

## **LA IRREVERSIBILIDAD DE LA DESAFILIACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES**

**César González Hunt<sup>1</sup>**

Como se recordará, en la sentencia del 3 de junio de 2005 recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado)<sup>2</sup>, el Tribunal Constitucional (TC) señaló cuáles eran los componentes que formaban parte del contenido esencial del derecho a la pensión.

A juicio del Tribunal, éstos eran:

- (i) el derecho a acceder a una pensión,
- (ii) el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión, y
- (iii) el derecho a una pensión mínima.

En esa misma línea de pensamiento, el TC señala en el fundamento 17 de la sentencia del 26 de enero de 2007 –publicada en su portal electrónico el 9 de febrero pasado–, recaída en el proceso constitucional de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y la AFP Unión Vida (Expediente N° 1776-2004-AA/TC), que:

*“Como parte del contenido esencial constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, cabe señalar que éste no solo garantiza el obtener prestaciones de pensiones de manera universal y progresiva, sino también el libre acceso a dichas prestaciones, supuesto de hecho claramente establecido en el ya mencionado artículo 11° de la Constitución. (...)”.*

De lo anterior es posible determinar cómo el TC establece claramente la doble dimensión del derecho a la pensión, diferenciando de un lado la garantía otorgada a recibir efectivamente la pensión, mientras que de otro el acceso a ella. Adicionalmente, el Tribunal evoca el artículo 11 de la Constitución, mediante el cual el Estado garantiza el libre acceso a la pensión y se compromete a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la Seguridad Social.

Esta premisa origina la interrogante planteada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA acerca de los alcances

---

<sup>1</sup> Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Previsional en el Diploma en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú

<sup>2</sup> Sentencia que resolvió las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra las leyes de reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, N° 28389 y que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, N° 28449.

de esta *libertad* (en el acceso a las pensiones) garantizada por la Constitución aunada a la libertad de contratación, en la medida que deberá determinarse si ésta supone la capacidad de trasladarse libremente de un sistema a otro bajo un régimen de flexibilidad previsional. La reflexión efectuada por el TC parte por analizar si el libre acceso a la pensión supone la facultad de cambiar de sistema pensionario durante el periodo de aportación, atendiendo a que esta posibilidad es admitida o más bien promovida explícitamente por el Estado en un sentido, pues en cualquier momento es posible transferir aportaciones del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) al Sistema Privado de Pensiones (SPP).

Al respecto, el TC señala en el fundamento 27 de la antes mencionada sentencia del 26 de enero de 2007, que:

*“(...) si pese a considerarse que entre los sistemas pensionarios existen notorias diferencias, y no obstante ello – o a pesar de ello – se possibilitó que una persona que pertenece al SNP pueda trasladarse al SPP, entonces, no hay razón constitucionalmente aceptable para que, también libremente, dicho individuo pueda retrotraerse de su decisión original y, en consecuencia, se le permita el derecho al retorno del SPP al SNP.”*

En tal sentido, el Tribunal manifiesta que el libre acceso se debe aplicar:

*“(...) en situación de igualdad entre los que desean trasladarse de un sistema a otro, sin importar si la dirección es del SNP al SPP o del SPP al SNP, con pleno respeto del artículo 2º, inciso 2) de la Constitución. El problema del eventual colapso del SNP como justificación constitucional de un régimen que no permita la reversibilidad, no puede aceptarse como único criterio constitucionalmente legítimo, cuando no es un dato probado y de por medio se encuentra el derecho al bienestar de un individuo en su futuro y el de su familia.”*

En este sentido, el TC advierte que se debe aceptar la capacidad de retorno o incluso de ingreso del afiliado del SPP al SNP, aún cuando no haya pertenecido a él en el pasado. Asimismo, contemplaría la posibilidad del retorno a aquellas personas que habiendo acumulado el tiempo necesario en el Sistema Privado de Pensiones, ahora se encuentran recibiendo una pensión, pero en situación peyorativa respecto a si se hubiesen quedado en el Sistema Nacional de Pensiones. Para este último caso, el TC recuerda que la vía adecuada no es la del amparo constitucional, conforme se expresa en la sentencia conocida como el caso *Anicama*.

