



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 300/2022

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00020-2021-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15 de setiembre de 2022

Caso de la Ley que autoriza el retiro de fondos de las AFP

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 3 de la Ley 31192,
Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de
Fondo de Pensiones el retiro de sus fondos

Magistrados firmantes:

SS.

MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH



TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Ley 31192	Constitución Política del Perú - Art. 7 - Art. 9 - Art. 10 - Art. 11 - Art. 12 - Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo)

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

§2. SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL PARA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

§3. SOBRE EL CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO DISPUESTAS PARA ENFRENTAR LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN EL PERÚ

§4. SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES (SNP) Y EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP)

§5. SOBRE EL CARÁCTER INTANGIBLE DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Handwritten blue ink marks and signatures on the left margin, including the letters 'AK', 'ep', and a large signature.



§6. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 31192

§7. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES

§8. EXHORTACIÓN

III. FALLO

Handwritten signatures in blue ink, including a stylized signature at the top, a circular mark, and a large, complex signature at the bottom.



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de setiembre del 2022, reunido el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Morales Saravia (presidente); Pacheco Zerga(vicepresidente), Ferrero Costa, Gutiérrez Tiese, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga, Ferrero Costa y Monteagudo Valdez, que se agregan. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Morales Saravia.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 8 de junio de 2021, el Colegio de Abogados de Lima Sur interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 3 de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos”, publicada el 7 de mayo de 2021 en el diario oficial *El Peruano*. Alega que las disposiciones impugnadas contravienen los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993.

Por su parte, con fecha 9 de setiembre de 2021, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que esta sea declarada improcedente.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El Colegio de Abogados de Lima Sur sostiene que los artículos 1 y 3 (último párrafo) de la Ley 31192 incurren en vicios de inconstitucionalidad por el fondo, en la medida que contravienen el derecho a la seguridad social (artículos 10 y 11), la intangibilidad de los fondos de pensiones (artículo 12), la sostenibilidad del sistema de pensiones (penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria) y el derecho a la salud (artículos 7 y 9).
- Indica que las disposiciones impugnadas permiten, una vez más, el retiro de los fondos de las cuentas contributivas que los afiliados han aportado al SPP, conforme a su artículo 1. Acota que se añade la posibilidad de la entrega de hasta el 30 por ciento de los fondos a los acreedores de obligaciones alimentarias, de acuerdo con el artículo 3 de la ley impugnada.
- El demandante alega que los objetivos de la seguridad social afectados por las medidas incluidas en la Ley 31192 son: (i) proteger a la persona contra las

Handwritten blue ink marks and signatures on the left margin of the page.



contingencias que pueden darse en su vida y que están previstas en la ley; y, (ii) elevar la calidad de vida.

- Advierte que una modificación legislativa sobre tal materia debe tener en cuenta los límites constitucionalmente impuestos a la seguridad social en general y, particularmente, al derecho que derive de esta, como es el caso del acceso a una pensión.
- Afirma que tanto Sistema Nacional de Pensiones (SNP) como el Sistema Privado de Pensiones (SPP) tienen como objetivo común posibilitar el acceso a una pensión digna, de modo que se trata de sistemas que se complementan.
- Por ello, a su criterio, el tratamiento estatal que se brinde a ambos sistemas de pensiones debe ser similar, puesto que ambos persiguen el mismo fin constitucional.
- Agrega que dicha obligación estatal siempre debe ejercerse teniendo en cuenta las implicancias de los sistemas pensionarios que dirige o supervisa. Por ello, enfatiza que el Estado debe observar las condiciones de funcionamiento de los esquemas de administración de pensiones, a fin de garantizar la viabilidad de que cada aportante reciba, en su momento, una pensión digna.
- En esta línea, el colegio demandante concluye que la ley impugnada vacía de contenido de la garantía institucional de la seguridad social, en general, y del derecho a la pensión en particular, reconocidos y recogidos en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política del Perú.
- Asimismo, afirma que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) emitió una opinión formal sobre la autógrafo que ahora se ha convertido en ley, en la que destaca que el monto de la pensión, en el sistema de capitalización individual propio de las AFP, depende de una serie de variables, como la tasa de aporte, la rentabilidad acumulada, la regularidad en el pago de aportes, el tiempo de permanencia y la edad de jubilación.
- Asevera que estos retiros prematuros tienen efectos negativos tanto para los afiliados individualmente como para la sociedad en su conjunto. Por ende, sostiene que lo regulado en la Ley 31192 supone una descapitalización del sistema privado de pensiones (SPP) y de las cuentas individuales, al permitir que los afiliados dispongan de esos fondos para fines extrapensionarios.
- Advierte que según los estudios realizados por los órganos técnicos como la SBS, el efecto de la norma cuestionada se extiende a los afiliados que no han efectuado retiros, lo que provocará un impacto en la “gestión de las carteras administradas, así como en el mercado de capitales local y en la economía en general”.



- Acota que el retiro autorizado por las disposiciones cuestionadas impediría que en el futuro los afiliados mantengan en sus cuentas recursos suficientes para lograr el fin constitucional que persigue la pensión.
- En suma, aduce que la medida que prevé destinar los recursos de una futura pensión (los aportes depositados en el fondo individual), para fines distintos a los del soporte económico durante la vejez del pensionista, terminan por comprometer seriamente el acceso a una pensión digna, no ya de un pensionista en particular, sino de todos ellos, afectando, incluso, al conjunto del sistema pensionario.
- Por otro lado, menciona que la disposición de las sumas depositadas en la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) contraviene la intangibilidad de los fondos de pensiones (artículo 12 de la Constitución). Argumenta que dicha intangibilidad consiste en que el administrador de los fondos no tiene el poder de destinarlos a un fin distinto al de posibilitar, en el plano material, la percepción de una pensión digna para quien tiene derecho a esta.
- Manifiesta que la ley impugnada crea otro sujeto denominado “el afiliado”, quien puede acceder y disponer libremente de los aportes con fines distintos al previsional. En tal sentido, afirma que el Estado debe evitar que sus decisiones degraden la existencia de los ciudadanos, pues ello afecta sus propios logros y avances progresivos respecto de su derecho a la pensión.
- El Colegio de Abogados de Lima Sur también señala que la disposición de fondos de la cuenta individual de capitalización atenta contra la sostenibilidad del sistema de pensiones. Refiere que las modificaciones a los sistemas pensionarios existentes o la creación de nuevos sistemas deben fundarse en el principio de sostenibilidad financiera y de no nivelación.
- Indica que el retiro que autoriza la Ley 31192 traerá como consecuencia la afectación de la rentabilidad en los fondos de pensiones que administran las AFP's, puesto que la reducción de la cantidad de aportes administrados comprometerá la realización de inversiones sustanciales, lo que pondría en riesgo también la supervivencia de estas entidades como órganos reconocidos constitucionalmente para administrar los fondos de pensiones.
- Añade que no solo se pauperiza el fondo y su rentabilidad, y se afecta a los afiliados que permanezcan sin retirar los, sino que además 5 millones de afiliados quedarían sin saldo, lo que generará una mayor carga fiscal para atender las necesidades de aquellos que llegan sin cobertura o con una muy magra, al momento de la jubilación.
- Alega que la ley impugnada pone en riesgo el derecho a la salud de los afiliados, regulado en los artículos 7 y 9 de la Constitución, y en el artículo I del Título

AFP

5M



Preliminar de la Ley 26842. Agrega que el desarrollo del concepto específico del derecho a la salud se ve reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- En efecto, menciona que parte del derecho a la salud comprende una dimensión dinámica y positiva, la cual supone el mandato constitucional que reviste al Estado como principal promotor de las políticas públicas y actuaciones conducentes a garantizar una vida saludable y digna de los ciudadanos, a través de la aplicación de herramientas legales, técnicas y económicas de manera directa y efectiva.
- El colegio profesional demandante aduce que la Ley 31192 permitiría que el afiliado llegue a retirar hasta el 100 % del monto disponible en la cuenta individual de capitalización, sin destinar porcentaje alguno a favor de EsSalud para que el afiliado pueda acceder a sus prestaciones, lo que contraviene los artículos 7 y 9 de la Constitución.
- Expone que el Congreso de la República, en el año 2020, aprobó cuatro normas en el marco de la pandemia de la Covid-19 que habilitaron a los afiliados de las AFP a retirar una gran parte de sus aportes mediante un determinado procedimiento, y que a la vez ha generado un supuesto de vaciamiento de la Constitución.
- En consecuencia, el colegio demandante solicita que se dejen sin efecto los artículos 1 y 3 de la Ley 31192, por vulnerar lo establecido en los artículos 7, 9, 10, 11 y 12 de la Constitución, respecto al derecho a la seguridad social, a la intangibilidad de los fondos de pensiones, a la sostenibilidad del sistema de pensiones y el derecho a la salud.
- Asimismo, pide que, a través de la sentencia que emita este Tribunal, se determine la imposibilidad de expedir nuevas normas que incurran en dichas vulneraciones, de modo que se exija al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que no se continúe con el vaciamiento de la Constitución.
- Finalmente, solicita que, en caso de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 3 de la ley impugnada, la decisión sea extendida, por conexidad, al artículo 2 y a la Única Disposición Complementaria Final de dicha ley, así como a la Resolución SBS 01484-202.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El apoderado del Congreso de la República alega que en el presente caso no resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo, debido a que se ha producido la sustracción de la materia y, por ende, solicita que la demanda interpuesta sea declarada improcedente.



- Señala que el demandante no realizó una interpretación sistemática de todas las disposiciones de la referida ley, entre ellas, la contenida en el artículo 2, que especifica la caducidad de la ley impugnada.
- Precisa que la ley impugnada delimita claramente dos requisitos o condiciones esenciales para su aplicación: uno subjetivo y otro temporal.
- Con respecto al primero, el artículo 1 de la ley cuestionada establece de forma expresa y específica que el retiro extraordinario de hasta cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) está permitido solamente, o de forma exclusiva, a los afiliados al SPP que no califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.
- Con relación a lo segundo, el literal “a” del artículo 2 de la ley sometida a control dispone que los afiliados al SPP, destinatarios de la norma, pueden presentar su solicitud, por única vez, dentro de los 90 días calendario, posteriores a la vigencia del reglamento de la ley.
- Añade que la Única Disposición Complementaria de la ley cuestionada estableció un plazo de 15 días calendario para que la SBS reglamente el procedimiento operativo para el cumplimiento de la norma.
- Dicho Reglamento, según la parte demandada, fue publicado el 19 de mayo de 2021, a través de la Resolución SBS 01484-2021, relativo al procedimiento operativo para el retiro facultativo de fondos en el SPP, establecido en la Ley 31192.
- Así, según refiere el apoderado especial del Congreso, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 31192 y el artículo quinto de la Resolución SBS 01484-2021, el plazo de 90 días calendario para acogerse al supuesto de hecho de la ley impugnada inició el 27 de mayo de 2021 y terminó el 24 de agosto de 2021.
- Concluye entonces que la ley objeto de control es una ley temporal y que la cesación de su vigencia no se debe a que haya sido derogada, sino a la conclusión del ámbito de su validez temporal y al acaecimiento del hecho o de las circunstancias materiales, (supuesto) a los que estuvo condicionada.
- Asimismo, indica que en el presente caso no se ha configurado ninguno de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional, según su jurisprudencia, tiene habilitada la competencia para realizar el control de constitucionalidad de normas derogadas o que han perdido vigencia.
- Al respecto, refiere que todas las solicitudes de los afiliados al SPP presentadas a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en el plazo antes mencionado ya han sido resueltas.

7/10

0.1



- Aduce también que la Ley 31192 no versa sobre materia penal ni tributaria y que sus disposiciones ya no son susceptibles de ser aplicadas a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvieron vigentes.
- En ese sentido, afirma que los afiliados al SPP que estuvieron en condición de activos, a la fecha de hoy, aunque permanezcan como afiliados al SPP con la misma condición, ya no pueden acogerse a la Ley 31192.
- En consecuencia, concluye que carece de objeto el control de constitucionalidad, al haberse producido la sustracción de la materia, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona por razones de fondo la constitucionalidad de los artículos 1 y 3 (segundo párrafo) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al sistema privado de administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir, a su criterio, los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Este Tribunal aprecia que los extremos impugnados de la Ley 31192 son los siguientes:

Ley 31192	
N.º	Extremos impugnados
1)	Artículo 1. Objeto de la Ley Autorízase de manera extraordinaria a todos los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) unidades impositivas tributarias (UIT) del total de sus fondos acumulados en su cuenta individual de capitalización (CIC), a fin de aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias de la pandemia del COVID-19. La Ley no es aplicable a quienes califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.
2)	Artículo 3. Intangibilidad (segundo párrafo): (...) Lo señalado en la presente disposición no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% de lo retirado.



3. Al respecto, en relación con el artículo 1, referido previamente, este Tribunal aprecia que este tiene como objeto:

i) autorizar *extraordinariamente* a los afiliados al SPP el retiro *facultativo* de parte de sus aportes;

ii) que este retiro sea hasta por un monto máximo de 4 UIT.

4. Dicho retiro se encuentra autorizado para todos los afiliados del SPP, a excepción de aquellos que cumplan los requisitos para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo (REJA).

5. La disposición cuestionada establece que dicha autorización extraordinaria tiene como finalidad el alivio de las economías familiares afectadas por las consecuencias de la pandemia del Covid-19.

6. Por otra parte, conviene precisar que el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 31192 (no impugnado en el presente caso), establece que:

El retiro de los fondos a que se refiere la presente ley mantiene la condición de intangible, no pudiendo ser objeto de descuento, compensación legal o contractual, embargo, retención, cualquier forma de afectación, sea por orden judicial y/o administrativa, sin distingo de la cuenta en la que hayan sido depositados.

7. En tal sentido, se aprecia que el legislador ha explicitado que el retiro de fondos tiene el carácter de intangible, con los alcances allí establecidos.

8. Ahora bien, el segundo párrafo de dicho artículo 3, impugnado en la demanda, establece una excepción a dicho carácter intangible. Se trata del caso de las retenciones judiciales o convencionales por deudas alimentarias.

9. Así, el legislador, en el extremo impugnado del mencionado artículo 3, ha establecido que este carácter no aplica ante las referidas retenciones por deudas alimentarias, hasta un máximo de 30 % del monto retirado.

10. En síntesis, las dos materias que de la Ley 31192 básicamente se cuestionan son:

i) la autorización extraordinaria del retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en el CIC de cada afiliado al SPP (artículo 1); y,

ii) la retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30 % del monto de lo retirado.



11. Ahora bien, el apoderado especial del Congreso de la República sostiene que, en el presente caso, se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto la ley impugnada ya no se encuentra vigente. Al respecto, precisa que el artículo 2 de dicha ley establece un plazo límite para presentar la solicitud de retiro, el mismo que ya habría transcurrido a la fecha.
12. En atención a tales consideraciones, corresponde entonces determinar si este Tribunal puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, o no.

