



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00014-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 4 DE MAYO DE 2009

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**MÁS DE VEINTICINCO POR CIENTO DEL NÚMERO
LEGAL DE CONGRESISTAS C/. CONGRESO DE LA
REPÚBLICA**

SÍNTESIS

*Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º
28991, Ley de Libre Desafiliación Informada,
Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen
Especial de Jubilación Anticipada*

Magistrados firmantes

**VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

III. ANTECEDENTES

§ 1. Argumentos de la demanda.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

V. FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio.

§2. Análisis de constitucionalidad de las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones.

§2.1 El sistema previsional administrado por el Estado como "Sistema Público de Pensiones": precisiones interpretativas.

§2.2 Las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

§2.3 La omisión por parte del legislador de incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones.

§2.4 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho a la igualdad.

§2.5 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho fundamental a la información.

§3. Análisis de constitucionalidad de los mecanismos de información al trabajador regulados por la ley impugnada.

§4. Análisis de constitucionalidad de la obligación de afiliar al Sistema Privado de Pensiones a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.

§5. Análisis de constitucionalidad del uso de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones.

§6. Análisis de constitucionalidad del cobro de comisiones por parte de las AFPs y de la supuesta afectación al derecho de propiedad de los aportantes.

§7. Deber constitucional de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

§8. Sentencias constitucionales y equilibrio presupuestal.

VI. FALLO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00014-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de mayo de 2009, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas, representados por don Yonhy Lescano Ancieta, contra la Le N.º 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de marzo de 2007.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

Ley N.º 28991

Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada

TÍTULO I

LIBRE DESAFILIACION AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y RETORNO AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Artículo 1º.- Desafiliación y retorno al Sistema Nacional de Pensiones

Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad.

Artículo 2º.- Desafiliación por derecho a pensión

Adicionalmente, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que al momento de su afiliación a este, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.

Artículo 3º.- Campaña de difusión p una decisión informada

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) desarrollarán una campaña de difusión a nivel nacional respecto de los alcances de la desafiliación, de los procedimientos que debe observar cada afiliado para culminar el trámite correspondiente y de las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes. Para tal fin, dichas instituciones deberán adecuar oficinas de consulta a nivel nacional.

Esta campaña durará tres (3) meses, luego de los cuales se iniciara el procedimiento de desafiliación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 4°.- Procedimiento de la desafiliación

El procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse.

El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos, el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros.

Dicho procedimiento será establecido por el reglamento de la presente Ley, a propuesta de la SBS.

Artículo 5°.- Transferencia de los aportes

Para el caso de los afiliados que opten por desafiliarse del SPP, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deben transferir directamente a la ONP el saldo de las Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), libre de aportes voluntarios sin fin previsional y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento.

La rentabilidad generada en la CIC así como los aportes voluntarios con fin previsional y su respectiva rentabilidad acumulada servirán para compensar la totalidad o parte de la deuda originada por el diferencial de aporte.

Las condiciones y el plazo máximo de transferencia del saldo de las CIC y del Bono o Título de Bono de Reconocimiento a la ONP serán establecidos en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 6°.- Declaración Jurada

La desafiliación a que se refiere la presente Ley se realiza conforme a la voluntad del afiliado expresada en una Declaración Jurada, que será presentada al momento de la desafiliación.

En la Declaración Jurada debe constar de manera expresa que el afiliado ha sido adecuadamente informado acerca de las implicancias, la irreversibilidad y la conveniencia o no de su desafiliación, y de que los recursos provenientes de los aportes, la rentabilidad generada en la CIC y, de ser el caso, del Bono de Reconocimiento, pasan a formar parte de los recursos del SNP, por ser este un sistema de reparto.

(...)

TÍTULO II GARANTÍA DE PENSIONES MÍNIMA Y COMPLEMENTARIAS

(...)

Artículo 14°.- Financiamiento de la Pensión Mínima y de las Pensiones Complementaria

El financiamiento del pago de la Pensión Mínima y de las Pensiones Complementarias, a que se hace referencia en la presente Ley, es cubierto con los recursos y la rentabilidad del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales - Bono de Reconocimiento de forma mensual, una vez agotados los recursos del CIC y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso. Los mecanismos específicos de pago serán definidos en el reglamento de la presente Ley.

TÍTULO III DERECHO A INFORMACIÓN OPORTUNA Y SUFICIENTE

Artículo 15°.- Información oportuna y suficiente

El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación masiva un "Boletín Informativo" sobre las características, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho Boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 16°.- Entrega del Boletín Informativo

El empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del “Boletín Informativo” a que se refiere el artículo 15 a fin de que decida libremente su afiliación.

El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días, contados a partir de la entrega del “Boletín Informativo”, para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, sin que el trabajador hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las sanciones por el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador.

(...)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- Podrán desafiliarse del SPP todos los afiliados que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentran bajo el alcance de la Ley N.° 27252, cuando cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.

(...).

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 9 de mayo de 2007, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, alegando que es incompatible con los derechos fundamentales a la libre elección del sistema pensionario, a la igualdad ante la Ley, a la libertad de información, a la intangibilidad de fondos y reservas de la seguridad social y a la propiedad.

Los fundamentos de la demanda, son los siguientes:

- Señalan que los artículos 1° y 2° de la ley, resultan discriminatorios, pues han excluido los otros supuestos de válido retorno al Sistema Público de Pensiones, previstos en la STC N.° 1776-2004-AA/TC, entre ellos, la indebida información de la que puede haber sido víctima el trabajador al momento de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones. Con ello, refieren que han dejado fuera de los beneficios del retorno al Sistema Público a una amplia gama de trabajadores, afectándose el derecho de libre elección del sistema pensionario, reconocido en el artículo 11° de la Constitución.
- Refieren que no pretenden defender un retorno irrestricto, sino tan sólo un retorno parcial, en los términos desarrollados por el Tribunal Constitucional.
- Sostienen que el artículo 16° de la ley, en concordancia con el artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF, obliga a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

una afiliación compulsiva al Sistema Privado, violando la libre elección del sistema pensionario.

- Alegan que la ley cuestionada ignora al universo de trabajadores que fueron víctimas de información engañosa, información insuficiente o falta de información al momento de afiliarse al Sistema Privado Pensiones, motivo por el cual este bloque de afectados deben tener el derecho de retorno al Sistema Público de Pensiones.

Sostienen que la norma cuestionada, que en teoría fue elaborada para informar, en realidad avala una campaña de desinformación, puesto que no ordena que se dé a los trabajadores toda la información respecto a las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionarios.

- Argumentan que el artículo 14° de la ley, al permitir que sea el Estado el que se haga cargo de garantizar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones, con dinero del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, afecta la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, prevista por el artículo 12° de la Constitución. Refieren que lo que debería ocurrir es que tal pago se encuentre a cargo de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones.
- Respecto a la violación del derecho de propiedad, refieren que la ley dispone que el trabajador que decida retornar al Sistema Público de Pensiones, lo haga con su Cuenta Individual de Capitalización y su rentabilidad, olvidando consignar la devolución de parte de las comisiones percibidas, con lo cual habría un enriquecimiento ilícito a favor de las AFP. Por lo tanto, consideran que la devolución de parte de las comisiones abonadas debe ser un derecho de todos los trabajadores que retornen al Sistema Público.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda.