Aún cuando más adelante -en la sentencia del 26 de enero de 2007- el TC advierte que no es permisible un retorno total al Sistema Nacional de Pensiones (incondicionado) y, por ende, únicamente admite tres supuestos para acceder a la desafiliación, dejaría sentadas las bases para que los afiliados de uno u otro sistema pensionario puedan trasladarse del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones y viceversa, en aplicación del derecho al libre acceso a la pensión.

A nuestro entender, la conclusión arribada por el TC en la sentencia publicada el 9 de febrero de 2007 respecto a la flexibilidad previsional no es correcta, pues las consecuencias de los traslados entre los sistemas previsionales afectan las bases financieras que hacen posible la existencia de estos sistemas, en tanto frustrarían la maduración que cada uno de ellos requiere.

En efecto, consideramos que la posibilidad del traslado se debe efectuar a la luz de las posibilidades presupuestarias de los sistemas pensionarios para que el ejercicio del derecho fundamental a la pensión sea efectivo a la generalidad de sus afiliados, tal como ha señalado el propio TC en fallos precedentes. Ello debido a que los aspectos económicos relativos al financiamiento y a su gestión administrativa están implícitos en los principios de la Seguridad Social. Debe recordarse que, en la sentencia del 3 de junio de 2005, al exponer los principios de la Seguridad Social, el TC contempla al equilibrio presupuestal como uno de los pilares que rigen los sistemas de pensiones. A saber: solidaridad, dignidad, igualdad, progresividad y equilibrio presupuestal<sup>3</sup>.

Asimismo, en la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política se ha incorporado a la sostenibilidad financiera como un criterio rector de las modificaciones en materia pensionaria. Si bien el texto constitucional se enmarca en la regulación del régimen de pensiones del Estado, al que se dirigió la reforma constitucional, entendemos que la exigencia de la sostenibilidad financiera trasciende esta temática y se inserta en toda la materia pensionaria pública o privada y, en general, en la Seguridad Social y en las políticas públicas<sup>4</sup>. Ello debido a que independientemente del sistema o modelo de Seguridad Social que se examine, todos tienen algo en común: suponen el establecimiento de una organización que, a través de distintos mecanismos, va a distribuir la riqueza con el objetivo de garantizar la seguridad económica de ciertas personas, concediéndoles prestaciones económicas o en especie<sup>5</sup>.

En efecto, la exigencia de financiamiento forma parte de todo programa de pensiones en el cual las prestaciones se convierten en derechos subjetivos de los beneficiarios y son precisamente objeto principal del régimen. Desde esta perspectiva, la necesidad de contar con recursos suficientes que permitan el

---

<sup>3</sup> Cabe resaltar que ya en la sentencia del 18 de junio de 2003, en la acción de amparo seguida por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banco y Seguros (Exp. N° 189-2002-AA/TC) el TC se pronunció sobre la importancia del financiamiento en los sistemas de pensiones, exhortado a legislar sobre el monto de las pensiones y el pago de tributos.

<sup>4</sup> GARCÍA GRANARA, Fernando. “*La sostenibilidad financiera en los Regímenes de Pensiones*”. EN: II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, noviembre 2006, p 856.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ CORTES, Juan Carlos. “*Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*”. Manuel Ramón Alarcón (Director), Editorial Aranzadi, p 38.

financiamiento de las prestaciones, los estudios actuariales y la regulación normativa constituyen la base de todo régimen de pensiones, a efectos de garantizar su mantenimiento y proyección en el tiempo, sin que pueda atribuirse exclusivamente a un régimen particular.