§2. SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL PARA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

13. Como se ha indicado, este Tribunal debe dilucidar si en el presente caso se habría producido, o no, la sustracción de la materia, lo que comportaría la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
14. Corresponde advertir que las disposiciones cuestionadas autorizan el retiro de fondos de las CIC y a la fecha, efectivamente, ha vencido el plazo de noventa días calendario posteriores a la vigencia del reglamento de la ley para presentar las solicitudes.
15. Sin embargo, lo anterior no implica que no se continúen desplegando efectos presuntamente inconstitucionales derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas en el presente caso.
16. Asimismo, la parte demandante ha solicitado expresamente al Tribunal Constitucional, con posterioridad a la audiencia pública de 14 de julio 2022, que este Colegiado se pronuncie sobre la Ley 31478, Ley que faculta el retiro extraordinario de los fondos de pensiones en el contexto de la pandemia del Covid 19, publicada el 21 de mayo de 2022.
17. Ley 31478 en su artículo 2 autoriza de manera extraordinaria a los afiliados del Sistema Privado de Pensiones a retirar, facultativamente, hasta 4 (cuatro) unidades impositivas tributarias del total de los fondos acumulados en sus cuentas individuales de capitalización.
18. Asimismo, el numeral 3.1 de su artículo 3 de esta ley establece que los afiliados podrían presentar sus solicitudes remota, virtual o presencialmente, por una única vez, dentro de los noventa (90) días calendario posteriores a la vigencia del Reglamento de la ley.
19. Con fecha 31 de mayo de 2022, a través de la Resolución SBS 01767-2022, se publicó el Reglamento Operativo para el retiro extraordinario y facultativo de fondos en el Sistema Privado de Pensiones establecido por la Ley 31478,

7/15
①

②



emitido por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Conforme a su artículo cuarto, el mencionado reglamento entró en vigor el 13 de junio de 2022.

20. Así considerados, en aplicación de lo previsto por la propia Ley 31478, los efectos concretos de la regulación cuestionada –es decir, la posibilidad de solicitar retiro de aportes– se agotaron el 13 de septiembre de 2022.
21. Como fue indicado, la parte demandante ha solicitado expresamente al Tribunal Constitucional, con posterioridad a la audiencia pública, que se emita pronunciamiento también sobre la Ley 31478. Ha alegado, asimismo, que la Ley 31192 continúa surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas efectuadas durante el lapso en que fue posible realizar el retiro.
22. El artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional prevé que:

Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia.

El pronunciamiento que emita el Tribunal no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas. (Resaltado agregado).

23. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que le corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada. Si bien las leyes cuestionadas no han sido derogadas, sino que habrían agotado sus efectos por el transcurso del tiempo (en la medida en que no se pueden presentar nuevas solicitudes de retiro), también es cierto que siguen siendo aplicables a algunos hechos o situaciones jurídicas ocurridas con ocasión de su vigencia. Asimismo, es claro que ambas regulaciones tienen un contenido directamente relacionado con lo que es objeto de la presente demanda.
24. En efecto, conforme ha sido aducido por el colegio demandante, los efectos perniciosos de la regulación cuestionada, tanto de la Ley 31192 como de la Ley 31478, continúan surtiendo efectos, pues los aportantes han realizado retiros dentro del plazo indicado, y es con base en dichos retiros que se habría trasgredido o puesto en riesgo los bienes constitucionales invocados.
25. Asimismo, si bien conforme a la Ley 31478 ya no se pueden ingresarse nuevas solicitudes de retiro, los efectos de dicha regulación alcanzan a las solicitudes que han sido presentadas dentro del plazo antes mencionado y que se encuentran pendientes de tramitación; así como a los retiros que se encuentran pendientes de desembolso (dentro del límite de las 4 UIT), incluyendo aquellos casos en los que han existido desembolsos parciales.



26. En todos estos casos (de retiros totalmente efectuados, de retiros parciales pendientes de desembolso y de retiros ya solicitados), conforme a la tesis de la parte demandante, se seguiría generando efectos negativos tanto en el sistema previsional como en los derechos fundamentales que se invocan, contenidos en los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
27. Con base en los antes indicado, le corresponde a este Tribunal Constitucional emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

§3. SOBRE EL CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO DISPUESTAS PARA ENFRENTAR LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN EL PERÚ

28. En primer lugar, debe destacarse la existencia de un contexto de excepcionalidad que antecedió a la expedición de la Ley 31192. En todo caso, dicha excepcionalidad determinó que las medidas dispuestas en la ley sometida a control fueran de carácter temporal y de alcance limitado. En nuestro ordenamiento, el marco jurídico se encuentra en el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución peruana de 1993, que prevé el estado de emergencia: “en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o *de graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación*”.
29. Cabe señalar que una de las grandes lagunas de la Constitución vigente es no haber regulado las emergencias socio-económicas, como sí lo hizo expresamente la Constitución de 1979, en su artículo 132, que disponía que: “En situaciones de crisis grave o emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario”.
30. Sin perjuicio de ello, la emergencia está prevista y regulada por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, el numeral 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos declara:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

31. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su párrafo 1 preceptúa lo siguiente:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias

7/10/21



de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

32. En términos similares, el numeral 1 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara:

En caso de guerra, de peligro público o de una *emergencia* que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

33. En comentarios sobre el tema en el derecho argentino, en términos que pueden ser aplicables en nuestro ordenamiento, Rodolfo Barra afirma que la emergencia exige: (i) una situación de gravedad extraordinaria; (ii) con peligrosidad sobre la independencia, la seguridad y, en general, “la vida de la Nación”, es decir, de extrema gravedad; (iii) la limitación de las disposiciones destinadas a enfrentar la situación de emergencia, según el tiempo y contenido; no podrán suspender el ejercicio de los derechos humanos ‘duros’, no deberán ser discriminatorias, y tampoco contradictorias con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional (por ej., las propias del derecho de gentes)¹.

34. En esa misma dirección, cabe citar que en el sistema de arbitraje internacional CIADI-BIT, el laudo pronunciado por el tribunal ad hoc en el Caso “LG&E Energy Corp.; LG&E Internacional Inc. v. República Argentina”² discutió los alcances del artículo XI del BIT celebrado entre la Argentina y los Estados Unidos de América, con relación al “estado de emergencia” o “estado de necesidad”, y se expuso que:

Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. *Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar* (cursiva agregada).

35. La pandemia del Covid-19 no sólo desató una crisis sanitaria por el déficit de camas de Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) y de personal médico y hospitalario, sino que también tuvo un devastador impacto en el empleo. Un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en septiembre de

¹ BARRA, Rodolfo, “Ley y Emergencia, Principio y contingencia”. En: Rodolfo Barra y Martín Plaza, (dirs.), José Gabriel Chibán (coord.), *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, Rap, Buenos Aires, 2020, p. 54

² Caso “ARB/02/1”, <http://www.worldbank.org/icsid>.

7/11/20

CB



2020, reveló que el Perú fue el país más golpeado en pérdidas de empleo en Latinoamérica, durante la pandemia³.

36. Como es de público conocimiento, para hacer frente a los efectos económicos de la pandemia del Covid-19, en el país se adoptaron medidas extraordinarias, como subsidios y entregas económicas de bonos a diversos sectores vulnerables de la población; la habilitación, en favor de los trabajadores, del retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta en un 100 %; y la oferta de crédito hasta por 10 millones de soles para las pequeñas, medianas y grandes empresas, en las entidades del sistema financiero que tuviesen contrato con la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide) (Reactiva-Perú), a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas, entre varias otras.
37. Tales medidas fueron dispuestas por las autoridades del gobierno nacional durante el estado de emergencia declarado a través del Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, a fin de prevenir y evitar la propagación del Covid-19 en el país, y cuya vigencia ha sido prorrogada en los últimos años.
38. Al respecto, dadas las necesarias restricciones al libre desplazamiento y reunión de personas y, en concreto, a las medidas de confinamiento dispuestas desde el inicio de la declaratoria del estado de emergencia para detener el aumento de contagios por Covid-19, la ciudadanía estuvo prácticamente impedida, salvo excepciones, de continuar con el normal desarrollo de sus actividades laborales y profesionales.
39. En efecto, tal como se expresó en el dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, de fecha 19 marzo de 2021, las medidas como aislamiento social obligatorio, toque de queda, aforos limitados en establecimientos comerciales, restricciones al uso de vehículos particulares, entre otras, estuvieron destinadas a contener la propagación del Covid-19. Estas, sin embargo, afectaron significativamente no solo la economía del país, sino la de millones de personas (dictamen obrante a fojas 109 de la demanda).
40. Tal situación de excepcionalidad justifica que las autoridades tomen medidas céleres, oportunas e idóneas para aliviar la situación económica de los hogares y las empresas, en defensa de sus derechos y libertades económicas y, en general, en resguardo de la economía del país, dentro del marco de posibilidades que establecen la Constitución y las leyes.

³ DURAND, Francisco, Julián Cárdenas y Emilio Salcedo, *La crisis de las AFP. Poder y malestar previsional*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2022, p. 173.



41. Ahora bien, dichas medidas fueron parte de un plan de atención de la salud pública y recuperación de la economía de los hogares y las empresas, iniciado en el año 2020⁴, conforme se refleja a continuación:

Plan económico del Perú frente a la COVID-19
Primera etapa de <i>contención</i>
(i) Atención de emergencia: -Fortalecimiento de los servicios de salud; -Limpieza en colegios, transporte y otros lugares públicos; -Orden público y traslado de bienes y personas.
(ii) Soporte a los hogares: - Atención económica para hogares vulnerables - Subsidio por incapacidad temporal, por suspensión perfecta y entrega de canastas - Otras medidas para atención a personas en situación vulnerable - Alivio tributario a familias - Liberación de CTS - <i>Exoneración de retención y retiro extraordinario de AFP</i> (énfasis añadido) - Continuidad de operatividad de entidades públicas - Subsidio económico para la continuidad del servicio de transporte
(iii) Soporte a las empresas: - Subsidio a planilla y aplazamiento de depósito de CTS. - Medidas de alivio tributario. - Liberación de detracciones y otras facilidades a deudores.
Segunda etapa de <i>reactivación</i>
(i) Soporte a la cadena de pagos: - Fondo de Apoyo Empresarial para Pymes (FAE-Mype) - Fondo de Apoyo Empresarial para el sector turismo (FAE-Turismo) - Fondo de Apoyo Empresarial para pequeños productores agrarios (FAE-Agro) - Programa de Garantía a la cartera de créditos - Fondo Crecer - Reactiva Perú
(ii) Medidas de apoyo y soporte a la economía. - Arranca Perú - Arranca Perú II - Medidas de alivio tributario - Medidas tributarias de promoción a la inversión - Compras a micro y pequeñas empresas - Apoyo a agricultura, cultura y otros - Medidas para impulsar la inversión pública - Medidas para impulsar la inversión privadas - Otras medidas de apoyo y soporte a la economía

⁴ Disponible en el sitio web del Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de: <https://www.mef.gob.pe/planeconomicocovid19/>. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.



42. Como puede apreciarse, dicho plan constó de una etapa de contención y otra, propiamente, de reactivación, dentro de las cuales se encontraban diversas medidas dirigidas a los ciudadanos y a sus respectivas familias, como también a las pequeñas, medianas y grandes empresas.
43. La primera tenía como finalidad brindar soporte a las economías familiares y a las empresas para resistir los embates económicos de la pandemia; de modo que la significativa reducción de ingresos pudiese ser mitigada.
44. La segunda, en cambio, buscaba estimular la economía nacional a través de concretas y focalizadas medidas, en favor de las familias y empresas, y también de acuerdo con las necesidades y condiciones de diversos sectores productivos y financieros, que conllevaran a poner en marcha, nuevamente, el crecimiento económico en el país.
45. Lo referido *supra* permite comprender en qué contexto fue expedida la Ley 31192. Pero ello no significa que este Tribunal evalúe la conveniencia de las medidas adoptadas o se pronuncie sobre su idoneidad. Antes bien, este Tribunal solo se ha limitado a describir en qué consistieron las medidas adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia del Covid-19.
46. En lo que aquí interesa, respecto del sistema pensionario, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República aprobaron ciertas normas en el marco de la pandemia del Covid-19, habilitando a los afiliados al SPP a retirar parte de sus aportes.
47. Tales normas, inicialmente, fueron parte de la etapa de contención para el soporte a los hogares y consistieron, entre otras, en la no retención de aportes y en el retiro extraordinario de los fondos de las CIC.
48. A fin de abordar la problemática descrita, se emitieron diversas normas legales que antecedieron a la expedición de la Ley 31192 y que incidieron en los fondos destinados a la seguridad social. Estas fueron:

(i) **Decreto de Urgencia 033-2020**, publicado el 27 de marzo de 2020. Dispuso que para el mes abril de ese año se suspenda excepcionalmente la obligación de retención y pago de los componentes del aporte obligatorio del 10 % de la remuneración asegurable destinado a la CIC y la comisión sobre el flujo descontada mensualmente a los trabajadores afiliados al SPP;

(ii) **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2 000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses;

7/10
C.B.



(iii) **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2 000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*;

(iv) **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25 % del total de sus fondos acumulados en su CIC, y se estableció como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a una UIT y 3 UIT, respectivamente;

(v) **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante retirar hasta 4 UIT de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.

49. En efecto, la situación económica del país indujo a los órganos y poderes del Estado a proceder de un modo especialmente cauteloso y prudente en el manejo de los recursos públicos, ya que se requería enfrentar la crisis sanitaria y el impacto que esta viene produciendo en la economía nacional.
50. Desde esa perspectiva, en el presente caso, este Tribunal aprecia la existencia de un contexto de excepcionalidad que antecedió a la expedición de la Ley 31192; contexto que, con matices, puede afirmarse que continúa hasta la fecha, pues la pandemia no ha sido superada y aún debe lograrse la reactivación económica. De este modo, las medidas contempladas en la impugnada Ley 31192 se encuentran en la línea de lo que ya había sido previamente dispuesto por el Poder Ejecutivo y por el Poder Legislativo desde el año 2020.
51. Cabe anotar como referencia relevante que la legislación que autoriza el retiro de fondos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ha sido replicada en Chile, país modélico del sistema implementado en el Perú, con tres leyes de retiro. El primer retiro rigió desde el 30 de julio de 2020, día en que se publicó la Ley N° 21.248, el segundo comenzó a regir el 10 de diciembre de 2020 (Ley N° 21.295; y el tercero desde el 28 de abril de 2021 (Ley N° 21.330), con retiros del 10% de los fondos y con el plazo de un año⁵.
52. En todo caso, dicha excepcionalidad determinó que las medidas dispuestas en la ley sometida a control fueran de carácter temporal y de alcance limitado.
53. En efecto, resulta importante destacar que la habilitación dispuesta en la ley impugnada no pretendía afectar la totalidad de los fondos acumulados en las

⁵ Enlace: <https://www.chileatiende.gob.cl>.



CIC, sino solamente hasta un máximo de 4 UIT y durante un plazo de tiempo perentorio y sujeto a condiciones, como no cumplir los requisitos para recibir una jubilación anticipada por desempleo.

