de pensiones.

Se tiene que cambiar de paradigma y asumir una nueva concepción del sistema de pensiones, que tenga como base el modelo multipilar (complementario), lo que requiere una revisión y corrección del sistema de reparto y su integración con el modelo de capitalización, adaptado a

²⁰ <http://elcomercio.pe/economia/peru/sistema-previsional-peruano-tiene-tres-grandes-problemas-noticia-1866328>. Página web consultada el 3 de mayo de 2016.

las condiciones propias de nuestro país, lo cual resulta compatible con lo establecido por el Artículo 11° de la Constitución Política, al permitir regímenes mixtos.

La reforma ya no puede seguir postergándose y es un desafío que deberá afrontar el próximo gobierno, para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema previsional, medida que debe contemplar, además, estrategias multisectoriales para reducir la informalidad laboral, así como la implementación de estamentos básicos de educación para formar una cultura previsional a todo nivel.

Tomando como referente el modelo elaborado por el Banco Mundial en 1994²¹, el sistema ha de comprender a todos los trabajadores, públicos y privados, dependientes e independientes, que aportarían un porcentaje fijado por un estudio actuarial integral previo -que no podría ser menor al 15% de sus ingresos- y se constituiría por los siguientes pilares:

- El primero, que garantizaría a todos los aportantes o afiliados la percepción de una pensión mínima, básica o universal, que fuera equivalente a una RMV. Para financiar esta prestación, se destinaría la mayor parte del aporte (70%).
- El segundo, que complementarí o sumaría al monto de la pensión mínima. A este pilar se destina el saldo restante del aporte (30%). Será una suma mayor o menor, dependiendo de los ingresos de cada trabajador.
- El tercero, conformado por los aportes voluntarios del afiliado.

Se pueden prever aportaciones diferenciadas para sectores laborales o productivos especiales, como las MYPE, a través de mecanismos alternos como las micropensiones²², también, un tratamiento particular para labores estacionarias o temporales, como la pesca, la agricultura o la construcción civil.

El fondo debería financiarse bajo el modelo de capitalización individual y, de preferencia, ser administrado por empresas privadas (tipo AFP) supervisadas por el Estado. La experiencia -a nivel nacional e internacional- ha demostrado que el Estado es un administrador deficiente.

Junto con dicho sistema multipilar pueden subsistir programas asistenciales de pensiones no contributivas como “Pensión 65” y la pensión por “Discapacidad Severa”, que en algunos países conforman lo que se conoce como el “Pilar Cero”.

Es imprescindible que el Gobierno (actual o futuro) abra el diálogo y la discusión con relación al problema pensionario -conjuntamente con todas las fuerzas políticas-, no solo refiriéndose a las normas de las AFP, sino a la legislación previsional en general, puesto que urge contar con políticas sociales de protección social en pensiones de mediano y largo plazo, con esquemas bien diseñados y el sustento financiero necesario que permitan reformar de manera integral el sistema previsional en su integridad.

En ese sentido, consideramos que el propio Presidente de la República debería nombrar una Comisión de Especialistas (nacionales y extranjeros), como las Comisiones Marcel o Bravo, que en el 2008 y 2015, respectivamente, revisaron el sistema chileno y plantearon una serie de medidas que sirvieron de base a las nuevas reformas en dicho país.

²¹ BANCO MUNDIAL. “Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento”. Oxford University Press, Washington, 1994.

²² BERNAL, Noelia; MUÑOZ, Ángel; PEREA, Hugo; TEJADA, Johanna y TUESTA, David. “Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas”. Lima, 2008, BBVA.

Esta reforma estructural, como anticipamos, debe enfrentar de manera directa y paralela dos barreras críticas: la reducción de la informalidad laboral y la falta -o inexistencia- de cultura previsional, de lo contrario, ninguna medida tendrá una incidencia real en el aumento de las personas protegidas por la seguridad social en pensiones.

El ciudadano debe interiorizar desde la infancia que la seguridad social nos protegerá “desde la cuna hasta la tumba”, pero para que ello sea posible no sólo se necesita la participación del Estado, sino la de todos, con nuestros aportes regulares y permanentes, pues las prestaciones no son sólo “un derecho”, sino también “un deber”, una obligación social.