Con fecha 16 de julio de 2007, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- Sostiene que los artículos 1° y 2° de la ley cuestionada no contravienen el mandato constitucional de libre acceso a las pensiones (artículo 11° de la Constitución), toda vez que las referidas disposiciones constituyen un límite válido al derecho fundamental a la pensión, pues respetan su contenido esencial, y no suprimen ni interfieren en la elección que los ciudadanos puedan realizar respecto de los regímenes previsionales existentes.
- Expresa que en lo que concierne a la libre desafiliación tal cual está regulada en los referidos dispositivos, resulta válido que se produzca un retorno condicionado y con requisitos, dado que, conforme lo ha establecido por el Tribunal Constitucional, no resulta viable establecer un libre e irrestricto traslado.
- Refiere que el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de las medidas dictadas por el legislador a través de la Ley N.° 28991, al señalar que la relación entre esta ley y el precedente vinculante (STC N.° 1776-2007-PA), es una relación de integración jurídica, antes que de jerarquía o de exclusión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Alega que el artículo 16° de la ley no supone una afiliación compulsiva al Sistema Privado, sino que tiene por finalidad cumplir con el deber del Estado de garantizar la debida información de los ciudadanos para el libre acceso a los sistemas pensionarios. En tal sentido, el artículo 15° de la ley, establece la creación de un Boletín Informativo, y es a partir de su entrega, cuando empieza a computarse el plazo de 10 días para que el trabajador tome una decisión. Añadido a ello, la norma otorga al trabajador un plazo de 10 días adicionales a efectos de que ratifique o cambie su decisión luego de lo cual, de no expresar su voluntad, será afiliado al Sistema Privado de Pensiones. Agrega que esta disposición recoge lo establecido en el artículo 6° de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, norma que no es pasible de control de constitucionalidad al haber operado el plazo prescriptorio.
- Afirma que los artículos 3°, 4°, 6° y 15° de la ley garantizan los mecanismos adecuados a fin de proveer a los afiliados la información cierta y suficiente que les permita tomar una decisión conforme a sus intereses. En tal sentido, esta información comprende lo referido a las ventajas y desventajas de los sistemas pensionarios. Asimismo, el hecho que el artículo 6° haga referencia a la presentación de una Declaración Jurada donde el afiliado haga constancia de que ha sido adecuadamente informado implica que la información que se le brinda a los afiliados es correcta.
- Sostiene que no existe afectación alguna a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social toda vez que, conforme a lo dispuesto por el artículo 12° de la Constitución, resulta constitucional la utilización de dichos fondos a través de la regulación de una norma con rango de ley. En este entendido, la ley busca equiparar las condiciones existentes entre ambos regímenes previsionales para lo cual ha establecido el pago de una pensión mínima y de pensiones complementarias (artículos 10°, 11°, 12°, 13° y 14°) bajo ciertas condiciones y requisitos en beneficio de aquellos afiliados que no se encuentran dentro de los supuestos de desafiliación y retorno establecidos, ello, porque corresponde al Estado garantizar el acceso a dichas prestaciones y de velar para que éstas sean acordes con la dignidad humana.
- Alega que la titularidad de las comisiones cobradas por la administración de los fondos pensionarios privados, corresponde, en calidad de retribución, a las AFPs, motivo por el cual su no devolución no supone afectar el derecho de propiedad. En ese sentido, refiere que tal pretensión no toma en cuenta el vínculo existente entre la AFP y el afiliado, generado a partir de la celebración de un contrato privado de afiliación, en virtud de la cual las AFP se comprometen a administrar los aportes del afiliado a fin de obtener una rentabilidad que le permita gozar de una pensión de jubilación adecuada en términos económicos, a cambio del pago de una comisión que es fijada por las reglas del libre mercado.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

1. Determinar si resulta compatible con el principio-derecho a la igualdad y con el derecho fundamental a la información, la omisión por parte del legislador de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones.
2. Determinar si resultan compatibles con el derecho fundamental a la información los mecanismos de información regulados por los artículos 3° y 15° de la ley impugnada.
 3. Determinar si resulta compatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de seguridad social la obligación de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.
 4. Determinar si resulta compatible con la intangibilidad de los fondos pensionarios prevista en el artículo 12° de la Constitución, el uso de los Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones.
 5. Determinar si resulta compatible con el derecho a la propiedad la no devolución de las comisiones a las AFPs en los casos en que opere la desafiliación.
 6. Determinar si resulta compatible con el deber del Estado de velar por los intereses de los usuarios, con el derecho fundamental a la pensión y con la garantía institucional de la seguridad social, el hecho de sólo los recursos aportados por los trabajadores respondan por los riesgos de administración de los fondos privados de pensiones.

V. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28991, pues consideran que es contraria a los derechos fundamentales a la libre elección del sistema pensionario (artículo 11°), a la igualdad (artículo 2° 2), a la libertad de información (artículos 2° 4 y 65°) y a la propiedad (artículos 2° 16 y 70°), reconocidos por la Constitución.

Aún cuando los recurrentes, en determinados extremos de la demanda, parecen alegar la inconstitucionalidad *in toto* de la ley impugnada, el análisis estricto de sus alegatos permite advertir que son concretas las disposiciones de la ley que consideran inconstitucionales.

En efecto, los demandantes consideran inconstitucionales:

- los artículos 1° y 2° de la ley, pues los consideran contrarios al principio-derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución) y al derecho fundamental a la información (artículos 2° 4 y 65° de la Constitución), al haber omitido incluir todas las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones desarrolladas en la STC 1776-2004-PA.
- los artículos 3°, 4°, 6° y 15° de la ley, pues los consideran contrarios al derecho fundamental a la información (artículos 2° 4 y 65° de la Constitución).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- el artículo 16° de la ley, pues lo consideran violatorio del derecho fundamental de libre acceso al sistema de seguridad social (artículo 10° de la Constitución).
- la omisión en la que incurriría la ley al no haber previsto la devolución de las comisiones cobradas por las AFPs, pues la consideran contraria al derecho fundamental a la propiedad (artículos 2° 16 y 70° de la Constitución).

De este modo, en principio, es sobre estos aspectos que corresponderá realizar el respectivo control de constitucionalidad.

§2. Análisis de constitucionalidad de las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones.

2. En primer término, los recurrentes juzgan inconstitucionales los artículos 1° y 2° de la ley. El primero de ellos establece lo siguiente:

“Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad”.

Por su parte, el artículo 2° dispone lo siguiente:

“Adicionalmente, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que, al momento de su afiliación a éste, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP”.

§2.1 El sistema previsional administrado por el Estado como “Sistema Público de Pensiones”: precisiones interpretativas.

3. Ante todo, es preciso tener presente que una interpretación de estas disposiciones de conformidad con el derecho fundamental a la igualdad, reconocido por el artículo 2° 2 de la Constitución, exige entender que el concepto de “Sistema Nacional de Pensiones” contenido en ellas, comprende tanto el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N.° 19990 como el regulado por el Decreto Ley N.° 20530. Ello en razón de que las personas que pertenecieron tanto a uno como a otro régimen tuvieron la oportunidad de trasladarse al Sistema Privado de Pensiones (SPPr), siendo necesario, en consecuencia, que, a efectos de no dispensar un trato discriminatorio, todas ellas se consideren comprendidas en su supuesto normativo.

Por la misma razón, el concepto de “pensión de jubilación” contenido en las normas analizadas, no puede interpretarse como atinente sólo a la pensión de jubilación regulada por el Decreto Ley N.° 19990, sino también a la pensión de cesantía regulada por el Decreto Ley N.° 20530.

Es sobre la base de tal consideración que, para efectos de evitar indebidas interpretaciones, en lo sucesivo se hará referencia en general a un Sistema Público de Pensiones (SPuP), y no a un Sistema Nacional de Pensiones.

§2.2 Las causales de desafiliación del SPPrP y retorno al SPuP previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4. Los artículos 1 ° y 2° de la ley impugnada, delimitan el universo de aportantes que, habiendo pertenecido al SPuP, tienen la posibilidad de retornar a este sistema, desafilándose del SPPrP gestionado por las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). Dicho universo queda delimitado del siguiente modo por la ley:

- a) Quienes hubieren ingresado al SPuP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de desafilarse del SPPrP les corresponda una pensión de jubilación en el SPuP, independientemente de la edad que tengan (artículo 1°).
- b) Quienes al momento de afiliarse al SPPrP, hubieren cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP (artículo 2°).

5. A criterio de los demandantes, esta delimitación no resulta inconstitucional en lo que dispone, sino en aquello que deja de disponer. En efecto, los demandantes consideran que los supuestos de desafiliación regulados por estas disposiciones son constitucionales. En concreto, afirman que “[son], ciertamente, (...) supuesto [s] válido [s] para solicitar el retorno al [SPuP]”. Sucede, sin embargo, que, a su juicio,

“..no [son los] único[s]. Hay otros supuestos igualmente procedentes que han sido inexplicablemente ignorados por la ley (...). Así por ejemplo, están los casos detallados en la Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N.° 1776-2004-AA/TC. (...).

Al dejar fuera de los beneficios del retorno al [SPuP] a todos aquellos trabajadores que están en los otros supuestos expresados en la (...) Sentencia del TC, la ley cuestionada ha perjudicado el derecho de estos trabajadores a elegir el sistema pensionario en el que quieren estar”².

6. En efecto, en la STC 1776-2004-PA, este Tribunal tuvo ocasión de establecer que la posibilidad del retorno del SPPrP al SPuP, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libre acceso a los sistemas previsionales, reconocido por el artículo 11 ° de la Constitución. No obstante, como bien han advertido los recurrentes, el Tribunal estableció también que, como todo derecho fundamental, dicha posibilidad de retorno no podía ser ejercida de un modo absoluto, siendo susceptible de ser restringida legalmente bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, y en la medida de que sea respetado el contenido esencial del derecho.

¹ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 4 de autos.