54. Cabe precisar que, como fluye del cuadro indicado *supra*, con anterioridad, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo habían expedido normas con vocación similar, de carácter excepcional, temporal, de alcance limitado en cuanto al monto del fondo que podía ser retirado y, además, sujetas a condiciones o requisitos.
55. Corresponde advertir que en ningún caso se habilitó un retiro de la totalidad de los fondos de los aportantes, sino que la medida establecida fue solo de alcance temporal y parcial, y se adoptó un criterio similar al empleado cuando se expidieron las normas que precedieron a la Ley 31192 y que no fueron cuestionadas en la demanda.
56. Habiendo quedado esclarecido el especial contexto en el que ha sido expedida dicha ley (y *mutatis mutandis* también la Ley 31478), corresponde detenerse ahora en el retiro facultativo de fondos autorizado a los afiliados del SPP.
57. Para ello, resulta necesario considerar las particularidades del SPP y, en concreto, las diferencias que presenta en comparación con el SNP.

§4. SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES (SNP) Y EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP)

58. En primer término, el artículo 10 de la Constitución dispone que “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.
59. En segundo lugar, el artículo 11 de la Constitución establece que: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.
60. De esto último se desprende que, según el constituyente, las personas pueden acceder a los servicios que, en el ámbito sanitario y previsional, ofrezcan entidades: i) públicas, ii) privadas o iii) mixtas.
61. Asimismo, por mandato constitucional, el Estado tiene el deber, en todos los casos, de supervisar su funcionamiento y la prestación adecuada de tales servicios. Se trata de un deber que es correlato de la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la pensión, razón por la cual se trata de un deber al que el Estado en ningún caso puede renunciar o soslayar.



62. Por su parte, este Tribunal en anteriores ocasiones se ha pronunciado respecto del contenido y alcances de los precitados artículos constitucionales. De este modo, este Tribunal ha establecido que, por mandato del artículo 10 de la Constitución, la vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional (*cf.* Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
63. A su vez, este órgano de control de la constitucionalidad ha precisado que del mandato constitucional recogido en el artículo 11 se desprende la coexistencia del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) junto con el Sistema Privado de Pensiones (SPP).
64. El Texto Constitucional de 1993 –al establecer *el libre acceso a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas*, encargándose al Estado la función de *supervisar su eficaz funcionamiento* (artículo 11 de la Constitución de 1993)– consagra y, por consiguiente, permite, autoriza y supervisa la existencia de un Sistema Privado de Pensiones (SPP).
65. Ahora bien, este Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las características básicas y diferencias de los sistemas público y privado de pensiones.
66. En concreto, el SNP es un sistema de reparto en el que ingresan los aportes de todos los afiliados, que coadyuvan al pago actual de las pensiones de los jubilados (*cf.* Sentencia 00016-2020-PI/TC, fundamento 7). Por consiguiente, el SNP se estructura sobre la base de un fondo común, en el que ingresan los aportes de los afiliados y que recibe además el financiamiento de los recursos públicos, todo ello con la finalidad de proveer el pago oportuno de las pensiones de sus afiliados.
67. Por su parte, el SPP fue creado a través del Decreto Ley 25897, en el año 1992, como una opción o alternativa a los regímenes de pensiones administrados por el Estado⁶, como son los regímenes aprobados por los decretos leyes 19990 y 20530. Este sistema ha sido estructurado de forma diferente al SNP, pues establece, en principio, que el monto de las pensiones dependa de los aportes realizados por sus afiliados.

⁶ Cfr. Ministerio de Economía y Finanzas. Los sistemas de pensiones en Perú (2004). Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf, p. 29. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.



68. En efecto, una de las principales diferencias entre ambos sistemas es que el SPP cuenta con un *régimen de capitalización individual*, en el que los aportes realizados por el trabajador son depositados en la denominada Cuenta Individual de Capitalización (CIC). Dicha CIC es una cuenta personal que se incrementa mensualmente con los nuevos aportes depositados y con la rentabilidad que generan las inversiones de dicho fondo acumulado⁷.
69. El aporte de cada afiliado o el descuento que se le realiza al trabajador está conformado por un monto de 10 % de su remuneración bruta, a lo que debe añadirse los descuentos por la correspondiente prima de seguros y por la comisión que cobra la AFP elegida para administrar su fondo. Se entiende que una AFP realiza inversiones con el dinero del afiliado a fin de generar rentabilidad y, de esta manera, aumentar el valor de las prestaciones que dicho afiliado reciba en su oportunidad.
70. Cabe advertir que, además de los aportes con fines previsionales, que tienen como finalidad incrementar la cuenta individual de capitalización y aumentar el monto de su CIC, el afiliado puede realizar aportes sin fines previsionales con el objeto de acceder a los beneficios de la rentabilidad que por ello ofrezca la AFP.
71. En síntesis, en el SPP, el monto de la pensión depende de la magnitud del fondo del afiliado; en cambio, en el SNP, la pensión se calcula según las últimas remuneraciones del afiliado a dicho sistema y, en todo caso, se ha previsto un monto determinado correspondiente a la pensión máxima que otorga dicho sistema.
72. Entre los derechos con que cuenta el afiliado a un SPP se encuentran realizar aportes voluntarios, trasladar sus aportes a cualquier otra AFP, cambiar el tipo de fondo de pensiones, recibir por parte de la AFP un estado de cuenta y recibir las prestaciones de sus correspondientes pensiones, entre otros.
73. Queda claro, entonces, que el SPP se basa en los aportes individuales del que resultará beneficiario, que son depositados en una cuenta individual y que, en este caso, no recibe financiamiento proveniente del tesoro público.
74. Si bien en el marco jurídico de nuestro régimen económico de *economía social de mercado*, concurren entidades públicas y privadas con la finalidad de satisfacer ciertos requerimientos, algunos vinculados a la prestación de servicios públicos; con base en lo anterior no deben confundirse los regímenes previsionales mencionados por la Constitución con lo que implica la seguridad social, conforme ya fue explicado.

⁷ Íd., p. 29.



75. En especial, en el caso del SPP, debe precisarse que constituye un mecanismo de gestión administrativa de un servicio público encargado al sector privado, a modo de régimen jurídico especial, en el que, en la práctica, se ofrece un instrumento financiero especial basado en el ahorro privado y en la capitalización obligatoria de aportes individuales. En este sistema, cada afiliado –que es un trabajador formal, en planilla y que aporta al SPP– debe hacer aportaciones mensuales en una cuenta particular, y será con base en dichas aportaciones y a su rentabilidad –la cual, en gran medida, depende de las inversiones realizadas por las administradoras de fondos de pensiones– que se generará un fondo que, con sujeción a los requisitos previstos legalmente, financiará la pensión que recibirá el aportante al jubilarse, entre otras formas de prestación, conforme a ley.
76. Como puede apreciarse, si bien con algunas particularidades, se trata de un tipo de instrumento financiero (entre otros que concurren en el mercado) basado en el ahorro forzoso –obligatorio por mandato de la ley– y que tiene como propósito *prima facie* que el aportante pueda acceder a una pensión digna cuando alcance la edad de jubilación, finalidad que no siempre se alcanza, como consecuencia de sus aportes individuales. Al tratarse de un sistema cuya gestión administrativa está a cargo del sector privado, el Estado debe cumplir un rol regulador, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones, incluyendo el monto de las comisiones que cobran a los afiliados.
77. Así las cosas, es claro que el SPP es un sistema que, en esencia, se basa en la lógica contractual privada, que hace depender la pensión de los aportes individuales a cargo de los propios asegurados. Esta nota característica del SPP ha llevado a un amplio sector de la doctrina a sostener que no estamos ante un régimen que es parte de la seguridad social, por carecer del principio de solidaridad, que resulta esencial fundamental en dicha noción.
78. Así, Monereo sostiene que los derechos sociales colisionan con la lógica del libre mercado porque son derechos de desmercantilización, ya que se orientan, en lo principal, a la igualdad, mientras que el mercado produce desigualdad, atendiendo a su propia lógica interna⁸. Por su parte, Plá Rodríguez es categórico cuando señala que, siendo la solidaridad el valor esencial para la seguridad social, nos encontramos no ante un ingrediente opcional o contingente que puede existir o no, sino que se trata de un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser⁹.

⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la seguridad social”. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1427.

⁹ Citado por GONZÁLEZ HUNT, CÉSAR, “La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro del sistema de seguridad social en pensiones”. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006, p. 889.



79. En la doctrina nacional, González Hunt llega a afirmar que el Sistema Privado de Pensiones no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social, por cuanto su concepción y desarrollo se ubica en las antípodas que lo sustentan, precisión que es fundamental al analizar nuestro sistema pensionario¹⁰.
80. En esa misma línea, con una conformación anterior, este Tribunal Constitucional precisó que el Sistema Privado de Pensiones carece de los elementos distintivos de la seguridad social; que en esta oportunidad reitera, pues

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el acto determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad (Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 140; criterio reiterado recientemente en la Sentencia 00009-2015-PI, fundamento 33) (resaltado agregado).

81. A diferencia del Sistema Nacional de Pensiones, que tradicionalmente ha sido caracterizado por su *universalidad, solidaridad, integralidad y progresividad*, el SPP implica fomentar la capitalización individual y se basa en el ahorro personal forzoso regulado; se trata de un mecanismo que procura contemporizar la preocupación por el acceso a la pensión, aunque basado en el mecanismo de mercado, establecido a nivel constitucional, cuya gestión se encarga a entidades privadas (o mixtas) que son responsables de administrar el fondo individual resultado de los aportes de la forma más eficiente posible, para así obtener la mejor rentabilidad.
82. Se trata, pues, de un sistema permitido por el diseño constitucional de pensiones previsto en la Constitución de 1993, que se implementa por medio de diversos instrumentos financieros, regulados y supervisados por el Estado, dentro del marco previsto en los artículos 2, incisos 14, y 103 de la Constitución que establecen, por una parte, el derecho a contratar con base en los límites legalmente establecidos y, por otra, la teoría de los hechos cumplidos en materia de aplicación del derecho, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la ley, desde que entra en vigor, se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

§5. SOBRE EL CARÁCTER INTANGIBLE DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

¹⁰ GONZÁLEZ HUNT, CÉSAR, *El sistema privado de pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ARA, Lima, 2013, pp. 15-16.



83. En la presente controversia se discute también si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución. Dicho artículo prescribe que: “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.
84. En línea con lo sostenido hasta aquí, si bien el SPP tiene un propósito plausible, es claro que, en esencia, se trata de un sistema de ahorro forzoso privado y de administración de fondos personales, los cuales son siempre *patrimonio* del aportante. Siendo así, es necesario esclarecer si la “intangibilidad de los *fondos y las reservas*” de seguridad social, a la que alude el artículo 12 de la Constitución, implica que el dinero contenido en las cuentas individuales de capitalización, en ningún caso –aun de excepción constitucional como es el estado de emergencia, por catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación– podría ser retirado por los propios aportantes, tal cual lo habilita la ley cuestionada, y que precisamente es materia de controversia en este proceso.
85. Así, la cláusula de intangibilidad de los fondos destinados a la seguridad social se explica en el contexto del mal uso que se hizo de los fondos previsionales del sistema público por parte del Estado en gobiernos pasados, para fines muy distintos a los que estaban destinados, lo que hizo quebrar el sistema. Sin embargo, con base en lo indicado, y tomando en cuenta que la noción de seguridad social es bastante más amplia y no se refiere solo a las pensiones, es necesario interpretar dicha cláusula –que en resumidas cuentas establece el uso de los fondos de la seguridad social solo para dicho fin– en un sentido más pertinente y garantista; por ejemplo, encaminado a asegurar el uso de los recursos hasta su máximo disponible, sin que quepa utilizarlos en otros propósitos, o usarlos de manera indebida o ineficiente. Incluso cabe establecer recaudos y previsiones específicas frente a la recurrente inejecución presupuestal en materia de gasto público social, que tiene importantes consecuencias para los derechos fundamentales más básicos.
86. Ahora bien, sobre el contenido y alcances de la regla de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, en lo que se refiere al derecho a la pensión, este Tribunal ha especificado que se trata de una garantía institucional que cuenta con eficacia reforzada, a fin de dejar a salvo su núcleo indisponible ante el legislador, evitando que este sea anulado o vaciado de contenido (cfr. Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 54).
87. Sin perjuicio de ello, una segunda característica de dicha intangibilidad es que requiere su configuración legal, indispensable para la delimitación de su contenido protegido (cfr. Sentencia 00050-2004-PI/TC, fundamento 55).



88. Posteriormente, en la Sentencia 00014-2007-PI/TC, este Tribunal sostuvo que la intangibilidad tiene como fin 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 (...), acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental” (fundamento 31).
89. Sin embargo, también es cierto que, en aquella sentencia, este Tribunal hizo hincapié en que “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” (Sentencia 00014-2007-PI/TC, fundamento 31).
90. En ese entendido, en la Sentencia 00013-2012-PI/TC, este Tribunal dejó sentado que dicha garantía no puede ser entendida como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario, respecto de los recursos de un fondo particular legalmente constituido, y que esta se afecta “cuando el fondo público sirve para cubrir la pensión mínima del sistema privado” (fundamento 82).
91. En todo caso, la comprensión de la intangibilidad de los fondos previsionales como una garantía institucional *posibilita* que su fin último sea el de “proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago” (fundamento 84).
92. Este Tribunal entiende que, conforme lo expuesto *supra*, la naturaleza jurídica del SPP no corresponde a la seguridad social. En consecuencia, la medida prevista en el artículo 1 de la ley impugnada no incide en el contenido del mandato constitucional de intangibilidad de los fondos de la seguridad social, de modo que es constitucionalmente lícito que los aportantes puedan destinar sus fondos a una aplicación distinta de aquellas que justificaron su creación.
93. Sin perjuicio de ello, los fondos del Sistema Privado de Pensiones son intangibles frente a intervenciones arbitrarias del Estado, por constituir patrimonio de los afiliados protegido por la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 70 de la Norma Suprema y en la garantía del ahorro declarada en el artículo 87 de ella misma.
94. Por otro lado, en cuanto a la medida establecida en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 31192, sometida a control, este Tribunal advierte que esta no incide negativamente en la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, ordenada por el artículo 12 de la Constitución, pues tan solo constituye una excepción que opera en el ámbito de la intangibilidad de las sumas retiradas, pero que no se refiere a la intangibilidad de los fondos de la seguridad social.



95. Efectivamente, la previsión de que la intangibilidad no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias limita su efecto al ámbito de las sumas ya retiradas de las CIC, y no incide en la disposición constitucional invocada por la parte demandante.
96. Estando a lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en este último extremo.