Adviértase que el nuevo texto constitucional se refiere a los regímenes de pensiones comprendiendo así los regímenes públicos y privados, pero la incidencia de la sostenibilidad financiera en la regulación y desarrollo de la Seguridad Social solo la tiene respecto del régimen público, en tanto que el régimen privado de pensiones no constituye en estricto Seguridad Social. Ello no significa que ésta sea la única vía para reconocer la exigencia de este criterio en la Seguridad Social, pues la idea misma de la cobertura de las prestaciones y de la necesidad supone una exigencia de suficiencia y organización económica<sup>6</sup>.

Como puede apreciarse, el criterio de la sostenibilidad financiera no es un fin en sí mismo, sino un medio que se convierte en mecanismo de defensa de los sistemas pensionarios.

La posición del TC –en el sentido de admitir el traslado de afiliados entre los sistemas pensionarios– tampoco puede ser sostenida sobre la base de la libertad de contratación prevista en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución, pues conforme lo ha señalado el propio Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2760-2002-AA:

*“(...) es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances (...)”*

En el mismo sentido, el TC establece en la sentencia del Expediente N° 4224-2004-AA que:

*“(...) el derecho de contratar no debe contravenir las leyes del orden público pues el respeto a los principios jurídicos, políticos, sociales y morales es necesario para la conservación del orden social.”*

Como puede advertirse, la libertad de contratación encuentra sus límites cuando colisiona con otros derechos fundamentales, como lo es el derecho a la pensión cuya implementación se hace posible a través de los sistemas pensionarios que gocen de un equilibrio financiero. Además, como se ha indicado, el principio de equilibrio financiero goza de reconocimiento constitucional instaurando un límite adicional al referido derecho.

Es importante tener en cuenta que todo régimen de pensiones tiene vocación de permanencia y proyección en el tiempo, factores que se verían frustrados de admitirse el traslado entre los sistemas pensionarios. Por ello, el impacto que

---

<sup>6</sup> GARCÍA GRANARA, Fernando, Art. Cit., p. 861.

tendrían los traslados de los afiliados entre uno y otro sistema sería absolutamente negativo pues atentaría contra la existencia misma de ellos.

Así, tenemos que la admisión de afiliados que ya estén por concluir su ciclo laboral y, por ende, de aportación al Sistema Nacional de Pensiones o sistema de reparto en el que las aportaciones de las nuevas generaciones mantienen a las anteriores, generaría un incremento sustancial en el pago de pensiones, implicaría una afectación grave a las arcas fiscales, perjudicando de esta forma a los pensionistas beneficiarios de él y los ciudadanos en general quienes a través del pago de sus impuestos estarán solventando dichas pensiones. El propio TC reconoce las dificultades en términos financieros que acarrearía la libre desafiliación (retorno total) para el Tesoro Público en tanto sus costos son muy elevados.

Por otro lado, el Sistema Privado de Pensiones o de capitalización individual no lograría la maduración necesaria si no cuenta con la previsión de las aportaciones que recibirá para su subsistencia, pues ellas constituyen un fondo sujeto a inversiones en busca de rentabilidad. Ello, además, implicará una desventaja para el país por cuanto existiría menos disponibilidad de fondos para las inversiones.

Atendiendo a lo expuesto, somos de la opinión que no debe admitirse el traslado entre los sistemas pensionarios, por lo que al inicio de su actividad laboral el trabajador deberá elegir a qué sistema se adscribirá, sobre la base de información adecuada, pues dicha elección regirá para toda su vida laboral.

Cabe resaltar que la posición expresada líneas arriba no es contraria a la admisión de la desafiliación de las personas que ingresaron al Sistema Privado de Pensiones como consecuencia de información inadecuada o insuficiente, a efectos de adoptar una decisión razonada o de circunstancias ajenas a su voluntad. Por el contrario, consideramos que este problema es coyuntural y tangible que afecta a un número aún no determinado de personas que debe ser debidamente atendido.