² Cfr. Escrito de demanda, a fojas 4 y 5 de autos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En ese sentido, en el fundamento 35 y siguientes de la referida sentencia, se desarrollaron los supuestos que, bajo una adecuada interpretación del artículo 11° de la Constitución, justificaban un retorno al SPuP. Tales supuestos eran tres; a) el caso del aportante que en el momento de trasladarse del SPuP al SPRP, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión en el SPuP; b) el caso en el que la afiliación al SPRP tenía como antecedente una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública; y, c) el caso del trabajador cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para su vida o su salud.

§2.3 La omisión por parte del legislador de incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación de SPRP.

7. Según ha quedado expuesto, el primer supuesto, es decir, el caso del aportante que en el momento de trasladarse del SPuP al SPRP, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión en el SPuP, ha sido debidamente recogido en el artículo 2° de la ley impugnada. Por su parte, el tercer caso, a saber, el del trabajador expuesto a labores que pueden afectar su vida o su salud, también se encuentra previsto en la ley incoada como un supuesto válido de retorno al SPuP. En efecto, su Primera Disposición Transitoria y Final, dispone lo siguiente:

“Podrán desafiliarse del [SPRP] todos los afiliados que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud que se encuentren bajo el alcance de la Ley N.° 27252, cuando cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el [SPuP]”

Cierto es que esta disposición, a diferencia del criterio planteado por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, condiciona el retorno de estos trabajadores a que cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP, lo cual podría situarlos ante la posibilidad futura de que el monto de su pensión resulte menor a aquél que hubiesen recibido si se les hubiese permitido retornar al SPuP inmediata e incondicionadamente. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, esta posibilidad -que ciertamente hubiese representado una vulneración de los derechos fundamentales al libre acceso previsional y a la pensión, reconocidos en el artículo 11° de la Constitución- ha sido debidamente evitada por el legislador a través de la regulación de la denominada “Pensión Complementaria para Labores de Riesgo”, cuyo propósito, de conformidad con el artículo 13° de la ley cuestionada, consiste en “que la pensión no sea menor al monto que le hubiera correspondido percibir, en forma anual, en el [SPuP]”. En tal sentido, la interpretación conjunta de la Primera Disposición Transitoria y Final con el artículo 13° de la ley impugnada, permite arribar a un contenido normativo compatible con la Norma Fundamental.

8.

Así las cosas, de los tres supuestos que autorizan el retorno al SPuP desarrollados por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, el único no contemplado en la ley sometida a juicio, es el caso de los trabajadores que optaron por trasladarse al SPRP como consecuencia de una indebida, insuficiente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública. Por tanto, bien entendido el planteamiento de los demandantes, es esta omisión la que, a su juicio, generaría una consecuencia discriminatoria por parte de los artículos 1 ° y 2° de la ley.

9. Consideran los recurrentes que la referida omisión vulnera el principio-derecho a la igualdad. También la juzgan violatoria del derecho fundamental a la información, reconocido en el artículo 2° 4 y concretizado en el ámbito de las relaciones usuario-empresa de servicios por el artículo 65° de la Norma Fundamental. Como fundamento de la existencia de esta afectación constitucional, traen a colación los fundamentos 39, 40 y 42 de la STC 1776-2004-PA.

En definitiva, aún cuando los recurrentes no lo han planteado en estos términos, lo que en concreto denuncian es la existencia de una inconstitucionalidad por omisión. Inconstitucionalidad que, a su entender, haría

“imperativo (...) que dichos artículos de la ley impugnada sean expulsados de nuestro ordenamiento jurídico”³.

10. El Tribunal Constitucional comparte sólo parcialmente el criterio de los recurrentes. Lo comparte en el sentido de considerar que, en efecto, la omisión en la que ha incurrido el legislador no resulta conforme con los artículos 2° 4 y 65° de la Constitución. Pero discrepa de él tanto en el uso del principio-derecho de igualdad como parámetro para alegar la existencia del vicio, como en las consecuencias que de éste se pretenden derivar.

En efecto, tal como se sustentará en un instante, a juicio del Tribunal Constitucional, la omisión en la que ha incurrido el legislador no resulta inconstitucional por violar el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2° 2 de la Constitución, sino por violar -como también alegan los demandantes- el derecho fundamental del usuario (aportante al fondo de pensiones) a recibir de los organismos competentes (AFPs, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -SBS-, y Oficina de Normalización Previsional -ONP-) la adecuada y oportuna información sobre el servicio que se le brinda o se le va a brindar (la administración del fondo de su pensión), el cual, como una singular concretización del derecho fundamental a la información, reconocido por el artículo 2° 4 de la Constitución, se encuentra recogido en el artículo 65° de la misma Norma Fundamental. Lo que, a su vez, da lugar a una violación del derecho fundamental a elegir libremente un sistema de seguridad social (libertad que sólo puede ser debidamente ejercida sobre la base de una adecuada información como presupuesto imperativo de la válida formación de la voluntad), previsto en el artículo 11 ° constitucional.

³ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 6 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Y, de otra parte, no considera este Colegiado que, como sugieren los demandantes, la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad advertida deba ser la expulsión del ordenamiento de los artículos 1° y 2° de la ley incoada. Ello en vista de que éstos no resultan inconstitucionales en lo que disponen, sino en lo que han omitido disponer. Siendo ello así, su expulsión del orden jurídico lejos de solucionar el vicio de inconstitucionalidad indicado, daría lugar a una inconstitucionalidad de mayor entidad. Por tal motivo, es deber del Tribunal Constitucional optar por una solución razonable y distinta, que, como luego se sustentará, deberá consistir en una interpretación concretizadora de la Constitución, cuyo efecto vinculante, permita cubrir el silencio legislativo.

Pues bien, de inmediato corresponde exponer los argumentos que justifican estas parciales discrepancias con los planteamientos de los demandantes.

§2.4 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el principio-derecho a la igualdad

11. Como quedó expuesto, a criterio de los recurrentes, la omisión legislativa es atentatoria del derecho fundamental a la igualdad. Específicamente, aducen que “[e]l muy estrecho espectro de los artículos 1° y 2° de la ley emplazada es (...) **discriminatorio**, pues excluye a un universo de trabajadores que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido como beneficiarios del retorno al [SpuP]. Vulnera el artículo 2° inciso 2 de la Constitución que garantiza el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley”⁴.
12. No obstante, tal como ha establecido este Colegiado en una multiplicidad de ocasiones⁵, es presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio-derecho de igualdad, previsto en el artículo 2° 2 de la Constitución, que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido. Ello significa que es preciso que las dos situaciones de hecho que han merecido un trato desigual por parte del legislador deben ser válidas constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes. Sólo entonces cabe ingresar a valorar las razones que podrían justificar o no la diferencia de trato, en el correcto entendido de que la ausencia de objetividad y proporcionalidad en tales razones harán del tratamiento disímil, un trato, a su vez, discriminatorio, y por ende, inconstitucional.

⁴ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 6 de autos. La negrita y el subrayado es del original.

⁵ Cfr. SSTC 0183-2002-PA, F. J.1; 0015-2002-PI., F. J. 3; 0031-2004-PI., F. J. 22; 0435-2004-PA, F. J. 3; 0045-2004-PI. FF. JJ. 42 – 46; 1337-2004, F. J. 2; 4587-2004-PA, F. J. 22; 1211-2006-PA, F. J. 6519-2006-PA, FF. JJ. 6 Y 7 ; entre otras.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. El término de comparación propuesto por los recurrentes para considerar que se está discriminando a aquellos aportantes que, a pesar de haber recibido una información viciada, no se les permite desafiliarse del SPPr, es el supuesto de hecho recogido por los artículos 1° y 2° de la ley, a quienes sí se les permite la desafiliación.

Pues bien, tal como quedó expuesto, son en realidad dos los casos de aportantes que, de conformidad con los artículos 1° y 2° de la ley incoada, tienen la posibilidad de desafiliarse del SPPr y retornar al SPuP: a) quienes hubieren ingresado al SPuP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de desafiliarse del SPPr les corresponda una pensión de jubilación en el SPuP, independientemente de la edad que tengan (artículo 1°); y, b) quienes al momento de afiliarse al SPPr, hubieren cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP (artículo 2°).

Como puede observarse, tanto en uno como en otro supuesto, una condición necesaria para desafiliarse del SPPr es haber cumplido con los años de aportación exigidos en el SPuP para obtener una pensión de jubilación o de cesantía. En otras palabras, el supuesto de hecho propuesto por los recurrentes como término de comparación, es el caso de personas que cumplen con los requisitos para obtener una pensión de jubilación, mientras que el caso que pretenden que se juzgue como un supuesto de trato discriminatorio en comparación con aquél, es el de personas que no cumplen con tales requisitos, a pesar de lo cual, han sido sujetos de una indebida información.