§6. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 31192

97. Corresponde ahora evaluar la medida establecida en el artículo 1 de la ley impugnada a la luz del *test* de proporcionalidad, a fin de determinar si aquella es conforme a la Constitución o, por el contrario, vulnera sus principios, reglas y valores, expresados en los artículos 7,9, 11, 12 y en la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de dicho texto constitucional, relacionados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, respectivamente.
98. En diversas ocasiones este Tribunal ha detallado que el *test* de proporcionalidad constituye una técnica constitucionalmente adecuada para determinar si una medida impugnada resulta conforme, o no, con la Constitución.
99. Evidentemente, ello presupone que, en un determinado caso, la medida sometida a control comporte el surgimiento de una colisión entre principios constitucionales o la rivalidad, *prima facie*, entre sus correspondientes exigencias, las cuales no podrían ser satisfechas a la vez.
100. A fin de resolver las controversias de ese tipo, que presuponen conflictos entre principios incorporados en la norma fundamental, el Tribunal Constitucional ha recurrido en diversas ocasiones al *test* de proporcionalidad, que se desarrolla a partir de tres exámenes o subprincipios, con sus propias lógicas subyacentes: i) el subprincipio de idoneidad, ii) el subprincipio de necesidad y iii) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.
101. Como se sabe, el *test* de proporcionalidad presupone la existencia de un conflicto entre bienes jurídicos de rango constitucional, que entran en conflicto entre sí. Como se pone de relieve en la doctrina, debe determinarse el fin inmediato del legislador (es decir, el estado de cosas fáctico o jurídico que se desea alcanzar)¹¹.

¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 713.



102. En ese sentido, es pertinente citar a Barak, quien afirma que en el *test* de proporcionalidad es un requisito mínimo:

El componente del fin adecuado examina si una medida (sea ésta una ley o una decisión judicial) que restringe un derecho fundamental está dirigida a un fin que justifica tal restricción¹².

103. En el presente caso, se trata de la autorización para solicitar la devolución de parte de los aportes, para que sus destinatarios tengan acceso inmediato a dichos recursos y puedan atender circunstancias extraordinarias como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19.

104. Asimismo, el fin constitucionalmente relevante o fin mediato de la medida es promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución), así como favorecer el derecho de toda persona al libre desarrollo y bienestar, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

105. De otra parte, los bienes que podrían verse afectados por la regulación cuestionada estarían relacionados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, relacionados con lo dispuesto en los artículos 7, 9, 11, 12 y en la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.

106. Así entonces, corresponde en primer lugar precisar si, en efecto, existe un eventual conflicto con los bienes constitucionales enunciados. En primer lugar, en lo que concierne al libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, es necesario destacar que esta libertad no tiene relación con la medida que se cuestiona en este proceso. Las prestaciones de salud y previsionales continúan siendo libres, ciertamente dentro de las limitaciones normativas y fácticas que son conocidas y, en cualquier caso, debe señalarse que subsiste el deber estatal, de carácter prestacional, relacionado con el derecho a tener un sistema de salud universal y con el acceso a una pensión digna, que se desprende del derecho fundamental a la seguridad social.

107. Sobre el particular, es relevante precisar que la creación del Sistema Privado de Pensiones, carente de un contenido solidario, al mismo tiempo que generó un desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones –pues muchos fondos de este migraron al SPP, para a su vez limitar el ingreso de nuevos aportantes–, ha planteado un enorme reto para el sistema de seguridad social universal y, previsiblemente, va a generar dificultades futuras en el derecho a acceder a una pensión digna; más si se toma en cuenta que en nuestro país la mayoría de trabajadores se encuentran en situación de informalidad y precariedad laboral, y

¹² BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores S.A.C, Lima, 2021, p. 278.

Handwritten signatures and initials in blue ink, including 'FAS', 'CAB', and a large signature.



que existen altas tasas de desempleo y subempleo, las que han aumentado con ocasión de la pandemia del Covid-19.

108. En segundo lugar, atendiendo a la característica del SPP advertida líneas arriba, según la cual el fondo previsional se genera e incrementa gracias a aportes individuales, que son resultado de un ahorro personal forzoso, asumimos que la autorización para retirar un tope máximo de la totalidad del fondo previsional (hasta 4 UIT) resulta constitucionalmente válida, en la medida que dicho fondo y cada uno de los aportes realizados para incrementarlo, constituye la materialización del derecho fundamental de propiedad privada garantizado por nuestro régimen económico, debiendo entenderse que dicho fondo *nunca ha dejado de formar parte de la esfera patrimonial* de cada afiliado, estando encargada su administración a un privado (AFP) y siendo, además, objeto de una relación comercial que se encuentra regulada por la ley.

109. Cabe subrayar –una vez más– que la propiedad, *en sentido constitucional*, es más amplia que la propiedad civilista. No se agota en el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien en el ámbito de los derechos reales (como contempla el artículo 923 Código Civil). El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 00008-2003-PI/TC, Caso Roberto Nesta Brero, ha acotado sus límites en los siguientes términos:

Así mientras que en este último el objeto de la propiedad son cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no se queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

110. En consecuencia, si bien la Constitución garantiza el libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas (artículo 11 de la Constitución), ello no implica que el afiliado pierda los atributos de la propiedad en su calidad de titular de los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización. El libre acceso a la pensión en el SPP no implica que el afiliado queda encadenado –en toda circunstancia– a este sistema de ahorro forzoso como el titular de una propiedad nominal, aun en situaciones extraordinarias de emergencia socioeconómica y sanitaria.

111. En tercer lugar, en lo que corresponde al principio de *sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios*, corresponde reiterar que la sostenibilidad debe entenderse en el marco del deber del Estado Social y Democrático de Derecho y de la comunidad de contar con un sistema de seguridad social universal, solidario, integral y progresivo que, desde luego, requiere un tratamiento distinto a la *concepción contractualista del seguro privado*, como ya tuvo ocasión de precisar este Tribunal Constitucional. En este orden de ideas, la sostenibilidad del sistema previsional, si se concibe como parte de la seguridad social, no puede recaer única o principalmente en los ahorros personales.



112. En esta dirección, este Tribunal considera que los bienes constitucionales que la parte demandante consideran como intervenidos por el legislador (libre acceso, intangibilidad y sostenibilidad), no lo son realmente, pues no han sido objeto de restricción; o porque solo podrían invocarse incardinados con un verdadero sistema de seguridad social, que no corresponde a la naturaleza jurídica del Sistema Privado de Pensiones.
113. Sin embargo, en aras de ampliar la justificación de esta decisión, y a modo de mayor abundamiento, este Tribunal considera conveniente realizar el *test* de proporcionalidad tomando en cuenta los bienes constitucionales que las partes han alegado que se encuentran en conflicto.
114. Cabe subrayar que el propósito de la medida era que los aportantes al SPP tengan acceso inmediato a recursos atendiendo a circunstancias extraordinarias, como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19, y que buscó promover el bienestar general y favorecer el derecho al libre desarrollo y bienestar de las familias. Hecha esta precisión, se someterá al *test* de proporcionalidad la medida que autoriza, de forma extraordinaria, el retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización de cada afiliado al Sistema Privado de Pensiones, establecida en el artículo 1 de la Ley.
115. En primer término, como ya sostuviera este Tribunal, cualquier intervención en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental o mandato establecido en la Constitución debe encontrarse sustentada en la satisfacción de una finalidad constitucionalmente legítima, pues de lo contrario resultaría una medida arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional.
116. Así, el legislador ha adoptado la medida prevista en el artículo 1 de la ley impugnada, con la finalidad de que sus destinatarios tengan acceso inmediato a recursos gracias a la autorización del retiro de parte de sus aportes, atendiendo a circunstancias extraordinarias como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19 y sus consecuencias, que se prolongan hasta la actualidad.
117. Como ya se pusiera de relieve, el Estado peruano adoptó una serie de medidas orientadas a limitar la propagación del Covid-19, entre las que se encontraba la inmovilización social obligatoria por un extenso período de tiempo, entre otras que, en mayor o menor medida, continúan vigentes, a fin de hacer frente a la emergencia sanitaria.
118. Esta situación afectó el trabajo, la actividad comercial y, en general, el desarrollo de la economía nacional, y supuso un duro obstáculo para la generación de ingresos para los ciudadanos y sus familias.

7/12
GAB



119. El retiro de fondos de las AFP, entre otras medidas de las que ya se dio cuenta, se orienta a una finalidad clara, que es la de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución) y la de favorecer el derecho de toda persona al libre desarrollo y *bienestar*, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.
120. En tal sentido, es claro que la medida adoptada en el artículo 1 de la ley impugnada tiene una finalidad constitucionalmente legítima, por lo que corresponde determinar seguidamente si es idónea para alcanzarla.
121. Con relación al análisis de idoneidad, Bernal Pulido destaca que:

Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato¹³.

122. En este entendido, se analizará la idoneidad de la medida adoptada por el legislador, que debe satisfacer, de alguna forma y en alguna proporción, la finalidad legítima identificada; al respecto, bastará con que favorezca las condiciones para la realización del fin, aunque no lo alcance directa o completamente. En consecuencia, solo podrían ser declarados inconstitucionales por no satisfacer el subprincipio de idoneidad aquellos medios que no permiten alcanzar o promover en modo alguno la finalidad constitucionalmente legítima que identificó el legislador. En suma, en el examen de idoneidad se evaluará si el objetivo de la medida enjuiciada tiene una relación de causalidad con un fin amparado por la Constitución.
123. Se asume que el estado de cosas que apareja la medida enjuiciada tiene una vinculación directa con la realización de los mandatos constitucionales recogidos en el artículo 2.1 y 44 del texto constitucional.
124. Así, en una situación de carencia de ingresos, disponer de recursos propios como los depositados en las cuentas individuales de capitalización, supone que las familias de los afiliados puedan acceder a determinado nivel de bienestar, y así tratar de aliviar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria.
125. La habilitación del retiro de fondos de las AFP supuso un mecanismo que, efectivamente, favorece la posibilidad de que las personas puedan procurarse recursos propios para su bienestar y el de sus familias. Si bien no todos los aportantes del SPP se encontraron en un grave estado de necesidad, la autorización del retiro prevista por la ley constituye un complemento para enfrentar los complejos y negativos efectos de la pandemia.

¹³ *Ibidem*, p. 718.



126. Siendo ello así, se aprecia que la medida ha contribuido a la realización de lo establecido en los artículos 2.1 y 44 de la Constitución, al habilitar un mecanismo de alivio económico en favor de los afiliados del SPP, que les permitiese, dadas las excepcionales circunstancias, hacer frente a las consecuencias perjudiciales de la pandemia; impacto que se ha visibilizado en diversos ámbitos de la vida de los ciudadanos, entre los que se encuentra, qué duda cabe, la esfera socioeconómica y, en concreto, la obtención de ingresos.
127. En consecuencia, la medida analizada ha superado el examen de idoneidad.
128. Habiéndose determinado la idoneidad de la medida, corresponderá analizar si cumple también con la exigencia de necesidad. Este subprincipio establece que una injerencia en un mandato constitucional será necesaria siempre que no exista ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, el mismo nivel de efectividad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el principio afectado.
129. En consecuencia, se requiere analizar si la medida, en comparación con otras posibles alternativas, permite alcanzar la misma finalidad con la misma intensidad y si, a la vez, comporta un menor o nulo grado de afectación en el derecho fundamental intervenido.
130. Así, mientras que el subprincipio de idoneidad supuso un examen de la relación medio-fin, el análisis de la necesidad exige un control de medios; una comparación entre el medio adoptado por el legislador en la norma objeto de control y otros medios alternos que permitan alcanzar la misma finalidad. Si existe un medio tan o más idóneo que el adoptado por el legislador, pero menos gravoso para él o los principios que sobrellevan la intervención, entonces la norma sometida a control resulta innecesariamente limitadora y, por lo tanto, inconstitucional.
131. De lo expuesto se desprende que para sostener que una medida no resulta necesaria: (i) debe existir más de un medio de alcanzar la finalidad propuesta por el legislador; (ii) el medio adoptado por el legislador debe permitir alcanzar la finalidad constitucional en menor medida que los medios alternos que pudieran identificarse; y, (iii) el medio adoptado debe restringir los principios intervenidos en mayor medida que los medios alternos identificados. En sentido inverso, la medida evaluada será considerada necesaria si permite alcanzar la finalidad constitucional en mayor o, como mínimo, en igual medida que los medios alternos que pudieran identificarse; y si no restringe los principios intervenidos o los hace en menor medida que los medios alternos que pudieran identificarse.
132. En el presente caso, corresponde tomar en cuenta que, en el contexto de la pandemia del Covid-19, las posibilidades de satisfacer derechos básicos de los

FAS

AS

AS



afiliados al SPP son objetivamente menores, dadas las restricciones para la circulación y desarrollo ordinario de actividades de las personas y empresas; y, sobre todo, a causa de los riesgos para la vida y la salud que una emergencia sanitaria supone.

133. A ello debe añadirse que la atención que el Estado puede brindar efectivamente a sus ciudadanos en el mencionado contexto de la pandemia es de alcance limitado. Más allá de los esfuerzos que puedan llevarse a cabo y de las medidas que se emprendieron dentro de los límites asociados al manejo de los fondos públicos, como fueron las entregas de bonos, creados por los mencionados Decretos de Urgencia 033-2020, 044-2020, y 052-2020; lo cierto es que la crisis generada por la pandemia del Covid-19 ha puesto en evidencia la insuficiencia de recursos e infraestructura que se destinan a la atención adecuada de derechos fundamentales como a la salud, a la educación, al trabajo, a una pensión digna, entre otros.
134. Siendo ello así, para el caso de los afiliados al SPP, tomando en cuenta las limitaciones a las que se hecho referencia dadas las circunstancias excepcionales, no se aprecia una alternativa razonable, distinta al acceso a los recursos propios depositados en las cuentas de capitalización individual, que permita, en igual o mayor medida, conseguir el fin propuesto por el legislador.
135. Estando a lo expuesto, corresponde concluir que la medida impugnada ha superado el examen de necesidad, razón por la cual corresponde continuar con el examen del artículo 1 de la Ley 31192 a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.
136. En efecto, como ya se sostuvo en anteriores ocasiones, si la medida es idónea para alcanzar la finalidad que se propuso el legislador y, a la vez, resulta necesaria, en el sentido de que no existe una opción alterna que permita alcanzar la misma finalidad en idéntica medida; entonces, corresponde examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la disposición cuestionada.
137. Este último paso del test de proporcionalidad ha sido definido en la jurisprudencia de este Tribunal como una relación según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención en uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. En tal sentido, si dicha relación se cumple, entonces, la intervención habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; si, por el contrario, la intensidad de la afectación en los principios intervenidos es mayor que el grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.
138. Así, es necesario identificar cuáles serían los mandatos constitucionales sobre los que interviene la medida sometida a control. Dichos mandatos son, como ya

7/11/20
GAL



se mencionó previamente, los artículos 7, 9, 11, 12, así como la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución, vinculados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, respectivamente.

139. Se trata de disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales y garantías institucionales de corte social y que, además, prevén mandatos de actuación hacia los poderes públicos a fin de resguardar su contenido constitucionalmente protegido, en cada caso.
140. Ahora bien, el argumento central del cuestionamiento a la medida impugnada consiste en las probables consecuencias perjudiciales de un retiro prematuro de los aportes para el afiliado al SPP, así como la supuesta descapitalización que generaría la implementación de dicha medida y que, según la parte demandante, podría ocasionar básicamente, a: (i) la dificultad en alcanzar una pensión adecuada a futuro y de acceder a prestaciones de salud; (ii) la distorsión de la finalidad de largo plazo de los fondos de pensiones; y, (iii) la generación de una mayor carga financiera a la sociedad, dado que se deberá proveer los recursos para financiar la protección a aquellos afiliados que decidieron retirar anticipadamente sus fondos.
141. Sin embargo, se aprecia que la configuración de dichos escenarios, en el caso de cada afiliado al SPP que se haya acogido al retiro autorizado, está condicionada a la ocurrencia de diversas situaciones futuras, fácticamente inciertas, que pueden producirse, o no. Asimismo, en caso efectivamente sucedan, no corresponde que sean valoradas en el presente proceso de control abstracto, sino que solo podrán ser planteadas en su momento.
142. Así pues, la dificultad para alcanzar una pensión adecuada a futuro dependerá de cómo se desenvuelva la vida laboral de cada afiliado, con posterioridad al retiro excepcional autorizado por la ley.
143. Asimismo, en cuanto a la alegada distorsión del objetivo de largo plazo de los fondos de pensiones, debe tenerse en consideración que en el ámbito del SPP se ha llevado a cabo modificaciones normativas que han permitido que, en determinados supuestos, los afiliados cuenten con distintas posibilidades respecto de la administración del saldo de sus cuentas individuales de capitalización. En todo caso, no cabe descartar la posibilidad de que el afiliado, si así lo decide, pueda restituir los fondos retirados.
144. Igualmente, los efectos que la medida impugnada genere a futuro, así como la eventual necesidad de proveer recursos para quienes no logren alcanzar una pensión adecuada, dependerá, en su conjunto, tanto de la recuperación de la vida

775

628

144



laboral del trabajador, como también de las medidas que los poderes públicos dispongan para los afiliados al SPP.

145. Por ello, mal haría este Tribunal en asumir como criterios relevantes para juzgar la constitucionalidad de la medida dispuesta en el artículo 1 de la Ley 31192, las posibles consecuencias que se desencadenen en el futuro, y que podrían, o no, llegar a materializarse en los hechos.
146. A esto último debe añadirse que se trata de una medida extraordinaria, de naturaleza facultativa, pero no obligatoria, y a esta posibilidad excepcional no se han acogido todos sus destinatarios, sino solo aquellos que así lo decidieron, los cuales han cumplido con lo exigido por la ley y han respetado el tope máximo de retiro (4 UIT).
147. Así las cosas, este Tribunal entiende que la intervención en los mandatos constitucionales relacionados con el acceso futuro a una pensión digna, a las correspondientes prestaciones de salud y a la sostenibilidad financiera, es de intensidad leve, tomando en cuenta la falta de certeza sobre el riesgo presunto y toda vez que no necesariamente todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones han hecho efectivo el retiro habilitado.
148. Además, dicho retiro ha debido respetar el tope previsto por la norma y, eventualmente, puede ser compensando con posterioridad, en la medida en que se recupere la vida laboral de los afiliados, se acreciente su nivel de ingresos y disminuyan los gastos inherentes a la necesidad de atención de la salud.
149. Por otra parte, la incidencia en los montos de las futuras pensiones es de grado intermedio, toda vez que si la afectación podría ser en ciertos casos significativa, no por ese solo hecho resulta, necesariamente, inconstitucional.
150. Al respecto, debe tenerse en cuenta que dependerá de la elección del afiliado llevar a cabo el retiro habilitado por la ley impugnada, o no hacerlo. En todo caso, la medida, en sí misma, no supone un retiro de la totalidad de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización, en todos los casos, dado que la propia norma ha previsto una limitación en cuanto al alcance de las sumas que podrían ser eventualmente retiradas.
151. Habiendo determinado la magnitud de la restricción que sufren los principios intervenidos deberá analizarse, por otra parte, el nivel de satisfacción que obtienen los principios intervinientes, es decir, aquellos que se pretende favorecer con la medida contenida en el artículo 1 de la ley 31192 (o también con lo regulado en la Ley 31478), que son la promoción del bienestar general (artículo 44 de la Constitución) y el favorecimiento del derecho de toda persona al libre desarrollo y bienestar, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.



152. Al respecto, es claro que, como consecuencia de la emergencia sanitaria, el Perú ha padecido no solo de la escasez de recursos económicos en la mayoría de las familias, sino que también se ha puesto en evidencia el encarecimiento del acceso a bienes y servicios básicos que garantizan la supervivencia de las personas, como alimentos, medicinas y prestaciones de salud.
153. En ese entendido, este Tribunal no pierde de vista que se trata de una habilitación de recursos de patrimonio del afiliado en un contexto en el que resulta imperioso dar pleno cumplimiento al mandato constitucional según el cual, la persona humana y su dignidad son el fin supremo del Estado y de la sociedad, lo que debe respetarse en todos los ámbitos y contextos posibles.
154. Por ello, la habilitación a los afiliados al SPP, establecida por la ley impugnada, con miras al acceso directo a parte de sus recursos propios, en caso opten por el retiro de parte sus fondos acumulados en sus correspondientes cuentas individuales de capitalización, importa una satisfacción intensa de lo establecido en los artículos 2.1 y 44 de la Constitución, mandatos materializados por el legislador con ocasión de la expedición de la impugnada Ley 31192 y de la posterior Ley 31478.
155. Conviene recordar que se trataba no solo de restricciones en los ingresos, sino que, además, muchas familias peruanas debieron afrontar la necesidad de comprar medicinas, oxígeno y, en muchos casos, afrontar el internamiento de los afectados por la pandemia y la atención de quienes, por otra parte, padecieron las consecuencias del aislamiento social.
156. Así, se concluye que la medida relacionada con la autorización extraordinaria del retiro facultativo de aportes del fondo acumulado en las cuentas individuales de capitalización de los afiliados del Sistema Privado de Pensiones es estrictamente proporcional, por cuanto satisface de modo elevado los principios intervinientes y restringe en menor intensidad los principios intervenidos, resultando, en consecuencia, conforme con la Constitución.
157. Ahora bien, aun cuando se sostenga que la regulación cuestionada es abiertamente antitécnica, o incluso contraproducente, en la medida que la finalidad del SPP es el de generar un producto financiero diseñado para que los afiliados puedan recibir una pensión, sustentada en sus propios aportes, y que dicho propósito se ve distorsionado, cuando no menoscabado, por este tipo de medidas; el deber de la judicatura constitucional no es calificar la pertinencia o conveniencia técnica de una ley, *sino evaluar si esta es compatible, o no, con la Constitución*. Como fue indicado, en la medida en que la ley permite al mismo propietario de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización retirar una parte de ellos, en un contexto de emergencia sanitaria y socioeconómica, la medida no es inconstitucional.

7A)

Geb

f



158. Por consiguiente, por lo expuesto en los fundamentos precedentes, corresponde declarar infundada la demanda.

§7. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

159. Para este Tribunal, el problema de fondo reside en que -en nuestro país- todavía no se haya podido generar un verdadero sistema de seguridad social, tomando en cuenta que, como prescribe el artículo 10 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental universal, integral y progresivo y que, por ende, no debe depender sustancialmente del ahorro particular. Mientras no se resuelva ello, seguramente continuarán apareciendo otras regulaciones similares a la aquí cuestionada y problemas como los que en este proceso han sido ventilados. Cabe señalar que el Congreso de la República conformó en junio de 2020 la Comisión Especial Multipartidaria Encargada de Evaluar, Diseñar y Proponer el Proyecto para la Reforma Integral del Sistema Previsional Peruano. La mencionada Comisión aprobó un anteproyecto de ley de reforma previsional. Así, propuso la creación de un Sistema Integrado Universal de Pensiones (SIUP), que estaría integrado por el Sistema Nacional de Pensiones, el Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65” y el Programa “Contigo”, así como la adopción de un sistema estructurado en tres pilares: universal (administración y financiamiento público), contributivo obligatorio (se financia principalmente con las aportaciones de los asegurados) y voluntario (sustentado en aportes voluntarios de los asegurados)¹⁴.

160. En este orden de ideas, en aras de alcanzar un sistema pensionario realmente universal, que concrete el derecho a una pensión digna, en el marco jurídico de una verdadera seguridad social, debería plantearse la reforma integral del sistema previsional, para garantizar una renta mínima vital. Así, en la doctrina nacional, González Hunt ha propuesto:

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cual garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99 “El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado”¹⁵.

¹⁴ DURAND, Francisco, Julián Cárdenas y Emilio Salcedo, op. cit., p. 226.

¹⁵ *Ibidem*, p. 903.



§8. EXHORTACIÓN

161. En consecuencia, este Tribunal considera que es pertinente exhortar al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo –frente a la crisis del Sistema Privado de Pensiones y las necesidades extremas de sus afiliados de disponer de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización– para que, en virtud de los principios de colaboración y balance entre los poderes, articulen esfuerzos, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, para legislar en tiempo razonable, una reforma integral del sistema de pensiones, público y privado, con la finalidad de que se constituya en un auténtico sistema de seguridad social, que cumpla con los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, declarados en el norte de nuestra constitución histórica, por el artículo 10 de la Constitución de 1993.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Sur contra la Ley 31192.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARA VIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00020-2021-PI/TC

Caso de la ley que autoriza el retiro de fondos de las AFP

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORALES SARAVIA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia expedida en autos, considero necesario hacer las siguientes precisiones.

SOBRE EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP) COMO PARTE DEL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL DISEÑADO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

1. La capitalización individual y el ahorro personal forzoso regulado sobre los que se sustenta al Sistema Privado de Pensiones (SPP), ha llevado a un amplio sector de la doctrina a sostener que no estamos ante un régimen que es parte de la seguridad social, por carecer del *principio de solidaridad* como elemento esencial de la clásica concepción de seguridad social; posición que asume y afirma la Sentencia en los fundamentos 77, 78, 79, 80 y 92.
2. A nuestro parecer, a diferencia del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) - tradicionalmente caracterizado por su **universalidad, solidaridad, integralidad y progresividad**-, el SPP apuesta por la capitalización individual y una rentabilidad sostenida basada en el ahorro personal forzoso regulado por el Estado; se trata, pues, de un sistema que procura el acceso a la pensión, pero basado en el mecanismo de mercado consagrado a nivel constitucional, cuya gestión se encarga a entidades privadas (o mixtas) que son responsables de administrar, de la forma más eficiente posible, el fondo individual resultado de los aportes que realizan los afiliados, a fin de obtener la mejor rentabilidad.
3. El SPP ha sido estructurado de forma diferente al SNP, pues establece -en principio- que el monto de las pensiones dependa de los aportes individuales realizados por sus afiliados; siendo una modalidad de sistema previsional permitida por el diseño constitucional de seguridad social establecido por el constituyente peruano de 1993, y que se caracteriza por su **facultatividad, progresividad individualizada y finalidad previsional basada en la rentabilidad**. Este SPP se implementa a través de diferentes mecanismos e instrumentos financieros que son regulados y supervisados por el Estado, dentro del marco general previsto en los artículos 2 (incisos 14) y 103 de la Constitución Política de 1993, que establecen, por una parte, el derecho a contratar con base en los límites legalmente establecidos y, por otra, la teoría de los hechos cumplidos en materia de aplicación del derecho, ya que en nuestro ordenamiento jurídico las normas, desde que entran en vigor, se aplican a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.
4. Así las cosas, se puede colegir que el diseño del modelo de sistema de seguridad social asumido por el constituyente de 1993 supone la coexistencia de dos sistemas

AF



EXP. N.º 00020-2021-PI/TC

Caso de la ley que autoriza el retiro de fondos de las AFP

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pensionarios con características disímiles, pero orientados a la misma finalidad: *la seguridad social por la vía previsional*.

5. Así, mientras en el SNP la pensión se calcula según las últimas remuneraciones del afiliado a dicho sistema y, en todo caso, se ha previsto un monto determinado correspondientes a la pensión máxima que otorga dicho sistema; en el SPP el monto de la pensión depende única y exclusivamente de la magnitud del fondo del afiliado (cuenta individual), ya que no recibe financiamiento alguno proveniente del tesoro público.

SOBRE EL CARÁCTER INTANGIBLE DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

6. En la presente controversia, se discute también si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, que establece: “Los fondos y las reservas de la *seguridad social* son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley” (el énfasis es nuestro).
7. Ello impone analizar si la aludida “intangibilidad de los *fondos y las reservas*” de seguridad social, a la que se refiere el artículo 12 de la Constitución, implica que el dinero de las cuentas individuales de capitalización, en ningún caso –aun de excepción constitucional como es el estado de emergencia, por catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación– podría ser retirado por los propios aportantes, tal cual lo habilita la ley cuestionada, y que precisamente es materia de controversia en este proceso.
8. Siendo el SPP un sistema privado de ahorro forzoso que se capitaliza en forma individual, como un fondo conformado por aportes previsionales que realiza cada afiliado y cuya administración está confiada a instituciones privadas (o mixtas); es claro que -tanto los aportes como el fondo que aquellos originan- son siempre *patrimonio* del aportante.
9. Así las cosas, si los fondos del SPP son parte del modelo de seguridad social consagrado a nivel constitucional, debe entenderse que la intangibilidad aludida constituye una limitación institucional establecida para hacer frente a las intervenciones arbitrarias del Estado, por constituir patrimonio de los afiliados protegido por la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad consagrada en el artículo 70 de la Norma Suprema y en la garantía del ahorro declarada en el artículo 87 de la misma. Por extensión, dicha intangibilidad podrá también ser proclamada para el caso de los encargados de la gestión de los fondos del SPP, a fin de recordar que tal gestión, además de realizarse dentro del cauce legal establecido,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC

Caso de la ley que autoriza el retiro de fondos de las AFP

tiene por finalidad la obtención de la mayor rentabilidad posible en beneficio del aportante, pues las empresas administradoras de los fondos previsionales deben cautelar la propiedad de los aportantes.

10. En tal sentido, atendiendo a la característica de *progresividad individualizada* del SPP advertida en el fundamento 79 de esta Sentencia -según la cual el fondo previsional se genera e incrementa gracias a aportes individuales, que son resultado de un ahorro personal forzoso-; es fácil colegir que la autorización para retirar un tope máximo de la totalidad del fondo previsional (hasta 4 UIT) resulta constitucionalmente válida, en la medida en que dicho fondo y cada uno de los aportes realizados para incrementarlo constituye la materialización del derecho fundamental de propiedad privada garantizado por nuestro modelo económico. Debe, pues, quedar claro, que dicho fondo *nunca ha dejado de formar parte de la esfera patrimonial* de cada afiliado, y su administración ha sido encargada a un privado (AFP), mediante una relación contractual que se encuentra regulada por la ley.

S.

MORALES SARAVIA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS LIMA SUR

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto adhiriéndome al voto singular del magistrado Ferrero Costa, pues considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** por las razones que allí se indican.