14. A juicio del Tribunal Constitucional, la diferencia en la que se encuentran los dos supuestos de hecho (en un caso se cumple con el número de años de aportación para obtener una pensión de jubilación en el SPuP, mientras que en el otro no), es suficientemente relevante como para concluir que el primer caso no es un término de comparación válido en relación con el segundo.

La razón constitucional para asumir tal conclusión es simple. Si así no se razonase, en realidad el único elemento que se estaría considerando como relevante para autorizar un retorno al SPuP, sería el de haber sido aportante, con prescindencia de los años de aportación con que se cuente. Tal criterio supondría interpretar el derecho de libre acceso a los sistemas previsionales, como un derecho absoluto, es decir, como un derecho no susceptible de ser restringido de modo razonable por el legislador, criterio que ha sido expresamente descartado por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, asumiendo que la exigencia de haber cumplido con los años de aportación en el SPuP para retornar a éste es una exigencia razonable, y por tanto, constitucionalmente relevante y válida.

§2.5 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho fundamental a la información.

15. Ahora bien, como se ha adelantado, si bien este Colegiado no comparte el parecer de los recurrentes en relación con la supuesta violación del principio-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho a la igualdad en la que incurrirían los artículos 1° y 2° de la ley, sí lo hace en relación con la alegada violación del derecho fundamental a la información.

Como bien han recordado los demandantes, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 39 y 40 de la STC 1776-2004-PA, había establecido lo siguiente:

“...la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión.

Así las cosas, el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP.(...).

[E]l acceso a una información veraz no sólo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre”.

En la misma línea, en una oportunidad anterior, en el fundamento 9 de la STC 3315-2004-PA, este Colegiado había precisado que del artículo 65° derivan una serie de principios en materia protección a los consumidores y usuarios: pro consumidor (acción tuitiva del Estado), proscrición del abuso del derecho (evitar prácticas y modalidades contractuales perversas), isonomía real (trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales), *restitutio in integrum* (resarcimiento por los daños causados), transparencia (plena accesibilidad de información), veracidad (autoridad y realidad absoluta de la información transmitida), *in dubio pro consumidor* (interpretación de las normas en términos favorables al usuario) y pro sociativo (facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios).

Es así que en el puna resolutivo 4 de la aludida STC 1776-2004-PA, el Tribunal Constitucional exhortó al legislador a que emita, en el más breve plazo, las normas que viabilicen la desafiliación del SPPrP en los casos desarrollados en su fundamentación. Entre ellos se encontraba la causal de indebida información. No obstante, el legislador ha omitido incluir esta causal.

16. Así las cosas, a pesar de la exhortación realizada por este Colegiado, el legislador ha mantenido una omisión que, en palabras de Alexy, no se desenvuelve en el ámbito de lo que resultaba “constitucionalmente posible”, sino en el esfera de lo que resultaba “constitucionalmente necesario”⁶ para evitar que el derecho fundamental a la información de los aportantes al sistema previsional resulte afectado.

⁶Como acertadamente refiere Alexy: “Lo que está ordenado por la constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible” (CFR. Alexy, R., “Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de C. Bernal, 2da. Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 159).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal como ha precisado este Tribunal, en consonancia con un sector de la doctrina, la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales⁷.

17. En este caso, la omisión en la que ha incurrido el legislador, ha terminado de hacerse evidente y significativamente lesiva de los derechos fundamentales a la información y a la pensión, luego de no haber incluido la causal de desafiliación ya aludida, a pesar de que este Tribunal, luego de ejercer su función de supremo intérprete de la Constitución, la había considerado como constitucionalmente vinculante. De ahí que el legislador, en este caso, ha incurrido en lo que este Colegiado ha denominado una omisión de aquello que había sido “configurado jurisprudencialmente como vinculante”⁸
18. En este escenario, tras haber optado inicialmente por la exhortación deferente con el legislador que el ejercicio responsable la jurisdicción constitucional *ab initio* impone, pero sin haber merecido atención, el Tribunal juzga constitucionalmente necesario cubrir la omisión legislativa a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución, de alcance general, y vinculante para todo poder público y privado, de conformidad con los artículos 81° y 82° del CPConst.

En tal sentido, este Tribunal considera que aún cuando la falta de una debida, suficiente y/u oportuna información, no se encuentra expresamente prevista en el ordenamiento infraconstitucional como una causal de nulidad del acto de afiliación a una AFP (a pesar de que antes lo estuvo⁹), ello no significa que no pueda ser alegada como una causal de retorno al SPuP, con prescindencia de los años de aportaciones con que se cuente. Ello en atención a que la obligación de brindar una adecuada información para efectos de afiliarse a una AFP, parte del efecto vinculante del derecho fundamental a la información, reconocido en el artículo 2° 4 de la Constitución, y que ha merecido una singular concretización en el artículo 65° de la Carta Fundamental, en el extremo que señala, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

⁷ Cfr. STC 0006-2008-PI, F. J. 41.

⁸ Cfr. STC 0006-2008-PI, FF. JJ. 43 y 44

⁹ Así, por ejemplo, está causal prevista en el artículo 51° f. De la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“El Estado defiende el interés de los (...) usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los (...) servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

A partir de esta cláusula constitucional, resulta manifiesto que si el Estado, directamente o a través de los organismos privados que tiene la obligación de supervisar eficientemente, no garantiza el derecho de los aportantes a una debida información sobre los servicios de administración de sus fondos existentes en el mercado, se incurre en una violación constitucional del derecho fundamental reconocido en el artículo 65° de la Constitución, debiendo operar el control nulificante administrativo o, en su defecto, jurisdiccional correspondiente. Por lo demás, este artículo constitucional obliga al Estado a proteger la “seguridad” del usuario, una de cuyas manifestaciones, desde luego, es la seguridad jurídica que debe estar presente en el momento de su afiliación a su sistema previsional, en el correcto entendido de que debe contar con todos los elementos de juicio relevantes que le permitan pronosticar el goce de un *quantum* pensionario acorde con el principio-derecho fundamental a una vida digna que dimana del artículo 1° constitucional. Como resulta evidente, la protección a dicha seguridad se ve burlada ante la ausencia de una información debida, suficiente y/u oportuna por parte de las AFPs, de la SBS y de la ONP.

De esta forma, la nulidad de un acto de afiliación llevado a cabo bajo el presupuesto de una información deficiente es un imperativo que se desprende de la fuerza vinculante de la propia norma constitucional; en concreto, de su artículo 65°.

19. En definitiva, el deber de todo poder público o privado de reconocer esta causal como motivo de retorno al SPuP, si así lo desea el aportante, surge de la aplicación directa de la Constitución. Y la nulidad del acto de afiliación deriva del diseño que el ordenamiento jurídico dispensa al control jurisdiccional de los actos violatorios de derechos fundamentales.

En efecto, efectuando un acto de afiliación con violación del derecho fundamental a la información, el acto lesivo previve mientras la afiliación resultante de un vicio de la voluntad mantenga vigencia o, en su caso, hasta que se subsane la indebida o insuficiente información brindada manteniendo el aportante su intención de pertenecer a la AFP.

Dos datos derivan de ello. En primer lugar, que no opera ningún plazo prescriptorio para alegar la violación del derecho a la información, mientras se mantenga el estado de indebida información. Se trata de un acto lesivo continuado, conforme al artículo 44° 3 del CPConst. Y, en segundo lugar, que la consecuencia de acreditar judicialmente dicho estado es la reposición de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cosas al momento inmediatamente anterior a aquél en que se inició la afectación constitucional. En otras palabras, la consecuencia es la nulidad del acto de filiación a la AFP, quedando expedito el derecho de retorno al SPuP.

Debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no convalida un agravio constitucional permanente.

Valores constitucionales como la seguridad jurídica pueden prestar singular fuerza a institutos jurídicos como la prescripción o la caducidad cuando de la afectación de derechos constituidos por la ley se trata. No obstante, en los supuestos de afectación continuada de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución obliga a dispensar al asunto un tratamiento cualitativamente distinto.

La razón de ello estriba en que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos legales, los derechos fundamentales no tienen soporte en la voluntad de un poder constituido, sino en el reconocimiento que de su superioridad axiológica realiza el Poder Constituyente al incorporarlos en la Norma Fundamental. En tal sentido, la pervivencia de su afectación, exige, cuando menos *prima facie*, que su contenido normativo se imponga frente al valor de la seguridad jurídica basada en una norma infraconstitucional, impidiendo que el paso del tiempo evite la declaración jurisdiccional de nulidad del acto lesivo permanente.