Asimismo, me adhiero también al voto singular del magistrado Monteagudo Valdez en la parte que expresa su objeción a otras normas de similar contenido que la ley objeto del presente proceso y pone de manifiesto la responsabilidad estatal en esta materia, al concluir lo siguiente (fundamento 38):

No cabe duda, entonces, que al ordenar la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP [Sistema Privado de Pensiones], tanto el legislador como el gobierno han partido de la premisa errada de haber asimilado, sin más, a la pensión con la propiedad privada, poniendo en serio riesgo a sus afiliados de empobrecimiento durante la vejez por tratarse de una población cuya pensión solo depende del ahorro forzoso. Pero, además, han sentado un precedente negativo en el sentido de que frente a situaciones de emergencia el Estado podrá autorizar la disposición de los fondos previsionales, en lugar de aplicar mecanismos de apoyo económico que provengan del propio gobierno en cumplimiento de su deber constitucional de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución).

S.

PACHECO ZERGA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones:

I. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona por razones de fondo la constitucionalidad de los artículos 1 y 3 (segundo párrafo) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir, a su criterio, los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Apreciamos que los extremos impugnados de la Ley 31192 son los siguientes:

Ley 31192	
N.º	Extremos impugnados
1)	<p>Artículo 1. Objeto de la Ley</p> <p>Autorízase de manera extraordinaria a todos los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) unidades impositivas tributarias (UIT) del total de sus fondos acumulados en su cuenta individual de capitalización (CIC), a fin de aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias de la pandemia del COVID-19.</p> <p>La Ley no es aplicable a quienes califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.</p>
2)	<p>Artículo 3. Intangibilidad</p> <p>(segundo párrafo):</p> <p>(...)</p> <p>Lo señalado en la presente disposición no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% de lo retirado.</p>

3. Al respecto, en relación con el artículo 1, referido previamente, apreciamos que este tiene como objeto:
 - i) autorizar extraordinariamente a los afiliados al SPP el retiro facultativo de parte de sus aportes;
 - ii) que este retiro sea hasta por un monto máximo de 4 UIT.
4. Dicho retiro se encuentra autorizado para todos los afiliados del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), a excepción de aquellos que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

00020-2021-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS LIMA SUR

cumplan los requisitos para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo (REJA).

5. La disposición cuestionada establece que esta autorización extraordinaria tiene como finalidad el alivio de las economías familiares afectadas por las consecuencias de la pandemia de Covid-19.
6. Por otra parte, conviene precisar que el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 31192 (no impugnado en el presente caso) establece que:

El retiro de los fondos a que se refiere la presente ley mantiene la condición de intangible, no pudiendo ser objeto de descuento, compensación legal o contractual, embargo, retención, cualquier forma de afectación, sea por orden judicial y/o administrativa, sin distinción de la cuenta en la que hayan sido depositados.

7. En tal sentido, se aprecia que el legislador ha explicitado que el retiro de fondos aludido, tiene el carácter de intangible, con los alcances allí establecidos.
8. Ahora bien, el segundo párrafo de dicho artículo 3, impugnado en la demanda, establece una excepción a dicho carácter intangible. Se trata del caso de las retenciones judiciales o convencionales por deudas alimentarias.
9. Así, el legislador, en el extremo impugnado del mencionado artículo 3, ha establecido que este carácter no aplica ante las referidas retenciones por deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% del monto retirado.
10. En síntesis, las dos materias que básicamente se cuestionan de la Ley 31192 son:
 - i) la autorización extraordinaria del retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en el CIC de cada afiliado al SPP (artículo 1); y,
 - ii) la retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30% del monto de lo retirado.
11. Ahora bien, el apoderado especial del Congreso de la República sostiene que, en el presente caso, se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto la ley impugnada ya no se encuentra vigente. Al respecto, precisa que el artículo 2 de dicha ley establece un plazo límite para presentar la solicitud de retiro, el mismo que ya habría transcurrido a la fecha.
12. En atención a tales consideraciones, corresponde determinar si se puede o no emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.



II. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

2.1 SOBRE LA COMPETENCIA PARA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

13. Como se ha indicado, se debe dilucidar si en el presente caso se habría producido la sustracción de la materia, lo que comportaría la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
14. Corresponde advertir que las disposiciones cuestionadas autorizan el retiro de fondos de las CIC y a la fecha, efectivamente, ha vencido el plazo de noventa días calendario posteriores a la vigencia del reglamento de la ley para presentar las solicitudes.
15. Sin embargo, lo anterior no implica que no se continúen desplegando efectos presuntamente inconstitucionales derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas en el presente caso.
16. Al respecto, consideramos que la Ley 31192 continúa surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante el lapso en que fue posible realizar el retiro y, especialmente, en el ámbito de la esfera jurídica de los afiliados que cumplían con los requisitos de dicha ley y que retiraron sus aportes, conforme a lo dispuesto en su artículo 1.
17. Como es evidente, las disposiciones que presuntamente afectan los principios invocados por la parte demandante siguen surtiendo efectos por cuanto se han efectuado retiros dentro del plazo indicado.
18. Al respecto, el artículo 106 del Código Procesal Constitucional establece que:

“Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia”.
19. Corresponde advertir que, en el presente caso, la disposición no ha sido propiamente derogada, pero efectivamente ha dejado de resultar aplicable, porque ya no se pueden realizar retiros a tenor de sus disposiciones y, en consecuencia, se produce una situación análoga a la que corresponde extender la regla glosada.
20. Efectivamente, ya no se pueden realizar nuevos retiros, pero consideramos que se debe controlar si los que fueron realizados en aplicación de la ley impugnada contravienen los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

00020-2021-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS LIMA SUR

21. Siendo ello así, descartamos que en el presente caso se haya producido la sustracción de la materia. En consecuencia, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

2.2 SOBRE LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DISPUESTAS PARA ENFRENTAR LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN EL PERÚ

22. Como es de público conocimiento, para hacer frente a los efectos económicos de la pandemia de Covid-19 en el país, se adoptaron medidas extraordinarias, como subsidios y entregas económicas a diversos sectores vulnerables de la población; la habilitación, en favor de los trabajadores, del retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta en un 100%; la oferta de crédito hasta por 10 millones de soles para las pequeñas, medianas y grandes empresas, en las entidades del sistema financiero que tuviesen contrato con la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide) (Reactiva-Perú), a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas; entre otras.
23. Tales medidas fueron dispuestas por las autoridades del gobierno central durante el estado de emergencia declarado a través del Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, a fin de prevenir y evitar la propagación de Covid-19 en el país.
24. Al respecto, dadas las necesarias restricciones al libre desplazamiento y reunión de personas y, en concreto, a las medidas de confinamiento dispuestas desde el inicio de la declaratoria del estado de emergencia para detener el aumento de contagios por Covid-19, la ciudadanía estuvo prácticamente impedida, salvo excepciones, de continuar con el normal desarrollo de sus actividades laborales y profesionales.
25. En efecto, tal como se expresara en el dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, de fecha 17 de marzo de 2021, medidas como aislamiento social obligatorio, toque de queda, aforos limitados en establecimientos comerciales, restricciones al uso de vehículos particulares, entre otras, son medidas destinadas a contener la propagación del Covid-19; que, sin embargo, afectan significativamente no solo la economía del país, sino la economía de millones de personas (obrante a fojas 109 de la demanda).
26. Tal situación de excepcionalidad justifica que las autoridades tomen medidas céleres, oportunas e idóneas para aliviar la situación económica de los hogares y las empresas, en defensa de sus derechos y libertades económicas y, en general, en resguardo de la economía del país, dentro del marco de posibilidades que establecen la Constitución y las leyes.



27. Ahora bien, dichas medidas fueron parte de un plan de atención de la salud pública y recuperación de la economía de los hogares y las empresas, iniciado en el año 2020¹, conforme se refleja a continuación:

Plan económico del Perú frente a la COVID-19	
Primera etapa de <i>contención</i>	
(i) Atención de emergencia:	
-	Fortalecimiento de los servicios de salud
-	Limpieza en colegios, transporte y otros lugares públicos
-	Orden público y traslado de bienes y personas
(ii) Soporte a los hogares:	
-	Atención económica para hogares vulnerables
-	Subsidio por incapacidad temporal, por suspensión perfecta y entrega de canastas
-	Otras medidas para atención a personas en situación vulnerable
-	Alivio tributario a familias
-	Liberación de CTS
-	Exoneración de retención y retiro extraordinario de AFP
-	Continuidad de operatividad de entidades públicas
-	Subsidio económico para la continuidad del servicio de transporte
(iii) Soporte a las empresas:	
-	Subsidio a planilla y aplazamiento de depósito de CTS.
-	Medidas de alivio tributario.
-	Liberación de deducciones y otras facilidades a deudores.
Segunda etapa de <i>reactivación</i>	
(i) Soporte a la cadena de pagos:	
-	Fondo de Apoyo Empresarial para Pymes (FAE-Mype)
-	Fondo de Apoyo Empresarial para el sector turismo (FAE-Turismo)
-	Fondo de Apoyo Empresarial para pequeños productores agrarios (FAE-Agro)
-	Programa de Garantía a la cartera de créditos
-	Fondo Crecer
-	Reactiva Perú
(ii) Medidas de apoyo y soporte a la economía.	
-	Arranca Perú
-	Arranca Perú II
-	Medidas de alivio tributario
-	Medidas tributarias de promoción a la inversión
-	Compras a micro y pequeñas empresas
-	Apoyo a agricultura, cultura y otros
-	Medidas para impulsar la inversión pública
-	Medidas para impulsar la inversión privadas
-	Otras medidas de apoyo y soporte a la economía

¹ Disponible en el sitio web del Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de: <https://www.mef.gob.pe/planeconomicocovid19/>. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.



28. Como puede apreciarse, dicho plan constó de una etapa de contención y otra, propiamente, de reactivación, dentro de las cuales se encontraban diversas medidas dirigidas a los ciudadanos y a sus respectivas familias, como también a las pequeñas, medianas y grandes empresas.
29. Lo referido *supra* permite comprender en qué contexto fue expedida la Ley 31192. Pero ello no significa que se evalúe la conveniencia de las medidas adoptadas o se pronuncie sobre su idoneidad. Antes bien, solo nos hemos limitado a describir en qué consistieron las medidas adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia de Covid-19.
30. En lo que aquí interesa, respecto del sistema pensionario, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República aprobaron ciertas normas, en el marco de la pandemia de Covid-19, que habilitaron a los afiliados al SPP a retirar parte de sus aportes.
31. Tales normas fueron parte de la primera etapa o etapa de contención para el soporte a los hogares y consistieron, entre otros, en la no retención de aportes y en el retiro extraordinario de los fondos de las cuentas individuales de capitalización (CIC).
32. A fin de abordar la problemática descrita se emitieron diversas normas legales que antecedieron a la expedición de la Ley 31192, y que incidieron en los fondos destinados a la seguridad social. Estas fueron:
- (i) **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses;
 - (ii) **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*;
 - (iii) **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su CIC, y se estableció como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a 1. UIT y 3 UIT, respectivamente;
 - (iv) **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante a retirar hasta 4 UIT de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.



2.3 SOBRE EL CARÁCTER INTANGIBLE DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

33. El artículo 10 de la Constitución dispone: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.
34. El Tribunal Constitucional ha señalado que, por mandato del artículo 10 de la Constitución, la vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional. En consecuencia, “la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa –incluso constitucional– que la anule o la vacíe de contenido” (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
35. Por ello, para el Tribunal, «la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida”» (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
36. Por su parte, el artículo 11 de la Constitución establece: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.
37. El órgano de control de la Constitución también ha indicado que el precitado artículo 11 implementa en el país “un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado” (Sentencia 01776-2004-AA/TC, fundamento 18).
38. Asimismo, por mandato constitucional, el Estado tiene el deber, en todos los casos, de supervisar su funcionamiento y la prestación adecuada de tales servicios. Se trata de un deber que es correlato de la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la pensión, razón por la cual se trata de un deber al que el Estado en ningún caso puede renunciar o soslayar.
39. La jurisprudencia del Tribunal ha establecido que el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones es uno de seguridad social, como puede apreciarse en la Sentencia 00014-2007-PI/TC; o en la Sentencia 00013-2012-PI/TC, donde se indica lo siguiente:



“La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona “(...) frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos (STC 0011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia, expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). *El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social*” (fundamento 38; la cursiva es nuestra).

40. Puede citarse también lo dicho por el Tribunal en la Sentencia 00011-2002-AI/TC, donde señaló que, a la luz del artículo 11 de la Constitución, “es perfectamente posible la intervención de *entes privados* en el otorgamiento de servicios de salud y *seguridad social*” (fundamento 11; la cursiva es nuestra).
41. Cabe mencionar también la Sentencia 01776-2004-AA/TC, donde el supremo intérprete de la Constitución ha establecido lo siguiente:

“La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión” (fundamento 20).

“Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente (...) *el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos*. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe” (fundamento 21; la cursiva es nuestra).

42. En la presente controversia, se discute si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución. Dicho artículo establece: “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.



43. Sobre el contenido y alcances de la regla de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, el Tribunal ha especificado que se trata de una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión que cuenta con eficacia reforzada, a fin de dejar a salvo su núcleo indisponible ante el legislador, evitando que este sea anulado o vaciado de contenido (Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 54).
44. Posteriormente, en la Sentencia 00014-2007-PI/TC, el Tribunal sostuvo que la intangibilidad a la que se refiere 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” (fundamento 31).
45. En la Sentencia 00013-2012-PI/TC el supremo intérprete de la Constitución señaló que la comprensión de la intangibilidad de los fondos previsionales como garantía institucional posibilita que su fin último sea “proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago” (fundamento 84).
46. En dicha sentencia, el Tribunal concluyó que se encuentra también protegida por la intangibilidad de los fondos previsionales, consagrada en el artículo 12 de la Constitución, la retribución a la AFP como pago por la administración de los fondos, pues “una correcta administración de los fondos previsionales redunde de manera directa en el otorgamiento de una pensión digna cuando el afiliado concluya su vida laboral, tal como lo exige el artículo 11 de la Constitución y la STC 0050-2004-AI/TC y otros” (fundamento 84).
47. Asimismo, debe mencionarse la Sentencia 00013-2012-PI/TC, donde el Tribunal dejó claramente establecido que los fondos previsionales del SPP gozan de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución), al señalar lo siguiente:

Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada *a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución)*” (fundamento 91; la cursiva es nuestra).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

00020-2021-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS LIMA SUR

48. Partiendo de la jurisprudencia citada precedentemente, concluimos que la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, consagrada en el artículo 12 de la Constitución, alcanza tanto a los fondos administrados por el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) como por el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP).
49. En efecto, según hemos visto, la Constitución consagra un sistema de pensiones mixto, en el que coexiste un sistema público con uno privado. Y la jurisprudencia del Tribunal ha establecido que el SPP es uno de seguridad social, pues “es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social” (Sentencia 011-2002-AI/TC, fundamento 11).
50. Siendo el SPP uno de seguridad social, le alcanza el carácter de garantía institucional que el Tribunal ha reconocido a la seguridad social, lo cual la blindo contra una reforma legislativa que la anule o la vacíe de contenido (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
51. Igualmente, por ser el SPP uno de seguridad social, los fondos que administra están cubiertos por la garantía de intangibilidad consagrada en el artículo 12 de la Constitución. Como hemos apreciado en la jurisprudencia constitucional aquí citada, esta intangibilidad es una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, que 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, pues su fin último es proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen (Sentencia 00013-2012-PI/TC, fundamento 84). Es decir, por su intangibilidad, los fondos del SPP solo pueden ser empleados para pagar las pensiones de los jubilados (Sentencia 00016-2020-PI/TC, fundamento 9).
52. Por estas consideraciones, concluimos que son inconstitucionales los artículos de la Ley 31192 impugnados en la presente demanda, pues, al autorizar el retiro de hasta cuatro unidades impositivas tributarias (UIT) de la cuenta individual de capitalización del afiliado al SPP, han vulnerado la garantía de intangibilidad de estos fondos (artículo 12 de la Constitución), al permitir que sean destinados a un fin distinto al pago de pensiones.
53. Asimismo, por ser el SPP uno de seguridad social (artículo 11 de la Constitución), la ley aquí cuestionada desconoce la garantía institucional de la seguridad social, que la blindo contra una reforma legislativa que la anule o la vacíe de contenido, como ocurre en el presente caso, pues la ley impugnada permite que dichos fondos se destinen a un objetivo distinto del pago de pensiones, bajo el argumento de “aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias del COVID-19” (artículo 1 de la ley objeto de la presente demanda).
54. Aun cuando pueden ser muy loables y necesarias medidas económicas que busquen aliviar la economía familiar perjudicada por la pandemia, el medio empleado por la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

00020-2021-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS LIMA SUR

Ley 31192 para ese noble fin es inconstitucional, pues permite el empleo de los fondos previsionales para un objetivo distinto al pago de pensiones, afectando así su intangibilidad en los términos del artículo 12 de la Constitución.