20. Pues bien, en atención a lo expuesto, y en vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 ° y 202° de la Constitución y 1° de su Ley Orgánica), de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPCConst., y en interpretación del artículo 65° de la Constitución, establece que: *Constituye causal de desafiliación del SPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP/o de la Administración pública.*

21. Para efectos de determinar el referido error por indebida, insuficiente y/o inoportuna información, deben tenerse presentes, principalmente, los criterios establecidos en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.° 063-2007-EF -Reglamento de la ley cuestionada-, criterios que este Tribunal considera plenamente constitucionales. Dicha disposición reza lo siguiente:

“Se tendrán en consideración los siguientes criterios:

1. Cuando se compruebe que las AFP no brindó la información relevante al afiliado para que éste pueda efectuar la comparación entre el SPP y el SNP.
2. Cuando la AFP esté en incapacidad de demostrar, fehacientemente, la implementación de mecanismos objetivos de información u orientación para el afiliado, en cada caso en particular.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Cuando se compruebe un perjuicio para el afiliado generado en términos de pensión, de garantía estatal o bonos de reconocimiento.

La SBS, ante un reclamo presentado por un afiliado o beneficiario, exigirá a las AFP la demostración de la diligencia requerida, en función a los criterios señalados en los párrafos precedentes”.

Corresponde tener presente que, de conformidad con el fundamento 50 c. de la STC 1776-2004-PA, en los casos en los que se alegue como causal de desafiliación una indebida, insuficiente y/o inoportuna información, no es aplicable una regla tradicional de carga de la prueba, conforme a la cual ésta recae sobre quien afirma los hechos (artículo 196° del Código Procesal Civil). Tales casos se rigen bajo el criterio de una carga probatoria dinámica, en virtud del cual quien se encuentra en obligación de probar los hechos es la parte que tiene el dominio y control de la información, estando en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para ello. De esta manera, alegada la existencia de un vicio en la información, son la SBS y las AFPs las encargadas de acreditar que dicho vicio no ha existido, estando obligadas a demostrar de modo suficiente y objetivo la debida y oportuna información de la que fue sujeto el asegurado.

Para tales efectos, como quedó establecido en el referido fundamento de la STC 1776-2004-PA, cabe la intervención del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a efectos de que emita, en los casos concretos, en caso de dudas razonables, el informe correspondiente dirigido a evaluar el grado y la calidad de la información brindada.

§3. Análisis de constitucionalidad de los mecanismos de información al trabajador regulados por la ley impugnada.

22. De otra parte, los recurrentes cuestionan el artículo 3° de la ley impugnada que se ocupa del deber del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la SBS y de la ONP de iniciar una campaña de difusión para una decisión de afiliación informada. Dicha disposición señala lo siguiente:

“El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) desarrollaran una campaña de difusión a nivel nacional respecto de los alcances de la desafiliación, de los procedimientos que debe observar cada afiliado para culminar el trámite correspondiente y de las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes. Para tal fin, dichas instituciones deberán adecuar oficinas de consulta a nivel nacional.

Esta campaña durará tres (3) meses, luego de los cuales se iniciará el procedimiento de desafiliación”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre el particular, señalan los recurrentes que este artículo

“...en realidad es una norma que avala una campaña de desinformación, puesto que no ordena que se dé a los trabajadores toda la información respecto a las **ventajas y desventajas** de cada uno de los sistemas pensionarios, sino sólo de sus “**bondades**” (...). La norma tampoco dispone que se informe sobre las debilidades del [SPrP] que son las que han originado la presión por la desafiliación”¹⁰.

Similar cuestionamiento realizan sobre el artículo 15° de ley. Dicho artículo dispone:

“El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación masiva un “Boletín Informativo” sobre las características, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho Boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión”.

La inconstitucionalidad, en este caso, a juicio de los demandantes, residiría en que la disposición

“No dice ni una sola palabra sobre la obligación de informar respecto de las **desventajas** de cada sistema. (...). Menos aún obliga a informar sobre los derechos que tienen aquellos trabajadores que fueron inducidos a error, mal informados o afiliados compulsivamente al [SPrP]”¹¹.

23. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los recurrentes en el sentido de que el hecho de que las referidas disposiciones no obliguen expresamente a incluir las desventajas de cada sistema suponga una violación del derecho fundamental a la información reconocido en los artículos 2° 4 y 65° de la Constitución. La razón de ello reside en que una interpretación de estas disposiciones de conformidad con el referido derecho fundamental, obliga a entender que tanto la información que sea objeto de difusión en la campaña descrita en el artículo 3° de la ley como la que se incluya en el “Boletín informativo” del que se ocupa su artículo 15°, debe ser una información objetivamente veraz y suficiente en relación con todos los aspectos relevantes de cada sistema. Debe tratarse además de una información expuesta bajo una metodología sencilla que permita comparar las características de cada uno de los sistemas.

En tales condiciones, no resulta necesaria una mención expresa de las desventajas de los sistemas, pues para cualquier usuario razonable ellas derivarán del análisis comparativo de la información veraz y suficiente que es puesta a su disposición.

Al pretenderse la incorporación de s desventajas de cada sistema previsional en la información que deberá ser difundida, se olvida que tratándose de información relacionada con la garantía institucional de la seguridad social y con el derecho fundamental a la pensión, no puede ser entendida bajo los cánones propios de la publicidad comercial o de mercancías en la que cabe la inclusión de parámetros



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de comparación tanto positivos como negativos. Por el contrario, tratándose de publicidad institucional relacionada con valores y derechos reconocidos por la Norma Fundamental, es precisa la realización de una difusión de datos siempre en términos pro positivos, propios de una publicidad de relevancia *iusfundamental*.

Ahora bien, ello no es obstáculo para que en caso de una solicitud concreta, se brinde la información objetiva sobre las ventajas y desventajas de los sistemas pensionarios públicos y privados.

Desde luego, no es posible descartar que a pesar de la interpretación constitucionalmente debida de los artículos 3° y 15° de la ley cuestionada que acaba de ser descrita, éstos puedan ser objeto de una inconstitucional aplicación por parte de los poderes públicos o privados. No obstante, es evidente que tal supuesto no será manifestación de una inconstitucionalidad “en la ley”, sino tan sólo de una inconstitucionalidad “en la aplicación de la ley”, lo cual es susceptible de ser controlado mediante los denominados procesos constitucionales de la libertad o de control de actos (en este caso, el proceso constitucional de amparo o el contencioso-administrativo en caso se configure como una vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5° 2 del CPConst.), y no mediante un proceso de inconstitucionalidad como el presente.

24. Sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Constitucional comparte la preocupación de los demandantes en el sentido de que es preciso que la información con la que cuenten los aportantes incluya el derecho a desafiliarse en caso de que hayan sido pasibles de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información, así como los criterios que se tomarán en cuenta para determinar la existencia de dicha causal. Se trata de un deber que viene impuesto directamente a partir de una adecuada interpretación del artículo 65° de la Constitución en los términos antes descritos.

En tal sentido, a partir de una interpretación de los artículos 3° y 15° de la ley impugnada de conformidad con el artículo 65° de la Constitución, entiéndase que es obligación del MTPE, de la SBS y de la ONP, hacer de conocimiento de los aportantes, que una indebida, insuficiente y/o inoportuna información al momento de su afiliación a una AFP es causal de desafiliación del SPPr, señalándose los criterios que permiten determinar la existencia de esta causal. Esta información deberá difundirse en la campaña informativa regulada por el artículo 3°, y deberá incluirse claramente en el “Boletín informativo” regulado por el artículo 15°. Este es un criterio vinculante para todos los poderes públicos y de alcance general, de conformidad con los artículos 81° y 82° del CPConst.

¹⁰ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 13 de autos. La negrita es del original.

¹¹ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 15 de autos. La negrita es del original.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25. A juicio de los recurrentes, la inconstitucionalidad de los artículos 4° y 6° de la ley, es consecuencia de la supuesta inconstitucionalidad de sus artículos 3° y 15°. En tal sentido, dado que, según ha quedado establecido, no existe vicio de inconstitucionalidad en los referidos artículos 3° y 15° de la ley, tampoco existe mérito para declarar la invalidez constitucional de los artículos 4° y 6°.

§4. Análisis de constitucionalidad de la obligación de afiliarse al SPrP a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.

26. Por otra parte, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 16° de la ley. Este artículo establece lo siguiente:

“El empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del “Boletín Informativo” a que se refiere el artículo 15 a fin de que decida libremente su afiliación.

El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días, contados a partir de la entrega del “Boletín Informativo”, para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, sin que el trabajador hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las sanciones por el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador”.