55. Por tanto, corresponde estimar la demanda, pero no sólo respecto de los artículos impugnados por esta. En efecto, apreciamos que no sólo estos artículos sino la Ley 31192 en su totalidad persigue el mismo fin que colisiona con la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social. Por tal motivo, de conformidad con el artículo 77 del Código Procesal Constitucional, por conexidad, deben declararse inconstitucionales los tres artículos y la Disposición Complementaria Final de la Ley 31192.

2.4 SOBRE LOS EFECTOS NO RETROACTIVOS DE LA PRESENTE DECISIÓN

56. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 204 de la Constitución y con el artículo 80 del Código Procesal Constitucional, no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.
57. Por este motivo, no se afectan los retiros de fondos realizados por los afiliados del SPP al amparo de la Ley 31192.

III. FALLO

Por estos fundamentos, votamos por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Sur, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31192.
2. Declarar que, debido al carácter no retroactivo de la presente decisión, no se ven afectados los retiros de fondos realizados por los afiliados del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) al amparo de la Ley 31192.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto porque no comparto lo resuelto por la mayoría de mis colegas en el presente caso. En tal sentido, expresaré a continuación las razones por las cuales considero que la demanda debió ser declarada FUNDADA.

§1. Delimitación de la controversia

1. Como ha quedado establecido, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona la constitucionalidad del artículo 1 (autorización a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones – SPPrP para el retiro voluntario hasta por un máximo de 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización – CIC) y del segundo párrafo del artículo 3 (retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30% del monto retirado) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al sistema privado de administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Por su parte, el Congreso de la República al contestar la demanda alega que debe ser desestimada por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que la Ley 31192 ha dejado de surtir efectos por razón del tiempo ya que establecía un límite temporal para presentar la solicitud del retiro.
3. Al respecto, corresponde precisar que la Ley 31192 fue publicada el 7 de mayo de 2021 en el diario oficial *El Peruano*, en tanto que la Resolución SBS N° 01484-2021, que aprueba el procedimiento operativo para el retiro facultativo de fondos en el SPPrP fue publicada el 19 de mayo de 2021. En tal sentido, si bien a la fecha de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad, esto es, el 9 de setiembre de 2021, ya habían transcurrido los noventa días calendario para que, conforme a lo establecido en el inciso a) del artículo 2 de la Ley 31192, los afiliados al SPPrP pudieran presentar su solicitud de retiro de aportes; lo cierto es que a pesar que la citada Ley 31192 parcialmente ya no resultaba aplicable porque había vencido el plazo para presentar nuevas solicitudes, sí continuaba surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas derivadas de la tramitación de las peticiones presentadas por los afiliados. Por tanto, no lleva razón el Congreso de la República con el alegato presentado sobre la sustracción de la materia, más aún, porque el artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que si “durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia”. En consecuencia, sí corresponde que en el presente caso se emita un pronunciamiento sobre la validez constitucional de la Ley 31192.
4. Ahora bien, como se conoce, el pasado 21 de mayo del presente año se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* la Ley 31478, que “faculta el retiro



extraordinario de los fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia Covid-19, en el año 2022”. Su contenido dispositivo guarda plena identidad con el recogido por la cuestionada Ley 31192. Por lo que, atendiendo a que el segundo párrafo del artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que “El pronunciamiento que emita el Tribunal no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas”, considero que las razones constitucionales en las que sustentaré mi voto también alcanzan a la citada Ley 31478.

5. Si bien es cierto la Ley 31192 no ha sido propiamente derogada, ni tampoco se puede afirmar que la Ley 31478 formalmente la sustituya, no cabe duda que su objeto regulado y el procedimiento establecido para concretizarlo son exactamente los mismos e, incluso, han sido enunciados de manera idéntica a lo dispuesto en aquella. En consecuencia, nos encontramos frente al supuesto normativo contemplado en el segundo párrafo del artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por lo que mi análisis de constitucionalidad en torno a la Ley 31192 se extenderá a la Ley 31478. Al respecto, me queda recordar que, al igual que en anteriores ocasiones, dada la relación de identidad entre el acto reclamado como inconstitucional que motivó inicialmente la presentación de la demanda y el nuevo acto realizado, el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento de fondo evaluando la constitucionalidad de ambos actos [cfr. sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-AI/TC, fundamentos 78-80; sentencia recaída en los Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulados), fundamento 97; sentencia recaída en el Expediente 0003-2012-PI/TC, fundamentos 6 y 7; sentencia recaída en el Expediente 0005-2013-PI/TC, fundamentos 6-8; entre otras].

§2. La garantía de la seguridad social en la Constitución Política de 1993

6. Conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, y tal como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el Estado peruano adopta las características esenciales de un Estado social y democrático de Derecho (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 10). Ello, en buena cuenta, supone que la creación de las condiciones materiales para lograr sus presupuestos, esto es, garantizar la igual dignidad e igual libertad a todos los integrantes de la sociedad, está sujeta a su responsabilidad; y, asimismo, exige del Estado la identificación con objetivos sociales a fin de poder alcanzar el bien común. De ahí que nuestro ordenamiento constitucional haya reconocido un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales cuyo contenido *iusfundamental* contribuyen al bienestar personal.
7. Es bajo este contexto que el artículo 10 de la Constitución Política de 1993 establece que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

8. Desde una dimensión objetiva, tal como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social es concebida como la protección que una sociedad otorga a sus integrantes asegurando su acceso a la asistencia médica y garantizando la seguridad de ingresos en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia.
9. La seguridad social, ha afirmado el Tribunal Constitucional, es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otros) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 54 y sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-PA/TC, fundamento 29).
10. En tanto que desde una dimensión subjetiva, la seguridad social es el derecho fundamental que le asiste a toda persona a recibir protección estatal ante contingencias o sucesos que pueden ocurrir durante el transcurso de la vida, ajenos a la voluntad, que no le permiten obtener ingresos y perjudican, por tanto, su calidad de vida y de la familia. Por ello, el artículo 11 de la Constitución dispone que el Estado garantice a todas las personas el libre acceso a las prestaciones de salud y a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento.
11. Actualmente en nuestro país las distintas prestaciones otorgadas por la seguridad social, en términos generales, se expresan bajo el siguiente esquema:
 - Prestaciones en salud: preventiva; curativa y de recuperación; hospitalización, medicinas, exámenes, traslado de emergencia; y, cobertura de salud por desempleo.
 - Prestaciones económicas: subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y sepelio.
 - Prestaciones para trabajo de riesgo: prestaciones de salud por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, y pensiones de invalidez y/o sobrevivencia producto de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

- Prestaciones previsionales: pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia.
12. En el ámbito internacional, la seguridad social ha sido reconocida en distintos tratados de protección de derechos humanos suscritos por el Perú.
 13. Así se tiene que el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; en tanto que en el artículo 25 precisa que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.
 14. A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XVI que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”. En tanto que el artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) señala que la persona tiene derecho “a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.
 15. Y el Convenio 102 de la OIT, identificado como Norma Mínima de Seguridad Social, dispone en sus artículos 25 y 26 el compromiso de los estados de garantizar prestaciones de vejez a las personas, cubriendo la supervivencia más allá de una edad prescrita.
 16. Todas estas normas, las que en virtud a lo establecido en el artículo 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, forman parte de nuestro derecho interno, coinciden en el reconocimiento del carácter universal del derecho a la seguridad social y en el deber estatal de procurar niveles adecuados de protección para las personas que se traduce en la garantía de su bienestar y calidad de vida.
 17. Sin embargo, como expondré más adelante, el Estado ha venido adoptando distintas medidas normativas, entre las que se encuentra la cuestionada Ley 31192, que autorizan a los afiliados de las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFPs) a



que retiren parte de sus fondos individuales, poniendo así en riesgo su acceso futuro a una pensión. Esta conclusión se corrobora en parte con las estadísticas y proyecciones realizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), quien refiere, a modo de ejemplo, que producto de la aprobación de la Ley 31192:

“[...] el número de afiliados sin saldo CIC se incrementaría de 2 millones a cerca de 6 millones; es decir, se estima que el 71% de los afiliados activos se volverá vulnerable, aumentando el riesgo de caer en una situación de pobreza en la etapa de la vejez y, por ende, la posibilidad de un mayor gasto público en pensiones en mediano y largo plazo.”¹
(subrayado agregado)

18. Tales consecuencias resultan contrarias a la teleología que se propone la normatividad internacional y constitucional en materia de seguridad social, que no es otra que garantizar el bienestar y la calidad de vida de las personas, así como asegurar la *mejora progresiva* en el disfrute efectivo de su derecho a la pensión. Por tanto, medidas normativas que promueven el retiro prematuro de los fondos previsionales o autorizan la libre disponibilidad de los mismos, como lo han dispuesto varias leyes aprobadas en los últimos años por el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, no solo ponen en riesgo la subsistencia futura de los afiliados sino que además representan una clara regresión en la garantía de la seguridad social y contravienen el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

§3. Los modelos de gestión de la seguridad social que rigen en el Perú

19. Desde el año 1992 en el Perú coexisten dos modelos de gestión de la seguridad social, estos son, el sistema de reparto y el de capitalización individual.
20. El sistema de reparto, como lo es el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), es un fondo común solidario al que ingresan los aportes de todos sus afiliados con los cuales se realiza el pago de las pensiones a aquellas personas que en la actualidad tienen la condición de jubilado, en tanto que, en el futuro, los aportantes de hoy ya jubilados se beneficiarán del aporte efectuado por las personas que sean laboralmente activas en ese momento. El sistema de reparto es, pues, un sistema basado en el principio de solidaridad intergeneracional.

¹ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 15 de setiembre de 2022.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

21. Nuestro SNP², el mismo que fuera creado en el año 1973 a través del Decreto Ley 19990 y que es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) desde el año 1994, presenta las siguientes características (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 7):

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

22. Por su parte, el sistema de capitalización individual, que en el Perú fue acogido en el año 1992 mediante Decreto Ley 25897 con la creación de las AFPs, promueve la creación de cuentas personales en las que cada afiliado realiza el depósito de sus aportes, ya sean estos obligatorios o voluntarios, generando así un fondo individualizado de capital. Hay que tener presente además que el artículo 87 de la Constitución se refiere expresamente a la intervención del poder público en las actividades de las AFPs, cuando señala que la SBS “ejerce el control” de estas empresas.

23. Bajo el esquema de capitalización individual, el monto de la pensión que percibirá un afiliado tiene relación directa con la trayectoria de los ingresos percibidos

² Junto al SNP coexiste el régimen de los militares y policías, de los servidores públicos y de los servidores diplomáticos, los que conjuntamente integran el Sistema Público de Pensiones. Cabe precisar que en el año 2011 se creó el Programa Asistencial “Pensión 65” (no contributivo) para mayores de 65 años en estado de pobreza extrema, y en el año 2015 se creó el Programa “Contigo” para mayores de 18 años con incapacidad permanente y absoluta en estado de pobreza extrema.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

durante su vida laboral, y, a su vez, como precisa la SBS³, dependerá fundamentalmente de cinco factores: a) la tasa de aporte, b) la rentabilidad acumulada desde la afiliación, c) la regularidad en el pago de aportes, d) el tiempo de permanencia / edad de afiliación o cotización, y, e) la edad de jubilación. Por tanto, cualquier medida que altere estos cinco factores genera un impacto directo en el nivel de cobertura y las pensiones de jubilación.

24. Cabe señalar también que en este modelo de gestión de la seguridad social, a pesar que la capitalización del fondo de aportes es individualizada como ya se refirió, debe existir una comunidad de beneficios y riesgos entre los afiliados y las AFPs en la medida que las comisiones de estas guarden relación con los mayores o menores beneficios obtenidos por aquellos. De este modo, se incentiva un interés –a propósito del cual el propio Tribunal constitucional en su oportunidad se ha remitido a la exigencia del principio de solidaridad– con la finalidad de asegurar la adecuada gestión de los fondos pensionarios, conforme exigen los artículos 10 y 11 de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00014-2007-AI/TC, fundamentos 36, 39).
25. Ahora bien, la práctica ha demostrado que el sistema de reparto básicamente se ve afectado por el factor demográfico (descenso en la tasa de natalidad y aumento de la tasa de longevidad), en tanto que el factor económico es el que principalmente afecta al modelo de capitalización individual debido a la volatilidad que caracteriza a los mercados financieros, bancarios y bursátiles donde se invierten los fondos de las AFPs. No obstante, en el caso peruano se suscitan algunas condiciones adicionales que sumadas a las mencionadas alteran el debido y eficiente funcionamiento de nuestro sistema previsional, comprometiendo el derecho de acceso a la pensión, pero, además, a una pensión acorde con la dignidad de la persona.
26. Como señala César Abanto, existen dos objetivos principales para un sistema de pensiones: en primer lugar, lograr la máxima cobertura y que la mayor cantidad de personas posea una pensión, sea de invalidez, vejez o muerte; y en segundo lugar, que dichas prestaciones sean suficientes para cubrir todas sus necesidades básicas.⁴
27. Sin embargo, el diseño de nuestro sistema previsional condiciona el acceso a un régimen pensionario a la preexistencia de una relación laboral formal, a pesar que en el Perú, como se sabe, existe una tasa altísima de informalidad laboral originando que de cada 10 trabajadores solo 3 gocen de una cobertura pensionaria.

³ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 15 de setiembre de 2022.