La parte pertinente del artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF, al que hace referencia la disposición, señala lo siguiente:

“Cuando un trabajador no afiliado al Sistema Privado de Pensiones ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente afiliarlo a la AFP que aquél elija, salvo que, expresamente y por escrito, en el plazo improrrogable de 10 días naturales manifieste su deseo de permanecer o incorporarse al [SPuP]”.

A juicio de los recurrentes,

“... de acuerdo a la regla del artículo 6° que acabamos de transcribir (...) el empleador va a afiliarse **compulsivamente** al Sistema Privado de Pensiones (...). Dicha regla hace ilusorio el derecho constitucional de libre elección del sistema pensionario, pues otorga una facultad indebida al empleador, quien por mandato de la propia ley suplanta al trabajador en la elección del sistema de pensiones”¹².

¹² Cfr. Escrito de demanda, a fojas 9 y 10 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27. El Tribunal Constitucional discrepa del criterio de los recurrentes. El artículo 16° de la ley no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la libre elección por parte del trabajador del sistema previsional al cual afiliarse, desde que su decisión se desenvuelve enteramente en el ámbito del ejercicio de su propia voluntad. Ocurre tan sólo que, de conformidad con la referida disposición, se ha previsto un plazo en el que dicha decisión debe ser adoptada, a saber, 10 días contados a partir de la entrega del “Boletín Informativo” para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, y 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión, transcurrido el cual el legislador obliga al empleador a afiliar al trabajador en el SPPrP. Para este Colegiado, la existencia de un período razonable de tiempo en el que el trabajador puede optar libremente por decidir a qué sistema previsional afiliarse, impide considerar, como hacen los demandantes, que la norma le imponga compulsivamente la afiliación a un sistema. Se trata de una afiliación subsidiaria ante la ausencia de una decisión libre por parte del trabajador. En otras palabras, la afiliación realizada por el empleador presupone el no ejercicio de un derecho fundamental, no su violación.

Por lo demás, que luego de un determinado período de tiempo, sea necesario cubrir el silencio voluntario o negligente del trabajador, conlleva la protección de la garantía institucional a la seguridad social, reconocida por el artículo 10° de la constitución, en la medida de que es obligación del Estado asegurar la pertenencia universal y progresiva de los trabajadores a dicho sistema, aún en los casos en los que no existe una expresa manifestación de voluntad por parte de éstos.

De otra parte, que ante el silencio del trabajador, se haya establecido la obligación de afiliarlo en el SPPrP o no en el SPuP, es un asunto que, a juicio de este Tribunal, ingresa dentro del ámbito de libre configuración legislativa.

28. Ahora bien, es inevitable advertir que en la posición de los demandantes subyace el temor a la indebida información de la que pueda ser sujeto el trabajador que ingresa por primera vez a un centro laboral (supuesto de hecho del artículo 16° de la ley). No obstante, dicho temor no justifica la declaración de inconstitucionalidad de la referida disposición si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo establecido por esta sentencia *supra*, la indebida, insuficiente y/o inoportuna información que pueda preceder a la afiliación al SPPrP, da lugar a una violación continuada del derecho fundamental a la información reconocido en el artículo 65° de la Constitución, no operando plazo prescriptorio alguno a efectos de lograr la declaración jurisdiccional de nulidad del acto de afiliación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§5. Análisis de constitucionalidad del uso de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el SPPrP.

29. Los demandantes también consideran inconstitucional el artículo 14° de la ley incoada, en la medida de que dispone que el financiamiento de la Pensión Mínima, regulada por el artículo 10° de la ley (Art. 10°: “Todos los afiliados al SPP, que al momento de la creación de este pertenecieron al [SPPrP], podrán gozar de una Pensión Mínima de jubilación equivalente en términos anuales a la que reciben los afiliados al [SPuP] . . .”), la Pensión Complementaria, regulada por su artículo 11 ° (Art. 11 °: “A partir de la vigencia de la presente Ley, otórgase una Pensión Complementaria a aquellos pensionistas pertenecientes al [SPPrP] que, al momento de la entrada en vigencia de la Ley N.° 27617, cumplieran con los requisitos previstos para acceder a la Pensión Mínima, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de dicha Ley, y que hoy perciben una pensión de jubilación menor a esta... “), y la Pensión Complementaria para Labores de Riesgo, regulada por el ya citado artículo 13°,

“...es cubierto con los recursos y la rentabilidad del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales - Bono de Reconocimiento de forma mensual, una vez agotados los recursos de la [Cuenta Individual de Capitalización] y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso”.

Sobre el particular, refieren los demandantes que

“[e]s un caso de subsidio directo del Estado a la AFPs con cargo a fondos públicos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, que es un fondo intangible por mandato del Decreto Legislativo 817, el cual, a su vez, ordena tal intangibilidad en estricto cumplimiento del artículo 12° de la Constitución...”¹³.

Aunque no lo mencionan expresamente, la disposición del Decreto Legislativo N.° 817 al que hacen alusión es el artículo 17°, el cual establece:

“El Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) es intangible...”.

30. El Tribunal Constitucional tampoco comparte este planteamiento de los demandantes. La intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social a la que hace alusión alusión el artículo 12° de la Constitución, no podría ser interpretada -tal como lo hacen los recurrentes- como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario de los recursos de un fondo particular legalmente constituido. Dicho razonamiento implicaría utilizar una ley como parámetro de control de validez constitucional de otra, afectando el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 51 ° de la Constitución, que es el que fundamentalmente rige el proceso de inconstitucionalidad, tal como lo reconoce expresamente el artículo 75° del CPConst.

¹³ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 17 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En tal sentido, si se juzgase inconstitucional el artículo 14° de la ley impugnada no podría serlo por el concreto sentido de la intangibilidad de los fondos que pudiera derivar del artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, sino por el sentido que de tal intangibilidad deriva directamente del artículo 12° de la Constitución. *Contario sensu*, si se determinase la compatibilidad del aludido artículo 14° de la ley con el artículo 12° constitucional, desde luego, no podría considerarse violatorio del artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, sino sencillamente modificatorio de éste. En resumidas cuentas, no puede pretenderse plantear una relación jerárquica entre los preceptos legales concernirlos, sino sólo cronológica.

31. Así las cosas, corresponde analizar si existe incompatibilidad entre el artículo 14° de la ley cuestionada que permite destinar parte de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para solventar las pensiones reguladas por sus artículos 10°, 11° y 13°, y la intangibilidad de los fondos de la seguridad social ordenada por el artículo 12° de la Constitución.

A juicio del Tribunal Constitucional no existe dicha incompatibilidad. La intangibilidad a la que alude el artículo 12° de la Constitución tiene por 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 (artículo 11° de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1° de la Norma Fundamental. Y es justamente dicho fin el perseguido por el artículo 14° de la ley impugnada, permitiendo que parte de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, permitan asegurar una pensión mínima para los pensionistas del SPPr.

Como es evidente, el artículo 12° de la Constitución no pretende prefijar de una vez y para siempre el destino de los recursos de un concreto fondo creado por el legislador, ni menos aún supone que no puedan existir aportes solidarios entre los recursos de cada uno de los sistemas pensionarios a favor de los pensionistas. Por el contrario, el artículo 14° de la ley bien puede ser entendida como un paso adicional en el camino de la unificación progresiva que ha sido promovida por este Colegiado¹⁴ y que debe desarrollarse bajo la senda del contenido axiológico del principio de solidaridad sobre el que se sustenta el sistema de seguridad social (artículo 10° de la Constitución) de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución), regido por una economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución).

¹⁴ “ El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución” (Cfr. STC 0050-2004-PI –acumulados-, F. J. (163).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este orden de consideraciones, es pertinente recordar que, de conformidad con lo sostenido por este Colegiado en el fundamento 14 de la STC 0011-2002-PI,

“[e]s de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido”.

§6. Análisis de constitucionalidad del cobro de comisiones por parte de las AFPs y de la supuesta afectación al derecho de propiedad de los aportantes.

32. Ahora bien, en el cuestionamiento de los recurrentes a la validez del artículo 14° de la ley, subyace la alegación de un factor de inequidad en la manera cómo el legislador ha pretendido alcanzar el mantenimiento de una pensión digna para el trabajador, situando exclusiva y excluyentemente en manos del Estado el deber de refinanciar un sistema de seguridad social que, tanto en su ámbito público como privado, en la actualidad evidencia una crisis de singular grado que es preciso enfrentar pronta y eficientemente. Este parecer de los recurrentes, termina de hacerse evidente cuando consideran contrario al derecho de propiedad, reconocido en los artículos 2° 16 y 70° de la Constitución, el hecho de que no se haya obligado a las AFPs a devolver las comisiones cobradas a aquellos pensionistas que retornen al SPUP.

33. Considera el Tribunal Constitucional que, sobre el particular, es conveniente, ante todo, hacer referencia a un supuesto en particular. En efecto, ya ha existido ocasión de señalar que en el caso de que la afiliación haya sido consecuencia de una información indebida, insuficiente y/o inoportuna, corresponde la devolución de las comisiones indebidamente cobradas por las AFPs. Tal como se ha señalado,

“[a] entender del TC, inclusive se deberán devolver los montos y/o porcentaje que cada AFP haya cobrado a los pensionistas, siempre y cuando la SBS determine la responsabilidad que tuvo al momento de afiliarse a la persona. Esta sólo cabría cuando la AFP no brindó la información necesaria para determinar la afiliación. En caso de que se deniegue esta devolución cuando sí ha existido responsabilidad de la AFP, cabría interponer una demanda contencioso-administrativa. Pero, ¿por qué se habría de aceptar tal restitución dineraria? Este Colegiado es consciente, a partir de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que el rol que juegan las AFP en tanto destinatarios del derecho fundamental a la pensión, también incluye la necesidad de asumir obligaciones, razón por la cual en este caso deberá asumir los costos de una afiliación reñida con la constitución, pero sólo en el supuesto de que se le encuentre responsabilidad. (...).

El fundamento de esta afirmación es que 1ª AFP no puede cobrar por aquello que no debió ser percibido, por cuanto resulta contrario a la justicia, pretender consolidar o ejercer un derecho que se adquirió en contravención a los derechos fundamentales”¹⁵.

¹⁵ Cfr. STC 1776-2007-PA, F. J. 50.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La razón de dicha devolución, como quedó expuesto, reside en que tratándose en este caso de una violación continuada del derecho fundamental a la información la reposición de las cosas al estado anterior al momento en que se produjo la afectación, conlleva la nulidad del acto de afiliación, y consecuentemente, la devolución de toda comisión pagada bajo su amparo.

34. No obstante, los recurrentes no solamente consideran necesaria la devolución de las comisiones en los supuestos de violación del derecho a la información, pues entienden que esta devolución

“...debe ser un derecho de todos los trabajadores que retornen al SPuPI...”¹⁶.

En ese sentido, acusan una violación del derecho de propiedad de los trabajadores, previsto en el artículo 2° 16 de la Constitución, pues consideran que

“...la ley cuestionada al permitir que las AFPs se queden con parte de las comisiones percibidas, pertenecientes a los trabajadores que solicitarán la desafiliación y su retomo al [SPuP], está convalidando un caso de enriquecimiento ilícito y de apropiación indebida de fondos que son de propiedad de los trabajadores afectados”¹⁷.

35. El Tribunal Constitucional discrepa de este planteamiento. Tal apropiamiento indebido se verificaría si, como afirman los recurrentes, operado el retorno al SPuP, las AFPs mantuvieran la disposición sobre los aportes de los trabajadores. No obstante, tal como se encuentra previsto en el artículo 5° de la ley impugnada, en los supuestos de retorno, tales aportes debe ser transferidos a la ONP. En efecto, dicha disposición establece lo siguiente:

“Para el caso de los afiliados que opten por desafiliarse del [SPuP], las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deben transferir directamente a la ONP el saldo de las Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), libre de aportes voluntarios sin fin previsional y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento (...).”

Que las AFPs mantengan entre sus activos las comisiones pagadas por la administración del fondo, en principio, no puede ser considerado como una apropiación indebida, a menos que se trate de un supuesto de desafiliación por violación del derecho fundamental a la información. Este razonamiento obedece a que, según se encuentra previsto en el artículo 24° a. del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, las referidas comisiones tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado.

¹⁶ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 20 de autos. La Negrita y el Subrayado es del original.

¹⁷ Cfr. Escrito de demanda, a fojas 18 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§7. Deber constitucional de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

36. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, existen motivos de relevancia constitucional por los que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente necesario que el legislador y los organismos competentes como la SBS, modifiquen sensiblemente el tratamiento normativo de las referidas comisiones.

En primer lugar, como se ha señalado, de conformidad con el artículo 65° de la Constitución, es deber del Estado defender el interés de los usuarios del SPPrP.

Dicha defensa debe tener como una de sus principales manifestaciones la garantía de un servicio eficiente, eficiencia que, en este caso, no puede tener otra manifestación más que el aseguramiento de, cuando menos, un margen mínimo de rentabilidad en la administración de los fondos pensionarios.

En segundo término, el referido deber alcanza una singular importancia iusfundamental, desde que el servicio concernido tiene por propósito garantizar la efectiva vigencia del derecho fundamental a la pensión, reconocido por el artículo 11° de la Constitución; una de cuyas manifestaciones de su contenido esencial es garantizar que, presentada la contingencia, se le asegure al aportante un *quantum* pensionario acorde con el principio-derecho de dignidad (artículo 1° de la Constitución) que actúa como presupuesto axiológico y ontológico del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Por lo demás, sólo así es posible garantizar “la elevación de su calidad de vida” como fin último del cualquier sistema de seguridad social existente (artículo 10° de la Constitución), sea público, privado o mixto.

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que, en un SPPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento.

37. Pues bien, es de público conocimiento que en los últimos meses el SPPrP ha evidenciado pérdidas sumamente significativas en los recursos de los fondos administrados. Desde el mes de junio de 2007, por sólo citar un caso, el porcentaje promedio de rentabilidad del Fondo Privado de Pensiones Tipo 2 (que, como se sabe, es el fondo de riesgo medio), ha sido siempre decreciente. Pero no sólo ello, a partir del mes de abril de este año no ha existido margen alguno de rentabilidad en su administración, evidenciando pérdidas cada vez mayores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Así, en el mes de abril la rentabilidad fue de -0.34%, en mayo de -4.18%, en junio de -4.72%, en julio de -13.80%, en agosto de -14.07 y en el mes de septiembre último de -16.70¹⁸.

Mientras en mayo de 2008 el balance general de los fondos reportaba un patrimonio de S/. 63,539'817,000¹⁹, en septiembre el mismo balance reportaba un patrimonio de S/. 52,943'873,000²⁰. Lo cual supone que en sólo 4 meses ha existido una pérdida de S/. 10,595'94,000.

No obstante ello, por paradójico que resulte el monto de las comisiones recibidas por las AFPs no asume riesgo alguno como si lo hacen las aportaciones a los fondos de los asegurados. En efecto, por sólo tomar como referencia el mismo período en el que la rentabilidad de los fondos se mantiene en un porcentaje negativo cada vez mayor (de abril a septiembre de 2008), los ingresos por concepto de cobro de estas comisiones han aumentado sustancialmente, alcanzando varios cientos de millones de nuevos soles. Así, en el mes de abril éstos ascendieron a S/. 252'458,000, y en el mes de septiembre último a S/. 570'184,000²¹. Y aunque es cierto que a estos montos deben serles deducidos los gastos operacionales y otros egresos, es evidente que no se condice en absoluto con las pérdidas del fondo de los pensionistas verificadas en los últimos meses.

En definitiva, de acuerdo a lo dispuesto actualmente por nuestro ordenamiento jurídico, las pérdidas del SPPr son asumidas exclusivamente por el fondo pensionario de los trabajadores y no por el patrimonio de las AFPs, a pesar de que los beneficiarios no son los causantes de dichas pérdidas, sino, en todo caso, la ineficiente gestión de las AFPs.

El Tribunal Constitucional entiende que estas pérdidas no son resultado de una conducta dolosa por parte las referidas empresas, y comprende también que en la lógica de la administración privada de los fondos de pensiones existe un margen de riesgo en las inversiones que puedan realizarse. No obstante, juzga manifiestamente contrario al deber del Estado de defender los intereses de los usuarios de los servicios públicos (artículo 65° de la Constitución), a la garantía institucional de un sistema de seguridad social acorde con la "elevación de la calidad de vida" del futuro pensionista (artículo 107° de la Constitución), al derecho fundamental a la pensión (artículo 11° de la Constitución), y al principio de solidaridad que rige todo sistema de seguridad social en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución), que las pérdidas que puedan generarse como consecuencia del aludido riesgo sean asumidas sólo por el patrimonio de los trabajadores aportantes al fondo privado de pensiones.

¹⁸ Cfr. Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, publicado por la SBS en su página web: <http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/boletínSPP/defaultbk.htm>

¹⁹ Cfr. <http://www.sbs.gob.pe/estadística/financiera2008/Mayo/FP-1213-my2008.XLS>

²⁰ Cfr. <http://www.sbs.gob.pe/estadística/financiera/2008/Setiembre/FP-1213-se20008.XLS>

²¹ Cfr. Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, publicado por la SBS en su página web: <http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/boletínSPP/defaultbk.htm>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En consecuencia, exhorta al legislador y a la SBS para que, en el más breve plazo posible, emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben.