⁴ Cfr. Abanto Revilla, César (2021) “Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿Reforma o refundación?”. En *Laborem*. Lima, 2021, N° 25, p. 215.



Por tanto, este esquema se aleja del objetivo primordial perseguido por los sistemas de seguridad social como es el lograr que la mayor cantidad de personas posean una pensión, y, por tanto contraviene lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución, que ordena al Estado garantizar el libre acceso a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Expuesta así esta situación, la misma se configura en una razón fundamental para que desde el Poder Ejecutivo en coordinación con el Congreso de la República, apoyados en los órganos técnicos especializados, realicen una reforma del sistema previsional que, como se acaba de explicar, exige cambios en su origen estructural que resulten compatibles con el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado por el Estado peruano (artículo 43 de la Constitución).

28. Pero además esta reforma previsional también debe poner énfasis en el objetivo de mejorar el nivel de las pensiones. Sabemos que la gran mayoría de ciudadanos en nuestro país que perciben una pensión no se encuentran en la capacidad de cubrir sus necesidades básicas porque los montos recibidos son bajos. Por ello, es necesario que se adopten medidas reformativas que estén orientadas a lograr el aumento progresivo de los montos pensionarios asegurando así la calidad de vida de los afiliados, más aún, si como se desprende del Convenio 102 de la OIT, ratificado por el Perú en el año 1961, es responsabilidad del Estado garantizar el pago de una pensión mínima que supere el umbral de pobreza.

29. Por tanto, toda reforma que se plantea nuestro sistema de pensiones, a fin de que sea constitucionalmente legítima, tendrá necesariamente que partir de una propuesta orientada a concretizar los dos objetivos principales perseguidos por los sistemas previsionales señalados *supra*.⁵

§4. Sobre la intangibilidad de los fondos previsionales dispuesta por el artículo 12 de la Constitución y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones

⁵A través de la Ley 30939, publicada el 3 de mayo de 2019, se dispuso la creación de “un consejo para evaluar la situación actual de los sistemas de pensiones públicos y privados en un plazo de ciento ochenta (180) días naturales, que tendrá las siguientes funciones: a) Realizar una evaluación de las condiciones de acceso, los costos y beneficios de los regímenes de jubilación anticipada actualmente vigentes en el Sistema Privado de Pensiones, que incluya la identificación de todos los actores y grupos de interés que directa o indirectamente podrían ser beneficiarios o perjudicados con tales regímenes; y b) Evaluar integralmente las condiciones principales del sistema de pensiones público y privado en el Perú, incluyendo aspectos tales como la sostenibilidad fiscal, la suficiencia de las pensiones (pensión mínima), la evolución demográfica y la cobertura universal de la población y emitir recomendaciones concretas sobre estos aspectos. El consejo está conformado por un representante de las siguientes entidades, con rango mínimo de director nacional o su equivalente: el Ministerio de Economía y Finanzas; la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones; el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y la Oficina de Normalización Previsional. La Secretaría Técnica estará a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, la que informará de sus resultados a las comisiones de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República (...).” (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

30. El artículo 12 de la Constitución Política de 1993 establece que:

“Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.

31. Para el Tribunal dicha intangibilidad a la que alude la citada disposición constitucional tiene como propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11 de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00014-2007-AI/TC, fundamento 31).

32. En tal sentido, la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social opera como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, en la medida que representa para quien los administra la prohibición de redireccionar, afectar o gastar los aportes y recursos allí depositados. Como garantía institucional reconocida constitucionalmente, la intangibilidad de los fondos de la seguridad social queda blindada frente a reformas legislativas –incluso constitucionales– que la anulen o vacíen de contenido.

33. Al respecto, cabe precisar que a los fondos previsionales administrados en el SPPrP también les asiste la garantía institucional de la intangibilidad. Así lo ha dejado expuesto en su oportunidad el Tribunal Constitucional al precisar que:

“[...] la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).” (sentencia recaída en el Expediente 00013-2012-PI/TC, fundamento 91).

34. Es que en efecto, si bien es cierto la pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se les puede equiparar porque, como ya lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 97), entre ellas existen notables diferencias que se manifiestan en su naturaleza jurídica (la pensión no es un derecho real), en los actos que pueden realizarse (la pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición como la compra-venta, la donación, entre otros), en el modo de transferencia (la pensión no se transmite por la sola autonomía de la voluntad del causante) y en su titularidad (no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiaria de esta). En tal sentido, reconocer que los



fondos acumulados en la CIC forman parte del patrimonio de un afiliado a las AFPs, no representa una habilitación estatal para autorizar su libre disposición, por el contrario, representa una garantía de exigibilidad frente al Estado para que vele por su adecuada administración a fin de que el ejercicio futuro del derecho a la pensión esté asegurado.

35. Como ya referí, en los últimos años el Congreso de la República ha venido aprobando distintas medidas legislativas que autorizan el uso de los fondos de las AFPs para fines de naturaleza distinta a la pensionaria:

- **Ley 30425**, publicada el 21 de abril de 2016. Prorroga el régimen especial de jubilación anticipada para desempleados en el SPPr⁶; dispone que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC en las armadas que considere necesarias; establece que los afiliados podrán hacer uso del 25% del fondo acumulado en su CIC como garantía para la cuota inicial de un crédito hipotecario para la compra de una primera vivienda; y dispone la procedencia de la jubilación anticipada también para aquellos casos en que el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer pudiendo solicitar la devolución del 50% de sus aportes incluyendo su rentabilidad.

Como puede observarse, esta ley amplió los supuestos de procedencia para la jubilación anticipada ordinaria (JAO) regulada por el artículo 42 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 054-97-EF). Cabe recordar que de acuerdo a este régimen jubilatorio, un afiliado a la AFP mayor de 50 años puede jubilarse siempre que obtenga una pensión igual o superior al 40% del promedio de sus remuneraciones durante los últimos 120 meses. Si bien es cierto el régimen JAO ha sido objeto de varias modificaciones hasta la actualidad, en su oportunidad el legislador permitió que cualquier afiliado a la AFP, sin el requisito de la edad que hoy sí es exigible, pueda acogerse a la JAO e, incluso, pueda solicitar el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC.

- **Ley 30478**, publicada el 29 de junio de 2016. Ordenó que los afiliados al SPPrP puedan disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su CIC para pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble o amortizar un crédito hipotecario utilizado para la compra de un primer inmueble. Y, de otro lado, en la misma ley, se dispuso que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en

⁶ Mediante Ley 29426, publicada el 27 de octubre de 2009, se creó el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (REJA) en el Sistema Privado de Pensiones cuya vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2012.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

cualquier modalidad de retiro y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC, perdiendo el derecho frente a cualquier beneficio de garantía estatal. Asimismo, se precisó que el monto equivalente al 4.5% restante de la CIC sea retenido y transferido por la AFP directamente a EsSalud.

- **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPPrP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su CIC, estableciéndose como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a 1 U.I.T. y 3 U.I.T, respectivamente.
- **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante del SPP a retirar hasta 4 U.I.T. de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.

36. Y a este listado de medidas normativas se suman las Leyes 31192 y 31478 bajo análisis en el presente caso, que autorizan a los afiliados del SPPrP para que retiren hasta 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su CIC, a fin de aliviar la economía familiar afectada por las consecuencias de la pandemia del Covid-19.

37. De igual forma, durante el año 2020, como consecuencia de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo también autorizó la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP:

- **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2,000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses.
- **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2,000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*.

38. No cabe duda, entonces, que al ordenar la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP, tanto el legislador como el gobierno han partido de la premisa errada de haber asimilado, sin más, a la pensión con la propiedad privada, poniendo en serio riesgo a sus afiliados de empobrecimiento durante la vejez por tratarse de una población cuya pensión solo depende del ahorro forzoso. Pero, además, han sentado un precedente negativo en el sentido de que frente a situaciones de emergencia el Estado podrá autorizar la disposición de los fondos previsionales, en lugar de aplicar mecanismos de apoyo económico que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

proviengan del propio gobierno en cumplimiento de su deber constitucional de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución).

39. Ahora bien, la garantía de la intangibilidad de los fondos previsionales también contribuye a la sostenibilidad de la seguridad social. En esa línea, en el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ordena que:

“Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.”

40. En términos técnicos, la sostenibilidad está referida a la viabilidad financiera en el largo plazo de medidas económicas, es decir, a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 12). En materia previsional, la sostenibilidad financiera como criterio constitucionalmente establecido alude al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados.
41. Sin embargo, leyes como la cuestionada en el presente caso, así como las demás reseñadas, promueven la descapitalización del SPPrPe impidiendo las AFPs realizar las inversiones necesarias y estratégicas con los fondos de los afiliados para generar una buena rentabilidad, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema previsional.
42. Así también lo entiende la SBS cuando advierte que el retiro prematuro de los fondos de pensiones deteriora la cobertura previsional, en la medida que (i) deja a más personas sin los recursos suficientes para su vejez (los retiros que se efectúan hoy reducen la futura pensión a percibirse en el momento de la jubilación); (ii) distorsiona el objetivo de largo plazo de los fondos de pensiones, ya que obliga a priorizar el hecho de contar con efectivo el día de hoy para solventar los retiros anticipados en detrimento de la rentabilidad futura que se puede obtener si se respetara el horizonte de largo plazo de los fondos previsionales; y (iii) genera pérdidas en los recursos de los afiliados, especialmente, cuando el tiempo en el que se ha realizado aportes con fin previsional es muy corto, pues el afiliado no ha generado una rentabilidad suficiente que permita amortiguar el impacto del retiro anticipado; y cuando el retiro se efectúa en periodos de crisis financieras, pues el valor cuota de los fondos de pensiones, a raíz de la caída generalizada de los mercados, disminuye su valor, situación que incluso podría afectar a los aportes efectuados por los afiliados, especialmente si estos han permanecido un corto tiempo en el SPPrP o hayan efectuado pocos aportes (baja densidad de cotización).⁷

⁷ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de



§5. Análisis de constitucionalidad de la autorización a los afiliados del SPPrP para retirar parte del fondo acumulado en su CIC

43. Atendiendo a las razones expuestas precedentemente, considero que la decisión legislativa de autorizar a los afiliados del SPPrP a disponer voluntariamente el retiro de hasta 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su CIC contraviene la Constitución; ello, por cuanto, vulnera el contenido esencial del derecho a la pensión, así como la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, y, contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad económica en el tiempo del sistema de capitalización individual.
44. De una interpretación sistemática de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que nuestra *ley fundamental* reconoce el derecho fundamental a la pensión. En tanto que forma parte del contenido esencial de este derecho, el acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 107).
45. Como ya referí, uno de los principales objetivos perseguidos por los sistemas previsionales es el de asegurar que las prestaciones percibidas por los pensionistas sean suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Sin embargo, la libre disposición de los fondos jubilatorios, como la autoriza las leyes bajo análisis en el presente caso, en la medida que contribuyen a reducir el monto de la pensión al momento de la jubilación, impide el acceso a una pensión que garantice la calidad de vida de los afiliados y contraviene, por tanto, el contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión.
46. En su oportunidad, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha señalado que el retiro temprano de la CIC reduce el número de aportes efectivos a lo largo del ciclo de vida laboral de los afiliados y, por ende, la pensión esperada. En esa línea ha advertido que:

“El retiro a edades muy tempranas tiene implicancias más severas de largo plazo para el bienestar de los afiliados, dada la menor posibilidad de capitalizar su fondo de pensiones. La SBS estima que, por cada mil soles que un afiliado retire a los 30 años, perdería un monto equivalente de S/. 4 516 a la edad de 65 años.

El efecto en las pensiones del retiro temprano de los fondos de pensiones es mucho más elevado para el grupo etario de 30 a 50 años, que debido a los retiros realizados perderán en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

valor presente hasta el 60% de sus fondos previsionales. Este efecto es aún más severo para los 2,1 millones de afiliados que no registran fondo alguno en sus CIC, luego de los retiros efectuados durante el confinamiento social. Estos afiliados enfrentan un riesgo elevado de caer en situación de pobreza en la etapa de vejez y perder el acceso a las coberturas de Essalud.”⁸

47. Queda expuesto entonces que con la aprobación y aplicación de la ley cuestionada la probabilidad de que se produzca una reducción considerable en el monto de las prestaciones jubilatorias es cierta, así como lo es el hecho de que los afiliados al SPPrP enfrentarán una situación de pobreza que el Estado no podrá dejar de atender. Es decir, como afirma la SBS, se terminará trasladando una carga financiera a la sociedad y tendrá que ser esta la que provea los recursos (vía impuestos u otros medios de recaudación) para financiar la protección a aquellos afiliados que decidieron retirar anticipadamente sus fondos y, con ello, quedaron desprotegidos al momento de su jubilación; afectándose también la capacidad de gasto público en otros sectores como salud y educación.⁹
48. Considero también que la Ley 31192 –así como la Ley 31478– vulnera la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social. A fin de enfrentar las consecuencias de la pandemia del Covid-19, en lugar de apelar a mecanismos económicos para promover el bienestar general, el legislador y el gobierno, en sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución, adoptaron medidas que incidieron en el fondo previsional de los afiliados al SPPrP avalando que dichos recursos sean destinados al consumo inmediato, desnaturalizando así la finalidad constitucional del ahorro previsional en las CIC que no es otra que el aseguramiento y garantía del pago debido y oportuno de una pensión.
49. Finalmente, soy de la opinión que la aprobación de la Ley 31192 –y de la Ley 31478– también contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad en el tiempo del sistema de capitalización individual, contraviniendo, por tanto, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que ordena que cualquier modificación a los regímenes pensionarios debe regirse por el criterio de sostenibilidad financiera.
50. En materia previsional, dicha sostenibilidad financiera está referida al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados. No obstante, la ley

⁸ Banco Central de Reserva (2020) Reporte de estabilidad financiera. Noviembre 2020. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, p. 57.

⁹ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 15 de setiembre de 2022.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00020-2021-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
SUIR

cuestionada, así como las otras disposiciones legales referidas que autorizan el retiro prematuro de los fondos previsionales, abonan a la descapitalización del SPPr. Y así lo corrobora el BCR cuando afirma que los retiros tempranos de los fondos del SPPr han implicado una reducción de hasta S/. 53 mil millones desde el año 2016.¹⁰

51. Tal descapitalización, en consecuencia, le resta capacidad a las AFPs paragarantizar el pago de las pensiones a los afiliados; pero, además, pone en riesgo la eficiencia en la administración que realizan, así como la permanencia del funcionamiento en el tiempo del SPPr.
52. Finalmente, no quiero dejar de recordar la necesidad para nuestro país de que los poderes públicos asuman la responsabilidad de reformar y fortalecer los sistemas previsionales existentes, a fin de que se asegure una vejez digna para todos los ciudadanos, conforme lo exige nuestra Constitución así como también los diversos instrumentos internacionales que regulan la seguridad social y que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.

S.



MONTEAGUDO VALDEZ

Lo que certifico:



Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¹⁰Banco Central de Reserva (2020) Reporte de estabilidad financiera. Noviembre 2020. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, p. 60.