38. No corresponde establecer a este Tribunal los medios concretos a través de los cuales dicho fin puede ser alcanzado. Ese es un asunto que, cuando menos por el momento, queda en el ámbito de configuración legislativa. Sin embargo, este Colegiado observa que existen determinados mecanismos a través de los cuales puede reducirse el margen de riesgo, mejorar el control de las inversiones, y compartir las pérdidas generadas. Algunos de tales mecanismos por los que es posible optar son los siguientes:

- a) Ordenar que, cuando menos, un porcentaje significativo de las comisiones recibidas sea destinado a aminorar las pérdidas generadas en cada ejercicio mensual, destinándolo, por ejemplo al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.
- b) Ordenar que las comisiones tengan un porcentaje variable que sea directamente dependiente del rendimiento del fondo en cada ejercicio.
- c) Ordenar que sólo un porcentaje reducido de los fondos administrados sea invertido en la bolsa de valores, cuando menos, mientras se mantenga un escenario de crisis financiera internacional.
- d) Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos administrados sea invertido en rentas fijas o en valores más seguros como bonos por ejemplo.
- e) Ordenar a las AFPs brindar al afiliado, a los organismos competentes y a la opinión pública, una información detallada de los rubros en los que es invertido el dinero del fondo.
- f) Crear un cuarto tipo de fondo de superlativa estabilidad para los asegurados próximos a jubilarse.
- g) Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos sea invertido en proyectos o capitales nacionales (infraestructura, por ejemplo), que aseguren un rendimiento y permitan un mejor control de la inversión realizada.
- h) Regular la presencia de, cuando menos, un representante de los afiliados en el Directorio de las AFPs.

39. Se tiene en consideración que con fecha 23 de noviembre de 2008, la SBS ha publicado en el diario oficial *El Peruano*, la Resolución N.º 11153-2008, mediante la cual se disponen una serie de medidas que tienen por finalidad lograr una mayor diversificación en la inversión de los recursos de los fondos administrados y mantener su adecuada rentabilidad. En ese sentido, la norma hace más exigentes los requerimientos para efectuar tales inversiones -por ejemplo, modificando los límites máximos de inversión en una serie de instrumentos derivados, determinados fondos mutuos, activos en efectivo y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

títulos de deuda-con miras a promover la diversificación del portafolio y asegurar una gestión racional de los riesgos.

Se trata de medidas que contribuyen a reducir los riesgos en la administración de los fondos y que, en alto grado, guardan relación con los mecanismos a los que se ha hecho alusión en los puntos c), d) y e) del fundamento precedente. Sin embargo, cabe reiterar que en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10° de la Constitución), es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFPs representado por el cobro de las comisiones de administración. Y es que sólo de ese modo queda asegurado el compromiso de las referidas empresas en la adecuada gestión de los fondos pensionarios, lo que viene exigido por los artículos 10° y 11° de la Constitución, y sólo así queda garantizada la eficiencia en la realización de un servicio público *iusfundamental*, o, en su caso, la debida protección constitucional ante la reducción de la mencionada eficiencia, manifestada en la correspondiente reducción de la contraprestación (las comisiones) por un servicio que no se ha prestado debidamente, todo lo cual deriva de una adecuada interpretación del artículo 65° de la Constitución.

§8. Sentencias constitucionales y equilibrio presupuestal.

40. Finalmente, el Tribunal Constitucional declara que esta sentencia es emitida en plena observancia y respeto de los principios de equilibrio presupuestal (artículo 78° de la Constitución) y de progresividad en los gastos públicos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

En efecto, el Pleno de este Colegiado es consciente de que los costos para las arcas del Estado que pueda irrogar sus sentencias, deben merecer la adjudicación de peso importante en la valoración de cada caso concreto y en la determinación de los efectos en el tiempo de sus decisiones, de forma tal que dichos costos no superen el margen de lo razonablemente exigible. Ello debe ser así no porque se conceda a intereses propios del Estado la capacidad de mediatizar el efecto vinculante de los derechos reconocidos por la Constitución, sino porque en el respeto al principio de equilibrio presupuestal subyace la protección de otros muchos derechos fundamentales cuya debida tutela podría resultar sensiblemente afectada como consecuencia del quiebre de tal equilibrio.

Es por ello que no cabe defender interpretaciones que manifiestamente sitúen en riesgo la estabilidad presupuestal del Estado, pero tampoco posiciones que despojen de toda protección a los derechos fundamentales. Como bien advierte Zagrebelsky, “la primeras sacrifican las tareas que la Constitución asigna al Gobierno y al Parlamento en la apreciación y en la gestión de la compatibilidad económica financiera privilegiándose la garantía del principio de constitucionalidad y la protección de los derechos. Las segundas sacrifican en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cambio la exigencia de defensa de los derechos privilegiándose las prerrogativas gubernativas y parlamentarias”²².

En consecuencia, la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista. Bajo tal consideración, efectuada dicha ponderación racional por el Tribunal Constitucional, la aplicación del costo económico que sea necesario para la debida protección de un derecho fundamental ordenada por una sentencia constitucional, no es un asunto que quede librado a la discrecionalidad de los poderes públicos, sino que se convierte en un auténtico deber constitucional. De ahí que, bien entendidas las cosas, “[l]as consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por [el Tribunal Constitucional], sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual todos, legislador incluido, se encuentran subordinados. (...) [S]i los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución (según la interpretación que de ésta realiza [el Tribunal Constitucional]), el desembolso se hace una obligación. Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión [del Tribunal] en nombre de la propia discrecionalidad política”²³.

41. No hay duda de que la posibilidad de traslado del SPrP al SPuP por las causales desarrolladas por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, y en la presente sentencia, generarán un cierto margen adicional de gasto público. No obstante, existen, cuando menos, tres razones de fundamental relevancia en virtud de las cuales este Colegiado encuentra mérito suficiente para dotar de efecto vinculante inmediato a la presente resolución. En primer lugar, porque el referido gasto público es reducido y no se aplica de inmediato, en la medida de que, conforme a lo establecido por el artículo 5° de la ley impugnada, cada traslado del SPrP al SPuP supone transferir directamente a la ONP el saldo de las respectivas Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento. En otras palabras, en el inmediato plazo, producido el traslado, el pago de las pensiones se realiza con cargo a estos conceptos y no a recursos estatales.

En segundo lugar, porque ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPrP. Lo cual, por cierto, no es óbice para que, de conformidad con el fundamento 38 a. *supra*, se obligue a las AFPs a contribuir en la financiación del referido Fondo.

²² Cfr. Zagrebelsky, G., “*Problemi in ordine al costi delle sentenze costituzionali*”, en AA.VV., *le sentenze della Corte Costituzionale el’ art. 81, UC., della Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 107.

²³ Cfr. Idem, p. 112.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Y, en tercer lugar, porque, además de otras consideraciones, ha sido justamente en observancia del principio de equilibrio presupuestal, que este Tribunal ha sido meridianamente claro en señalar que el derecho fundamental de desafiliación del SPPrP no puede ser interpretado como un derecho absoluto, sino que sólo resulta ejercitable en presencia de alguna de las causales previstas en la Ley N.º 28991 interpretada a la luz de los criterios establecidos en la STC 1776-2004-PA y en la presente sentencia, reduciéndose considerablemente el potencial gasto público generado.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:
 - 1.1 Inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones. En tal sentido, a partir de lo establecido por el artículo 65º de la Constitución, y de conformidad con lo establecido en el fundamento 20 *supra*, intérpretese que constituye causal de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SpuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.
 - 1.2 De conformidad con el fundamento 19 *supra*, intérpretese que tratándose de una violación constitucional continuada, no opera ningún plazo prescriptorio para solicitar la nulidad del acto de afiliación en los supuestos de indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.
 - 1.3 De conformidad con el fundamento 24 *supra*, a partir de una interpretación de los artículos 3º y 15º de la ley impugnada acorde con el artículo 65º de la Constitución, entiéndase que es obligación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y de la Oficina de Normalización Previsional, hacer de conocimiento de los aportantes que una indebida, insuficiente y/o inoportuna información al momento de su afiliación a una AFP es causal de desafiliación del SPPrP, señalándose los criterios que permiten determinar la existencia de esta causal. Esta información deberá difundirse en la campaña informativa regulada por el artículo 3º, y deberá incluirse claramente en el “Boletín informativo” regulado por el artículo 15º.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00014-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

- 1.4 De conformidad con los fundamentos 36 a 38 *supra*, se exhorta al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que, en el más breve plazo posible, emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben.
- 1.5 Los criterios de interpretación establecidos en esta sentencia son de alcance general y vinculan a todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPCConst.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR