

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe Jurídico sobre la Sentencia N° 151/2021  
recaída en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título  
profesional de Abogada

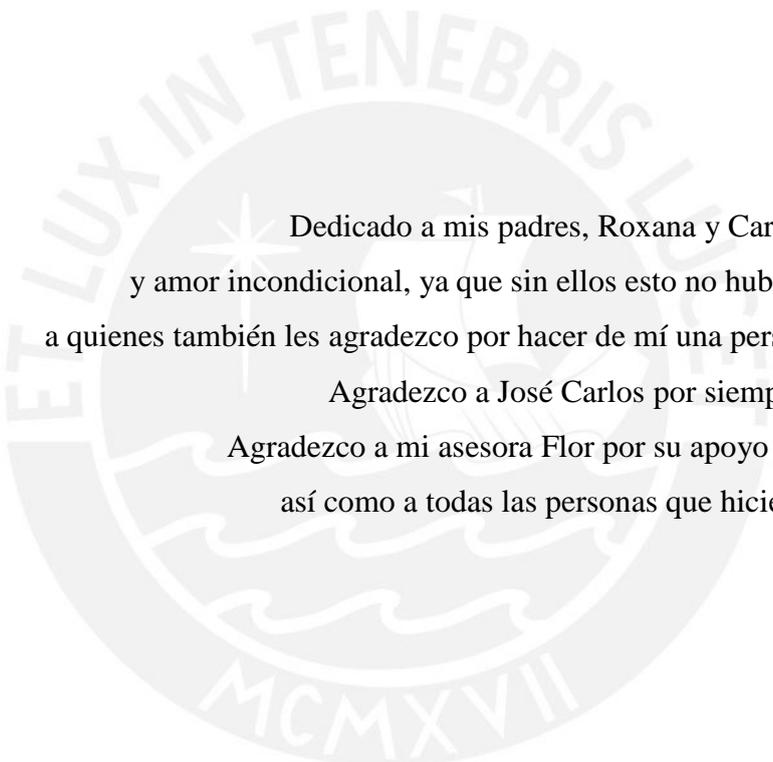
Autora:

***Leslie Roxana Peralta Casas***

Asesora:

***Flor de Maria Lizzett Ynga Morales***

Lima, 2022



Dedicado a mis padres, Roxana y Carlos, por su apoyo y amor incondicional, ya que sin ellos esto no hubiera sido posible; a quienes también les agradezco por hacer de mí una persona con valores.

Agradezco a José Carlos por siempre confiar en mí.

Agradezco a mi asesora Flor por su apoyo constante y guía; así como a todas las personas que hicieron esto posible.

## Resumen

Mediante Sentencia 151/2021, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda planteada por el Poder Ejecutivo contra la Ley N° 31083, Ley que establecía un régimen facultativo de devolución de aportes, por vulnerar la naturaleza del Sistema Nacional de Pensiones, intangibilidad de los fondos pensionarios y estabilidad presupuestaria.

Concuero con el fallo, no obstante, el Tribunal no consideró en sus fundamentos algunos puntos que hubieran hecho posible visibilizar los problemas por los cuales atraviesa la Seguridad Social en nuestro país.

Siendo ello así, se plantea como problema principal si el retiro de los fondos pensionarios cumple con un fin previsional, considerando la contingencia impredecible del desempleo que trajo consigo la pandemia.

Para responder el problema principal mencionado, se determinará cuál es el fin de la Seguridad Social para, posteriormente, abarcar cuáles son las contingencias que el sistema debe cubrir en materia pensionaria, así como respecto a la contingencia del desempleo. En adición a ello, se analizará el principio de intangibilidad con la finalidad de entender su importancia, y considerar que devolver parte de los fondos no era una solución viable para enfrentar la contingencia mencionada.

Por ende, el objetivo general del presente trabajo es demostrar que el retiro de los ahorros pensionarios no cumple un fin previsional, y poder plantear una propuesta alternativa de solución que proteja los derechos previsionales.

**Palabras clave:** Seguridad Social ◦ Pensiones ◦ Sistema Nacional de Pensiones ◦ Sistema Privado de Pensiones ◦ Retiro de fondos

## **Abstract**

Through Sentence 151/2021, the Constitutional Court declared as founded the claim filed by the Executive Branch against Law No. 31083, a Law that established an optional regime for the return of contributions, for violating the nature of the National Pension System, intangibility of the pension funds and budget stability.

I agree with the judgement, however, the Court did not consider in its foundations some issues that would have made it possible to make visible the problems that Social Security's going through in our country.

This being so, the main problem is whether the withdrawal of pension funds fulfills a social security purpose, considering the unpredictable contingency of unemployment generated by the pandemic.

To answer the mentioned main problem, the purpose of Social Security will be determined in order to subsequently analyze what are the contingencies that the system must cover in pension matters, as well as regarding the contingency of unemployment. In addition to this, the principle of intangibility will be analyzed in order to understand its importance, and conclude that returning part of the funds was not a viable solution to face the mentioned contingency.

Therefore, the general objective is demonstrate that the withdrawal of pension savings does not fulfill a pension purpose, and to be able to propose an alternative solution proposal that protects pension rights.

**Keywords:** Social Security ◦ Pensions ◦ National Pension System ◦ Private Pension System ◦ Withdrawal of funds

## Índice

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1: Sentencia N° 151/2021 .....</b>	<b>3</b>
<b>1.1. Justificación de la elección.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2. Hechos relevantes sobre los cuales versa la controversia .....</b>	<b>4</b>
1.2.1. Antecedentes.....	4
1.2.2. Petitorio .....	4
1.2.3. Demanda.....	5
1.2.4. Contestación .....	6
1.2.5. Análisis realizado por el Tribunal Constitucional .....	8
<b>Capítulo 2: Problemas Jurídicos .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1. Problema principal: ¿Cumple un fin previsional el retiro de los ahorros de fondos de pensiones? .....</b>	<b>11</b>
2.1.1. ¿Cuál es el fin de la Seguridad Social? .....	13
2.1.2. ¿Cuáles son las contingencias que cubre la Seguridad Social en pensiones? ..	15
2.1.3. ¿Son intangibles los ahorros previsionales? .....	21
2.1.4. ¿Devolver parte de los fondos previsionales era la única solución?.....	25
<b>Capítulo 3: Propuesta planteada .....</b>	<b>31</b>
3.1. Propuesta del Poder Ejecutivo.....	31
3.2. Pensión por desempleo acorde al principio de equilibrio presupuestal.....	33
<b>Conclusiones.....</b>	<b>35</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>37</b>

## **Introducción**

La Sentencia 151/2021 abarca la inconstitucionalidad de la Ley N° 31083, Ley que estableció un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N° 19990, publicada el 04 de diciembre de 2020, ya que esta permitía que los aportantes en mención puedan acceder -de forma excepcional- a la devolución de hasta una (1) Unidad Impositiva Tributaria; la devolución de la totalidad de los aportes efectuados para aquellos afiliados que a los sesenta y cinco (65) años de edad o más no lograron cumplir con los requisitos correspondientes para obtener una pensión en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP); así como el otorgamiento por parte de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) de una retribución extraordinaria equivalente a una (1) Remuneración Mínima Vital para los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional (TC) estableció, entre sus argumentos, que la Ley en mención es inconstitucional puesto que se encuentra en contra de la naturaleza del SNP, el cual se rige por un sistema de reparto, lo cual trajo como consecuencia su expulsión del sistema jurídico peruano. Si bien concuerdo con el fallo del TC, considero que la Sentencia era una oportunidad para abarcar la situación actual en la cual se encuentra el sistema previsional peruano, lo cual hubiera servido de ayuda o contribuido, como punto de referencia, para que el Poder Legislativo y/o Poder Ejecutivo puedan evaluar o proponer medidas alternativas de solución para enfrentar la contingencia impredecible del desempleo.

En ese sentido, el objetivo de la presente investigación es determinar que el retiro de los ahorros pensionarios no cumple con un fin previsional, ya que los afectados serán los afiliados cuando necesiten acceder a alguna de las prestaciones que ofrece el Sistema, así como los actuales pensionistas.

Por ello, se abarcará el concepto de Seguridad Social planteado por diversas Entidades y autores, para entender cuáles son las contingencias que debe cubrir dicho Sistema tanto en materia pensionaria como frente a la contingencia del desempleo (haciendo referencia al derecho comparado).

Así, también se analizará la intangibilidad de los fondos previsionales; y en base a las consecuencias que han traído consigo el retiro de los ahorros privados de pensiones, se podrá determinar que devolver parte de los fondos no era una solución viable, existía otra figura -que será tratada en el presente trabajo- para hacerle frente al desempleo.

Para todo lo mencionado, se consultarán diversas fuentes confiables (tanto físicas como virtuales), derecho comparado, así como la normativa recientemente publicada.



## **Capítulo 1: Sentencia N° 151/2021**

### **1.1. Justificación de la elección**

La pandemia originada por la propagación del COVID-19 ha dejado al descubierto -con mayor intensidad- diversos problemas por los cuales ya atravesaba el Perú, entre ellos, y me atrevo a decir uno de los más notorios: previsional. Además, al declararse la inmovilización social obligatoria y, en paralelo, una disminución notable respecto a la estabilidad de la economía a nivel mundial, muchos empleadores decidieron prescindir de sus trabajadores, aplicar la figura de la suspensión perfecta de labores o reducción de sueldos.

En adición a ello, existía el miedo al contagio, ya que no se conocía mucho sobre el COVID-19 -incluso hasta ahora puesto que siguen surgiendo nuevas variantes del virus- así como diversos factores de riesgo (edad avanzada y enfermedades de riesgo como bronquitis, cardíacas, entre otros); lo cual ocasionó que los asalariados se vean afectados respecto a sus ingresos económicos. No obstante, las necesidades básicas y elementales, como alimentación, vivienda y medicina, subsistían, incluso con mayor intensidad por la pandemia.

En virtud a ello, como medida extraordinaria para amortiguar en parte las necesidades en mención, surgieron los retiros de fondos previsionales, pero, solo para los afiliados al Sistema Privado, al ser un sistema de capitalización individual. Sin embargo, los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones -a pesar de la publicación de la Ley N° 31083- no pudieron hacer eficaz dicha facultad ya que es administrado por la Oficina de Normalización Previsional bajo un modelo de reparto (fondo común).

Es así como nace el interés y justificación de elección por la Sentencia 151/2021, ya que no solo abarca esta problemática de los retiros de fondos al SNP, sino su naturaleza, así como la Seguridad Social, la cual es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para garantizar la seguridad del ingreso en caso ocurra la pérdida del sostén de familia (OIT, 2001).

Es decir, dicha Sentencia -la cual es reciente- abarca un tema tan relevante y necesario en toda sociedad, pero criticado por muchos ciudadanos: sistema pensionario. Por ello, es importante

analizar el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, con el fin de llamar a la reflexión respecto al funcionamiento del actual sistema de Seguridad Social peruano.

## **1.2. Hechos relevantes sobre los cuales versa la controversia**

### 1.2.1. Antecedentes

- ✓ El 15 de marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el cual declaró el Estado de Emergencia Nacional por la propagación del COVID-19. Entre las medidas dispuestas, se estableció el aislamiento social obligatorio (cuarentena).
- ✓ El 01 de abril de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 034-2020, el cual autorizó a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) a poder realizar -por única vez- el retiro extraordinario de hasta S/ 2000 de su Cuenta Individual de Capitalización si hasta el 31 de marzo de 2020 no contaban con acreditación de aportes previsionales obligatorios por al menos seis meses consecutivos. Asimismo, a través de normas posteriores se autorizaron retiros excepcionales de los fondos de pensiones en el SPP.
- ✓ El 04 de diciembre de 2020 se publica la Ley N° 31083. Cabe mencionar que la Ley en mención permitía que los afiliados al SNP puedan realizar lo siguiente:
  - Retiro de aportes hasta por una (1) Unidad Impositiva Tributaria.
  - Devolución de la totalidad de aportes para las personas que a los sesenta y cinco (65) años o más no lograron cumplir con los requisitos para acceder a una pensión en el SNP.
  - Retribución extraordinaria a cargo de la ONP equivalente a una (1) Remuneración Mínima Vital para los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.
- ✓ El 09 de diciembre de 2020 el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31083.
- ✓ El 25 de enero de 2021 el Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

### 1.2.2. Petitorio

Tal como se mencionó, el Poder ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31083 por vulnerar los artículos 10° (Derecho a la Seguridad Social), 11° (Libre acceso

a las prestaciones de salud y pensiones), 12° (Fondos de la Seguridad Social), 43° (Estado democrático de Derecho), 77° (Presupuesto público), 78° (Proyectos de Ley de presupuesto, endeudamiento, y equilibrio financiero), 79° (Restricciones en el gasto público), 105° (Proyectos de Ley), 118° -incisos 3 y 17- (Atribuciones del Presidente de la República) y la Primera Disposición Complementaria Final de la Constitución.

### 1.2.3. Demanda

Los argumentos relevantes presentados por el Poder Ejecutivo y que se observan en la Sentencia N° 151/2021 son:

- La Ley N° 31083 contraviene el carácter intangible de los fondos para el pago de pensiones, sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes previsionales, principio de separación de funciones, principios constitucionales presupuestarios, prohibición de iniciativa de gasto por parte de los congresistas y competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública.
- Realizar la devolución de aportes resulta incompatible con el Sistema Nacional de Pensiones porque se fundamenta en la solidaridad intergeneracional.
- En el SNP no existe un fondo privado de acumulación de aportes.
- La Ley N° 31083 adolece de vicios de inconstitucionalidad formal ya que -al generar gasto público- requería de un informe favorable sobre su sostenibilidad financiera a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas. En adición a ello, señalan que, en concordancia con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, cualquier modificación al régimen pensionario debe regirse por el criterio de sostenibilidad financiera. En el caso concreto, la Ley N° 31083 genera un gasto de unos quince mil millones de soles.
- La Ley N° 31083 adolece de vicios de inconstitucionalidad material ya que va en contra de garantizar el acceso de toda persona a la Seguridad Social, derecho a una pensión, así como la intangibilidad de los fondos para el pago de pensiones.

- La devolución de aportes y pago de la retribución extraordinaria dificultaría el pago de las pensiones actuales y constituiría un empleo diferente para el que ha sido previsto, contraviniendo los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución.
- La Ley N° 31083 afecta el principio de cooperación de poderes, por lo que vulnera el artículo 43° de la Constitución. En adición a ello, según el artículo 118° -incisos 3 y 17- de la Carta Magna, es el Poder Ejecutivo el que dirige la política económica del Gobierno y administra la hacienda pública.
- La Ley N° 31083 implica un gasto público que no ha sido sustentado y no se ha podido advertir la existencia de un análisis cualitativo y cuantitativo. Además, dicho gasto no ha sido previsto en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2020, por lo que se carece de disponibilidad de recursos que permita asumir los gastos correspondientes.

#### 1.2.4. Contestación

Los argumentos relevantes presentados por el Congreso de la República y que se observan en la Sentencia N° 151/2021 son:

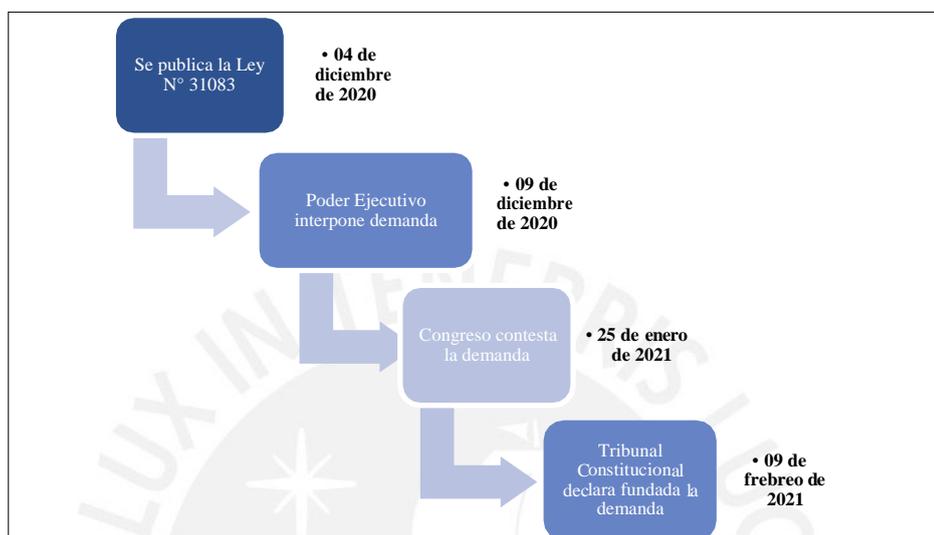
- La Ley N° 31083 no adolece de vicios de inconstitucionalidad ya que las etapas del procedimiento legislativo que le dieron origen se desarrollaron conforme a lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso.
- Respecto a la no autorización del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, del gasto que se iba a generar con la aprobación de la Ley N° 31083, el Congreso sostiene que dicho tipo de inconstitucionalidad puede subsanarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- El Decreto de Urgencia N° 137-2020 -con fecha 21 de diciembre de 2020, es decir, con fecha posterior a la publicación de la Ley materia de análisis- autorizó una transferencia de partidas en el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2020 a favor de la ONP, para financiar la retribución extraordinaria establecida en la Ley N° 31083 para los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

- La Ley N° 31083 no altera el régimen de pensiones de los actuales pensionistas y beneficiarios del SNP, puesto que continuarán percibiendo las prestaciones correspondientes.
- El derecho a la devolución de aportes efectuados por aquellos afiliados que tienen 65 años o más, pero no tienen acceso a una pensión de jubilación por no cumplir con el requisito de veinte años de aportaciones, incide directamente con el derecho fundamental a la Seguridad Social.
- El otorgamiento de la bonificación extraordinaria a los pensionistas del SNP, así como la devolución de aportes de hasta una Unidad Impositiva Tributaria para los aportantes activos e inactivos del SNP son medidas constitucionalmente legítimas porque persiguen garantizar el derecho a la vida, integridad física, libre desarrollo, bienestar y salud de ambos grupos de personas; de conformidad con el artículo 44° de la Constitución.
- La Ley N° 31083 no vulnera el principio de intangibilidad de los fondos para el pago de pensiones (artículos 10° y 12° de la Constitución) puesto que, mientras los recursos de dichos fondos se apliquen para proteger a las personas frente a contingencias, no habría afectación al mencionado principio.
- La Ley N° 31083 es económicamente menos costosa para el SNP que la propuesta alternativa planteada por el Poder Ejecutivo en el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE, sobre otorgamiento de pensiones proporcionales especiales para los afiliados que tengan 65 años de edad y no reúnan los veinte años de aportes, y bonificación extraordinaria.
- Respecto a la devolución de aportes de hasta una Unidad Impositiva Tributaria, se realizará con cargo a los propios aportes depositados por los afiliados, y así no se afecten los recursos del Tesoro Público ni el pago de las prestaciones.
- El cumplimiento del deber de promover el bienestar general es más urgente por la situación que atraviesa el país por el COVID-19.

### 1.2.5. Análisis realizado por el Tribunal Constitucional

A través del siguiente esquema se pretende esbozar la cronología relacionada a la emisión de la Sentencia:

#### Esquema N° 1 – Cronología de los hechos



Elaboración propia. Cronología de hechos.

Ahora bien, los temas principales que abarca el Tribunal Constitucional y sobre los cuales se pronuncia son:

- Análisis de inconstitucionalidad formal.- Desestima el vicio de inconstitucionalidad formal ya que no se ha contravenido el procedimiento legislativo constitucional en la expedición de la Ley N° 31083.
- Análisis de inconstitucionalidad material.-

#### **🇵🇪 Naturaleza jurídica del Sistema Nacional de Pensiones y la intangibilidad de los fondos de pensiones**

El Tribunal Constitucional señala que el Sistema Nacional tiene las siguientes características:

- Otorga una prestación económica mensual a quienes han cumplido con los requisitos exigidos legalmente, pudiendo ser por derecho propio o derivado.
- Se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional.
- Las personas que aportan más al sistema favorecen las pensiones de quienes aportaron menos en su momento.

- Los aportes no se acumulan en una cuenta de capitalización individual para el pago futuro a quienes los realizan.
- Los aportes que se recaudan no se acumulan en un fondo colectivo permanente ni en uno individual a partir del cual sea posible identificar el monto entregado por cada trabajador.
- El ahorro previsional que se realiza en el SNP es colectivo.

No obstante, la Ley N° 31083 permite un retiro de aportes hasta por una UIT, devolución de la totalidad de aportes para las personas que a los 65 años de edad o más no lograron cumplir con los requisitos para acceder a una pensión, así como la retribución extraordinaria a cargo de la ONP equivalente a una Remuneración Mínima Vital para los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

Sin embargo, la Ley no señala cuál será la fuente de financiamiento de los gastos que ordena ejecutar, pero, implicará el uso del fondo mensual transitorio, el cual se forma con los aportes de los afiliados al SNP.

Asimismo, el TC señala que la pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, pero no implica un derecho de propiedad cualquiera, ya que su titular no puede disponer libremente de este. Por lo expuesto, se vulneran los artículos 10°, 11° y 12° de la Constitución.

#### **Sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes pensionarios**

El Tribunal establece que en ningún caso puede verse afectado el pago de las pensiones. También se señala en la Sentencia que, dado el escaso ahorro previsional, se ha vuelto constante que el tesoro público subsidie el pago mensual de las pensiones del Decreto Ley N° 19990.

Por lo que se carece de una fuente de financiamiento para cubrir los quince mil millones de soles que se requieren para la ejecución de la Ley en mención, por lo que, se contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

✚ **Administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo**

Se señala que el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo concerniente a su propio presupuesto. Por lo que, la Ley N° 31083 supone una intromisión en el manejo de la hacienda pública.

En virtud a ello, el TC menciona que la Ley materia de análisis transgredió la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública, así como la prohibición a los congresistas de crear gasto público en materia ajena a su presupuesto.

✚ **Principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria**

Para salvaguardar los principios de equilibrio y estabilidad presupuestaria, el TC hace referencia a que todo Proyecto de Ley que incida en el presupuesto público, además de los requisitos de habilitación de creación o aumento de gasto que recaen en el Poder Ejecutivo, debe acreditar la disponibilidad de recursos para su ejecución.

En ese sentido, la Ley N° 31083 no cumple con los principios presupuestales de la Constitución, ya que se exige un incremento de recursos del tesoro público, afectando el principio de equilibrio presupuestal. Por ello, el régimen de devolución de aportes a la ONP implica un gasto público no previsto en el pliego presupuestal.

✚ **Decreto de Urgencia N° 137-2020**

Dispuso el pago de la bonificación extraordinaria, ascendiente a una Remuneración Mínima Vital, financiado con gastos no ejecutados del presupuesto público 2020.

Según el Tribunal, dicho Decreto es inconstitucional, en la medida que sería cargado a los aportes de los afiliados al Sistema Nacional o presupuesto público. Pero, al no tener la Sentencia N° 151/2021 efectos retroactivos, no se ordenó su devolución.

Así, mediante Sentencia N° 151/2021 el Tribunal Constitucional declaró **fundada** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley N° 31083, por lo tanto, esta última se declaró inconstitucional y fue expulsada del sistema jurídico peruano.

## Capítulo 2: Problemas Jurídicos

De todo lo abarcado en la Sentencia N° 151/2021, el presente Informe Jurídico se centrará en los retiros de fondos previsionales frente a la contingencia impredecible del desempleo que surgió como consecuencia de la pandemia.

En ese sentido, se plantea un problema jurídico principal, el cual abarcará la siguiente problemática: ¿El retiro de los fondos pensionarios cumple con un rol previsional?

Por ello, se tomarán en cuenta cuatro problemas jurídicos secundarios que contribuirán a resolver el problema principal planteado en el párrafo precedente, los cuales en su conjunto - en opinión propia- podrían ser considerados relevantes dadas sus consecuencias directas respecto al funcionamiento de la Seguridad Social en el Perú.

### **2.1. Problema principal: ¿Cumple un fin previsional el retiro de los ahorros de fondos de pensiones?**

La propagación del COVID-19 trajo consigo no solo enfermedad, también desestabilidad económica a nivel mundial, la cual afectó directamente los ingresos que perciben los trabajadores, ya que muchos perdieron su empleo o tuvieron que acceder forzosamente a la figura de la suspensión perfecta de labores.

En ese sentido, una de las soluciones que brindó el Estado peruano fue permitir los retiros extraordinarios de los fondos previsionales para los afiliados al Sistema Privado de Pensiones, con el fin de que dichos ciudadanos puedan contar con un ingreso y así cubrir las necesidades básicas o mitigar la contingencia del desempleo impredecible a raíz de la pandemia.

En virtud a ello, se aprobaron seis normas que permitieron retiros extraordinarios de los fondos de las Cuentas Individuales de Capitalización (CIC):

Tabla N° 1 – Retiros aprobados de los ahorros previsionales en Perú

Norma	Fecha de publicación	Monto permitido para el retiro
<b>Decreto de Urgencia N° 034-2020</b>	01 de abril de 2020 (ya no se encuentra vigente)	• <b>Hasta S/ 2,000 de los fondos de la CIC</b> , si hasta el 31 de marzo de 2020 el afiliado no contaba con acreditación de aportes obligatorios por al menos seis meses consecutivos.

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Si la CIC contaba con un monto menor a S/ 2,000, <b><u>la AFP tenía que poner a disposición del afiliado el íntegro de dicha cuenta.</u></b></li> </ul>
<b>Decreto de Urgencia N° 038-2020</b>	14 de abril de 2020 (ya no se encuentra vigente)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De manera excluyente al universo de personas comprendidas en el D.U. N° 034-2020, se permitió el retiro de hasta S/ 2,000 de la CIC si: i) El trabajador se encontraba bajo suspensión perfecta; ii) El afiliado no contaba con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente al devengue de febrero o marzo de 2020; y iii) La última remuneración o la suma de estas percibidas en un solo periodo era menor o igual a S/ 2,400 y si contaban con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente al devengue de febrero o marzo de 2020.</li> </ul>
<b>Ley N° 31017</b>	01 de mayo de 2020 (ya no se encuentra vigente)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hasta 25% del total de los fondos de la CIC. Máximo 3 UIT<sup>1</sup> (S/ 12,900) y mínimo 1 UIT (S/ 4,300).</li> <li>• Si el afiliado contaba con un monto igual o menor a 1 UIT, <b><u>el retiro era del 100%</u></b></li> <li>• Los afiliados beneficiados por el D.U. N° 034-2020 podían acogerse a la Ley, descontando la suma recibida y manteniendo los límites de UIT mencionados.</li> </ul>
<b>Ley N° 31068</b>	18 de noviembre de 2020 (ya no se encuentra vigente)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hasta 4 UIT (S/ 17,200) del total de los fondos acumulados en la CIC, para aquellos afiliados al SPP que hasta el 31 de octubre de 2020 no contaban con acreditación de aportes previsionales por al menos 12 meses consecutivos.</li> <li>• Hasta 1 UIT (S/ 4,300) para los afiliados que no registren aportes en el mes de octubre de 2020.</li> <li>• Hasta 4 UIT (S/ 17,200) para los afiliados que sufran enfermedades oncológicas.</li> </ul>
<b>Ley N° 31192</b>	07 de mayo de 2021 (ya no se encuentra vigente)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hasta 4 UIT<sup>2</sup> (S/ 17,600).</li> </ul>
<b>Ley N° 31478</b>	21 de mayo de 2022 (vigente hasta el 10 de setiembre 2022)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hasta 4 UIT<sup>3</sup> (S/ 18,400).</li> </ul>

Elaboración propia. Fuente: Normativa peruana publicada.

Siendo ello así, se puede observar que los afiliados al Sistema Privado pudieron -e incluso aún pueden ya que la última norma se encuentra vigente hasta setiembre del presente- retirar montos de sus ahorros previsionales; o, en caso corresponda, la totalidad de estos.

Bajo dicho contexto, a través de la Ley N° 31083 se buscó permitir que los afiliados al SNP también puedan acceder al retiro excepcional de una parte -o la totalidad de aportes, según corresponda- de los fondos pensionarios, no obstante, este Sistema se rige por un sistema de reparto, es decir, a diferencia del Sistema Privado, no existe una titularidad respecto a los fondos aportados.

<sup>1</sup> UIT que durante el año 2020 tuvo el valor de S/ 4,300; según D.S. N° 380-2019-EF.

<sup>2</sup> UIT que durante el año 2021 tuvo el valor de S/ 4,400; según D.S. N° 392-2020-EF.

<sup>3</sup> UIT que durante el año 2022 tiene el valor de S/ 4,600; según D.S. N° 398-2021-EF

Es así que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 151/2021 -tal como ya se mencionó anteriormente- declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 31083 haciendo referencia, entre sus argumentos, a la naturaleza jurídica del Sistema Nacional, intangibilidad de los fondos pensionarios, sostenibilidad financiera, así como la estabilidad presupuestaria.

No obstante, el Tribunal no realizó un análisis o emitió un pronunciamiento respecto a si los retiros de ahorros pensionarios podrían cumplir o no con un fin previsional, es decir, si disponer excepcionalmente de los fondos era una medida válida desde el punto de vista previsional para los ciudadanos, considerando que muchos se enfrentaban a la contingencia del desempleo impredecible. Tal como se mencionó anteriormente, la Sentencia hubiera sido una oportunidad para tocar estos temas, lo cual hubiera servido de ayuda o punto de referencia al Poder Ejecutivo y/o Poder Legislativo para pensar en posibles soluciones.

Ahora bien, para responder la pregunta planteada, se recurrirán a cuatro problemas jurídicos secundarios. En primer lugar, se abarcará el concepto de Seguridad Social, con la finalidad de poder entender qué es lo que protege; posteriormente, las contingencias por las cuales el sistema debe velar, haciendo referencia al derecho comparado para conocer la respuesta que brindaron otros países ante la contingencia impredecible del desempleo.

Seguidamente, se analizará la intangibilidad de los ahorros previsionales para entender cuál es su finalidad y, como consecuencia, concluir que devolver parte de los fondos pensionarios no era una solución a la contingencia del desempleo, considerando pronunciamientos nacionales e internacionales.

### **2.1.1. ¿Cuál es el fin de la Seguridad Social?**

El concepto de Seguridad Social, según la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Filadelfia en 1944, es el siguiente:

*“La Seguridad Social engloba el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hayan expuestos (...)”.*

La Organización Internacional del Trabajo (2001) establece lo siguiente:

*“La Seguridad Social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso,*

*en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”.*

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo<sup>4</sup> señala:

*“La Seguridad Social es muy importante, pues con ella, se procura protección frente a las contingencias o sucesos que nos puedan ocurrir durante el transcurso de nuestras vidas como: enfermedad, muerte, accidente, vejez, maternidad, desempleo (...).”*

En adición a ello, César Abanto (2015) define a la Seguridad Social como:

*“Mecanismo de protección del individuo que deberá aplicarse cuando se presenten -durante el desarrollo de su vida- determinadas situaciones que afecten -de forma transitoria o permanente- su capacidad para trabajar, impidiendo que pueda asumir el pago de sus necesidades básicas y las de sus dependientes”.*

De los conceptos mencionados, se puede determinar que la Seguridad Social brinda protección a todos los ciudadanos que quedan expuestos ante alguna contingencia, es decir, ante alguna situación que es impredecible, y, por lo tanto, no la pueden afrontar a través de sus propios medios económicos.

Hasta este punto, algunos podrían entender que los retiros de los fondos privados cumplen con la definición de Seguridad Social, puesto que la pandemia trajo consigo como consecuencia el desempleo masivo imprevisible -ya que según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021) la tasa de desempleo en Perú al 2020 registró la cifra de 7,4%, es decir, alrededor de 7 de cada 10 personas estuvieron buscando activamente empleo sin encontrarlo- el cual calzaría como una contingencia inesperada y, en ese sentido, los ahorros previsionales sirvieron para enfrentar dicha situación, considerando así algunos que hubiera sido válida la ejecución de la Ley N° 31083, es decir permitir el retiro de los fondos de pensiones administrados por la ONP. Sin embargo, **esta conclusión podría ser errónea**, ya que se deben considerar cuáles son las contingencias que cubre la Seguridad Social por Ley con los ahorros pensionarios, lo cual será inmediatamente tratado.

---

<sup>4</sup> Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Dirección de Seguridad Social. Consulta realizada el 12 de mayo de 2022 en: <https://www2.trabajo.gob.pe/direccion-de-seguridad-social-dgt/>

### **2.1.2. ¿Cuáles son las contingencias que cubre la Seguridad Social en pensiones?**

Tal como se mencionó, la Seguridad Social tiene como fin respaldar a la ciudadanía ante las contingencias o riesgos sociales, por lo que esta es elemental, necesaria y fundamental en cada país, puesto que sin ella las personas quedarían desprotegidas, por ello, es deber del Estado garantizar su funcionamiento.

No obstante, la Seguridad Social en pensiones, ¿debe cubrir cualquier tipo de contingencia impredecible o solo las reguladas en la normativa (jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio)? Considerando que los fondos son intangibles y deben velar por el acceso a una prestación que ofrece el sistema. Para responder la interrogante, primero se debe establecer qué se entiende por riesgo social y contingencias sociales.

Por un lado, Jean Jacques Dupeyroux<sup>5</sup>, define por sus efectos el “riesgo social”:

*“Todos los hechos considerados riesgos sociales tienen una incidencia común sobre la situación económica de los individuos, ya susciten una disminución de sus ingresos o una elevación de sus gastos. Afectan los ingresos, los riesgos físicos que reducen la capacidad de trabajo, como la enfermedad, la vejez y la invalidez, y los riesgos económicos que, sin alterar la fuerza de trabajo, obstaculizan su ejercicio, como el desempleo.”.*

En adición a ello, Julio Martínez (1988) en cuanto a las “contingencias sociales”:

*“(…) eventos que normalmente provocan una necesidad económica, que se traduce en la disminución o pérdida de los ingresos habituales o crean gastos adicionales o suplementarios. La finalidad será procurar una cobertura a su respecto (…)”*

También, Humberto Podetti (1997) señala sobre las “contingencias sociales”:

*“Configurada una contingencia social, que da lugar al amparo de la seguridad social, cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o unos y otros, resultan desfavorablemente afectados, en perjuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento en el consumo o de disminución o supresión de los ingresos.”*

En ese sentido, todos los seres humanos se encuentran expuestos a situaciones imprevisibles que, en algún momento de su vida, causarán no solo gastos económicos, también expondrán su

---

<sup>5</sup> En Ruezga Barba, A (2009). *Seguridad Social. Una visión latinoamericana*. México: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS).

salud, lo cual no les permitirá poder seguir percibiendo un ingreso económico que les permita seguir solventando las necesidades básicas; además, no todas las personas contarán con los recursos necesarios para costear dichos imprevistos.

En virtud a ello, se puede concluir que el fin de los ahorros previsionales es salvaguardar a los ciudadanos ante las contingencias que estos puedan enfrentar y que les generan un deterioro en su salud o en sus ingresos económicos.

Ahora bien, Humberto Podetti (1997) también hace referencia a una clasificación de las contingencias sociales, relacionándolas con la cobertura que ofrece la Seguridad Social:

Tabla N° 2 – Clasificaciones de las contingencias sociales

<b>Según los efectos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Físicos de origen profesional</u>: Accidentes de trabajo y enfermedad profesional.</li> <li>• <u>Físicos de origen no profesional</u>: Vejez, invalidez, enfermedad, maternidad y sobrevivencia.</li> <li>• <u>Económicos</u>: Desempleo.</li> </ul>
<b>Según las prestaciones</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Eventos tutelados con prestaciones económicas</u>: Vejez, muerte, invalidez, desempleo, suspensión o reducción de trabajo.</li> <li>• <u>Eventos tutelados con prestaciones mixtas (sanitarias y económicas)</u>: Accidentes y enfermedades.</li> </ul>
<b>Según el origen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Contingencias de origen patológico</u>: Enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.</li> <li>• <u>Contingencias de origen biológico</u>: Vejez, muerte y maternidad.</li> <li>• <u>Contingencias de origen económico-social</u>: Desempleo forzoso y cargas familiares excesivas.</li> </ul>

Elaboración propia. Fuente: Humberto Podetti en Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1997).

Siendo ello así, se puede observar que una de las contingencias a las cuales se hace referencia es al desempleo. No obstante, tomando en cuenta el contexto ocasionado por la pandemia, ¿el retiro excepcional de los fondos previsionales es la figura que se debe emplear cuando ocurra una contingencia de desempleo que no se pueda predecir?

Sobre el particular, la Organización Internacional del Trabajo (1976), respecto a la Seguridad Social y el desempleo, hace referencia a las siguientes modalidades:

- Seguros obligatorios contra el desempleo: Pueden funcionar independientemente o coordinados en sistemas de seguros sociales más amplios.
- Seguros voluntarios contra el desempleo: El término “voluntario” solo vale para el sistema en sí, no para la libertad de opción del trabajador.

- Sistemas de asistencia social: Programas de subsidios de desempleo a cargo del Estado.

Es decir, existen figuras que cubren la contingencia del desempleo impredecible, las cuales no emplean los ahorros previsionales, ya que estos tienen como finalidad cubrir las prestaciones que ofrece la Seguridad Social respecto a jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Cabe mencionar que en Perú actualmente no existe una prestación en sí que proteja a las personas contra el desempleo forzoso y transitorio. Si bien en el Sistema Privado existe el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados, este régimen solo aplicará cuando el afiliado tenga mínimo 50 años y se encuentre desempleado por 12 meses consecutivos o más, además su finalidad no es buscar que la persona se reinserte al mercado laboral puesto que es una “modalidad de jubilación” en la cual se le devuelve el 95.5% de sus ahorros previsionales al afiliado y será este el encargado de administrarlo, lo cual -opinión propia- resulta perjudicial.

Bajo dicho contexto, se abarcará brevemente el derecho comparado respecto a la contingencia del desempleo con el fin de corroborar si la Seguridad Social en otros países devolvió los ahorros previsionales para hacerle frente a la contingencia mencionada o si emplearon otra figura.

#### 2.1.2.1. Seguridad Social: Seguro de desempleo a nivel internacional

##### Argentina

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) ofrece el seguro de desempleo cuando la persona se enfrenta a la contingencia de la pérdida laboral o cuando ha concluido su contrato de trabajo. En ese sentido, puede recibir un pago mensual, cobertura médica, asignaciones familiares, entre otros.

Para ello, el ciudadano debe estar inscrito en el Sistema Único de Registro Laboral o en el Instituto Nacional de Previsión Social, así como haber aportado al Fondo Nacional de Empleo por seis meses durante los tres años anteriores a la finalización de la relación laboral.

Asimismo, se podrá cobrar esta prestación en concordancia con los periodos aportados:

Tabla N° 3 – Tiempo de percepción del seguro de desempleo

Meses de aportación	Meses de percepción del seguro de desempleo
6 a 11 meses	2 meses
12 a 23 meses	4 meses
24 a 35 meses	8 meses
36 o más meses de aportes	12 meses

Elaboración propia. Fuente: ANSES.

Tal como se puede observar, los trabajadores realizan aportaciones en este seguro -aparte de las cotizaciones previsionales- para acceder a este beneficio en caso corresponda. En ese sentido, Argentina cuenta con un mecanismo de protección contra la contingencia del desempleo.

#### Colombia

El Mecanismo de Protección al Cesante (MPC) ayuda a aquellas personas que han perdido su trabajo a mitigar los efectos económicos de dicha pérdida, permitiéndoles mantener, entre otros, el ahorro a pensiones, acceso a salud, así como el fomento de la formalización de empleo.

En virtud a ello, podrán acceder al MPC los asalariados que hayan realizado aportaciones a las Cajas de Compensación Familiar por mínimo un año -ya sea de forma continua o no- dentro de los últimos tres años anteriores a la contingencia del desempleo; es decir, no se emplean los fondos pensionarios. Así, Colombia cuenta también con un mecanismo de protección contra la contingencia mencionada.

#### España

El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social de España. Así, el SEPE protege a aquellos ciudadanos que se encuentran frente a la contingencia de desempleo, ya sea porque hayan perdido su condición de trabajador de forma temporal o definitiva, o en caso su jornada laboral sea reducida al menos en una tercera parte con la correspondiente pérdida o reducción de sueldo.

Cabe mencionar que el tiempo de otorgamiento de esta prestación se encuentra acorde al periodo que el trabajador haya cotizado en los últimos seis años anteriores a la contingencia

del desempleo. Bajo dicho contexto, la duración de la prestación en mención podrá ser la siguiente:

Tabla N° 4 – Prestación por desempleo en el tiempo

<b>Periodo de cotización (en días)</b>	<b>Periodo de prestación (en días)</b>
Desde 360 hasta 539	120
Desde 540 hasta 719	180
Desde 720 hasta 899	240
Desde 900 hasta 1079	300
Desde 1080 hasta 1259	360
Desde 1260 hasta 1619	420
Desde 1440 hasta 1619	480
Desde 1620 hasta 1799	540
Desde 1800 hasta 1979	600
Desde 1980 hasta 2159	660
Desde 2160 días	720

Elaboración Propia. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones Español.

En ese sentido, se podrá cobrar por mínimo cuatro meses (120 días) y máximo por dos años (720 días), lo cual dependerá -como ya se mencionó- de las aportaciones que haya realizado el asalariado durante los últimos seis años anteriores a la contingencia. En ese sentido, España cuenta con un mecanismo de protección ante la contingencia de desempleo.

#### Suecia

Para poder acceder al seguro de desempleo, el ciudadano debe estar registrado en el Servicio Público de Empleo (*Arbetsförmedlingen Swedish Public Employment Service*) y encontrarse disponible para laborar en cualquier momento, es decir, tener la intención de trabajar y no encontrarse en una situación de enfermedad.

Para ello, el ciudadano debe cumplir con una de las siguientes condiciones: i) Haber trabajado durante al menos 6 meses con al menos 60 horas por mes calendario durante el último año; o ii) Haber trabajado al menos 420 horas durante 6 meses consecutivos, con al menos 40 horas en cada uno de los 6 meses durante el último año.

Tal como se puede observar, algunos países latinoamericanos y europeos cuentan con la figura del seguro de desempleo para proteger a sus ciudadanos ante dicha contingencia, es decir, no emplean los ahorros previsionales para ese fin.

#### 2.1.2.2. Perú y la contingencia del desempleo

Perú ratificó el 04 de abril de 1962 el Convenio N° 44 de la OIT, Convenio sobre el desempleo, el cual establece el derecho a recibir una indemnización o subsidio si el solicitante: a) Es apto para el trabajo y está disponible para este; b) Está inscrito en una oficina pública de colocación o en otra oficina aprobada por la autoridad competente, y, a reserva de las excepciones y condiciones que pueda establecer la legislación nacional, frecuentar dicha oficina; y c) Cumplir las condiciones que pueda determinar la legislación nacional con el fin de determinar si se reúnen las condiciones requeridas para la concesión de la indemnización o subsidio (artículo 4).

En adición a ello, establece que se puede suspender el derecho a la indemnización o subsidio, durante un periodo adecuado, al solicitante que: a) Haya perdido su trabajo por una suspensión causada por un conflicto laboral; b) Perdió el empleo por su propia culpa o lo haya abandonado sin motivo justificado; c) Haya tratado de obtener fraudulentamente la indemnización o subsidio; o d) No se ajuste a las instrucciones de una oficina pública de colocación o de cualquier otra autoridad competente al solicitar empleo (artículo 10).

A pesar de lo establecido por el Convenio N° 44 OIT, el cual -se reitera- se encuentra suscrito por el Perú, lamentablemente no se cuenta con una normativa nacional que pueda dar cumplimiento al instrumento internacional en mención. Incluso, la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2011) lamentó que Perú no haya establecido un sistema de seguro de desempleo, a pesar de haberse comprometido al haber ratificado el Convenio en mención.

Por otro lado, la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece en su artículo 11° lo siguiente:

*“Artículo 11.- Derecho especial de cobertura por desempleo.*

*En caso de desempleo y de suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud (...).”*

Sin embargo, abarca prestaciones preventivas y promocionales (artículo 11° del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-97-SA) como educación para la salud, evaluación y control de riesgos e inmunizaciones; así como prestaciones de recuperación (artículo 12° del Reglamento) como atención médica, medicinas, entre otros. Es decir, no se otorga una prestación económica como tal para enfrentar el desempleo.

En virtud a lo expuesto, del derecho comparado, se puede determinar que otros países cuentan con una figura para enfrentar la contingencia de la pérdida del trabajo, no afectando así los ahorros previsionales. En concordancia con ello, el Perú ha suscrito el Convenio N° 44 de la OIT, empero no se le brinda el cumplimiento correspondiente al no existir las normas nacionales necesarias para su realización.

En ese sentido, se puede concluir que los ahorros previsionales no tienen como finalidad cubrir cualquier tipo de contingencia, entre ellas, la pérdida momentánea del trabajo, puesto que existe en Seguridad Social la figura (seguro de desempleo) que se encarga de dicha labor, considerando que la devolución de los fondos previsionales es perjudicial para el ciudadano puesto que, al tener menos aportes, se verá afectado su derecho de acceso a una prestación.

Por lo que, al no tener como una contingencia protegida el desempleo, se podría considerar que el Estado peruano no salvaguarda a sus ciudadanos frente a dicho riesgo y, por ende, como solución -sin analizar sus posibles efectos nocivos- dispuso los retiros extraordinarios en el SPP y se intentó permitir el retiro de fondos de la ONP, cuando dichos ahorros previsionales no deberían de cubrir la contingencia mencionada.

### **2.1.3. ¿Son intangibles los ahorros previsionales?**

Antes de tratar la intangibilidad de los ahorros pensionarios como tal, se abarcará brevemente en conjunto algunos principios de la Seguridad Social, los cuales son esenciales ya que le brindan autonomía propia y ayudan a identificar un sistema previsional como tal. Así, de forma concreta, se pueden encontrar:

- Universalidad

Este principio tiene doble acepción, y se les define como:

*La acepción subjetiva, la cual se refiere a que todas las personas deben estar protegidas por la Seguridad Social, mientras que la objetiva indica que todas las contingencias o riesgos que se presenten a lo largo de la vida deben estar cubiertas por la Seguridad Social (González y Paitán, 2017).*

Es decir, este principio establece que todas las personas, sin distinción alguna, tienen derecho a encontrarse protegidas por la Seguridad Social.

- Suficiencia

Como establece Anuar Francés (1980), las prestaciones deben alcanzar niveles básicos de dignidad, oportunidad y eficiencia. Es decir, los montos otorgados deben permitir que la persona pueda afrontar la contingencia de forma digna y/o puedan ayudarlos a enfrentar un estado de necesidad.

- Integralidad

Tal como señalan los autores González y Paitán (2017), este principio indica que las prestaciones de salud o económicas deben ser eficientes, oportunas y completas o suficientes.

- Solidaridad

Este principio -sin desmerecer o restarles valor a los otros- considero es uno de los principales, ya que evidencia el apoyo que brindan los actuales trabajadores al realizar aportes a un fondo común para sostener las prestaciones de los jubilados. Es decir, muestra la unión que debe existir en una nación.

Ermida Uriarte (1993) señala que este principio se refiere a la financiación de la Seguridad Social, postulando que toda la población contribuya al sostenimiento del sistema con prescindencia de la calidad de acreedor o no de la prestación.

Mientras que Plá Rodríguez (1957) establece que este principio tiene dos conceptos: i) Solidaridad general (todos los miembros de una sociedad suministran los medios necesarios con independencia del interés particular en la obtención de una prestación) y ii) Solidaridad entre generaciones (cada generación activa proveería a la tutela de las generaciones pasivas).

En ese sentido, este principio niega el individualismo y abarca a toda la población de una nación sin hacer distinciones económicas entre ellos con la finalidad de que se ayuden mutuamente, considerando que todos los ciudadanos en algún momento tendrán que acceder a una de las prestaciones previsionales que ofrece la Seguridad Social.

- Intangibilidad

El artículo 12° de la Constitución Política del Perú establece que los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles, ya que su finalidad es que sean empleados para alguna de las prestaciones que ofrece el sistema. Es decir, la Carta Fundamental hace referencia a la intangibilidad de la cual gozan los ahorros previsionales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0001-2013-PI hace referencia a la intangibilidad de los fondos de pensiones, estableciendo:

**“La intangibilidad de los fondos previsionales se entiende como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión (...) Su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, (...) además de estar blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.”**

En adición a ello, la Defensoría del Pueblo (2021) se ha pronunciado al respecto:

**“(...) la finalidad del principio o garantía de intangibilidad de los fondos de la seguridad social es garantizar la estabilidad o sostenibilidad del derecho a la seguridad social y su principio elemental de solidaridad (...)”.**

**“(...) En otras palabras, la garantía de la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social también tiene por fin evitar que el Poder Legislativo incurra en actos de disposición de fondos de la seguridad social para fines ajenos a su naturaleza, en especial cuando tales actos contravienen las normas mínimas o principios constitucionales financieros y de gestión de la seguridad social, mermando la estabilidad y sostenibilidad del derecho y las instituciones de la seguridad social.”**

En ese sentido, este principio establece que los fondos previsionales tienen como único fin emplearse para el derecho a una prestación, es decir, no se deben utilizar para un

objetivo diferente puesto que buscan garantizar el pago a futuro de dicha prestación (jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio) para el afiliado y/o beneficiarios.

Ahora bien, el SNP se rige por un sistema de reparto; es decir, una vez que los afiliados han realizado aportes, estos pasan a formar parte de un fondo común, el cual sostendrá las prestaciones de los jubilados.

En ese sentido, tal como señala Gonzáles y Antola (2015), el artículo 12° de la Constitución otorga la condición de intangible a los fondos de la Seguridad Social porque implica la imposibilidad de utilización para fines distintos a los estrictamente previsionales.

Siendo ello así, tanto la Ley N° 31083 como el retiro de los fondos vulneran la intangibilidad de los ahorros previsionales y su finalidad, más aún, considerando que el Sistema Nacional de Pensiones se rige bajo un sistema de reparto.

Según lo expuesto, se puede entender que la Seguridad Social -a través de las prestaciones que ofrece- permite que las personas puedan tener un sustento que los ayude enfrentar las contingencias que se presenten y que, por ende, los dejan desprotegidos.

Por ello, los ciudadanos realizan aportaciones, ya sean obligatorias o voluntarias a la Seguridad Social para que en un futuro puedan acceder a, por ejemplo, -entre las prestaciones que ofrece el sistema- una pensión de jubilación y así encontrarse protegidos mediante un sustento mensual que los ayude a tener un estilo de vida digno y/o enfrentar un estado de necesidad.

En ese sentido, dicha protección que otorga la Seguridad Social también podrá emplearse cuando el titular del derecho y/o sus beneficiarios atraviesen por alguna situación que les genere un tipo de daño, por ejemplo, enfermedad o invalidez. Es así que se puede afirmar que la Seguridad Social tiene como finalidad salvaguardar por la vida de las personas ante situaciones imprevisibles.

Por ende, se puede concluir que los ahorros previsionales son intangibles ya que dicha intangibilidad es la que protege la sostenibilidad del sistema y, en adición a ello, que sean empleados para cubrir algunas de las contingencias que ofrece el sistema pensionario.

#### **2.1.4. ¿Devolver parte de los fondos previsionales era la única solución?**

Tal como se pudo mencionar en párrafos precedentes, existen países que enfrentan la contingencia del desempleo con la figura del seguro de desempleo. No obstante, por la pandemia, algunos países adoptaron medidas adicionales en beneficio de los ciudadanos, considerando el panorama impredecible.

Así, se puede observar el aumento en los montos de las prestaciones por desempleo para enfrentar la contingencia de la pérdida del trabajo, uno de estos países fue, por ejemplo, Argentina<sup>6</sup>, país que también prorrogó los vencimientos de las prestaciones por desempleo para aquellos que aún no se hayan reinsertado en el mercado laboral.

En ese sentido, Mario Velásquez Pinto, consultor de la Unidad de Estudios del Empleo, División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)<sup>7</sup>, señala que algunas medidas que se llevaron a cabo durante la pandemia respecto al seguro de desempleo fueron:

Tabla N° 5 – Ampliación de las prestaciones por desempleo en el año 2020

<b>País</b>	<b>Medida adoptada</b>
Alemania	Prórroga de la prestación por desempleo en 3 meses para todos los beneficiarios cuyos derechos finalicen entre mayo y diciembre de 2020.
Colombia	Subsidio de emergencia del Mecanismo de Protección al Cesante. Pago extraordinario de 2 salarios mínimos para aquellos que perdieron el empleo y que habían contribuido durante 1 de los últimos 5 años. Pago extraordinario por mes durante 3 meses para quienes perdieron su empleo y que no hayan recibido ningún beneficio durante los últimos 3 años.
España	Se suspendió el periodo mínimo de cotización y permitió el acceso a la prestación por desempleo para aquellos que perdieron el empleo durante el periodo de prueba y para los que renunciaron a sus puestos laborales para asumir nuevas ofertas pero que lamentablemente fracasaron.

<sup>6</sup> Medida adoptada a través de la Resolución 260/2020 del 27 de marzo de 2020.

<sup>7</sup> En “*La protección ante el desempleo. Medidas aplicadas durante la crisis del COVID-19*”. 2021.

Suecia	Duplicación del período de referencia para evaluar la situación laboral a 48 meses. Prórroga del beneficio por 120 días.
--------	---

Elaboración propia. Fuente: CEPAL.

Tal como se puede observar, se pudo enfrentar la contingencia de la pérdida temporal e impredecible del trabajo durante la pandemia sin acceder necesariamente a los ahorros previsionales, ya que la devolución de estos trae consigo consecuencias negativas respecto al acceso de las prestaciones que brinda la Seguridad Social. No obstante, no contamos con ese mecanismo implementado.

Así, en Perú se permitieron los retiros extraordinarios de los fondos de pensiones en el SPP y, a través de la Ley N° 31083 se intentó realizar lo mismo con los fondos administrados por la ONP, a pesar de vulnerar los principios de solidaridad e intangibilidad ya abarcados en párrafos precedentes.

Ahora bien, considerando que en el SPP se permitieron los retiros, se abarcarán brevemente las consecuencias que estos trajeron. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP a través del Oficio 19059-2022-SBS -dirigido al Ministro de Economía y Finanzas- se pronunció antes de que se publique la Ley N° 31478 (última ley publicada el 21 de mayo de 2022) que faculta el retiro de hasta 4 UIT (S/ 18,400), para manifestar lo perjudicial que es un retiro de los ahorros previsionales tomando en cuenta los ya realizados:

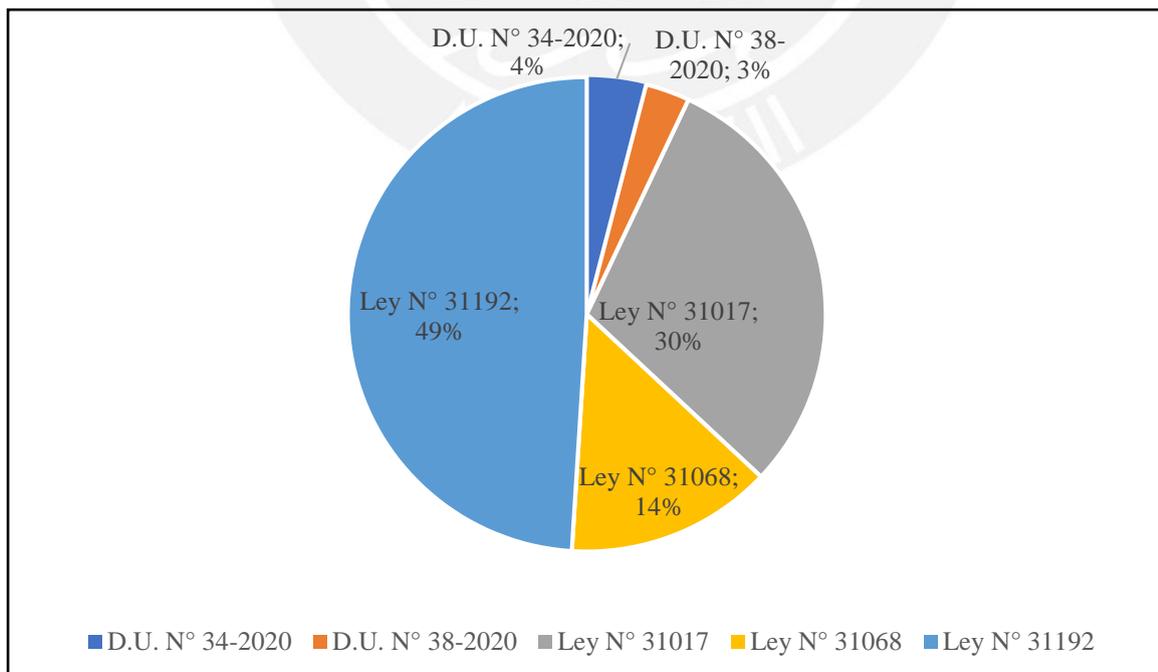
- Los retiros generaron la disminución del ahorro jubilatorio de los afiliados y, en consecuencia, las pensiones futuras, desvirtuando el objetivo del sistema.
- La Ley N° 31192 (antepenúltima Ley publicada) que permitió retirar hasta 4 UIT fue la que ocasionó el mayor retiro de los fondos, considerando que estuvo dirigida a todos los afiliados del SPP, lo cual deterioró más el objetivo principal de un sistema de pensiones: brindar protección para la etapa de la vejez.
- El mayor porcentaje de afiliados con retiros se encuentra en el rango de 31 a 40 años, acortando el ciclo laboral de ahorro jubilatorio. Así, en lugar de contar con 40 años de horizonte de ahorro, se ha reducido a la mitad.
- La Ley N° 31192 favoreció a quienes estaban trabajando regularmente, siendo que el 66% del fondo total fue retirado por este grupo.
- No se debe permitir el acceso a los fondos previsionales para atender necesidades distintas al de la protección del afiliado frente al riesgo de longevidad.

- El 27.8% de los afiliados que solicitaron los retiros extraordinarios permitidos entre el 2020 y el 2021 ya accedieron a todo su fondo de pensiones, es decir, ya no cuentan con un ahorro previsional.
- Los retiros generan una mayor carga financiera a la sociedad, debido a que tendrá que ser esta la que provea los recursos para financiar la protección de aquellos afiliados que decidieron retirar sus fondos y quedaron desprotegidos al momento de su jubilación.

También, se pudo evidenciar la falta de cultura previsional en el Perú ya que, según el Instituto Peruano de Economía (2022), los retiros extraordinarios habrían beneficiado principalmente a los hogares que registran mayores niveles de ingresos puesto que son los que manifiestan mayores niveles de acceso a empleos formales y, por tanto, a las redes de protección social.

En concordancia con ello, según la Superintendencia, al cierre del año 2021, casi un 70% de cotizantes activos accedieron a los retiros en mención (equivalente a un aproximado de S/ 65.9 millones) e, incluso, tal como se puede observar en el Gráfico N° 1 que se encuentra líneas abajo, la penúltima norma publicada (Ley N° 31192) fue la que representó mayores egresos de los ahorros previsionales a pesar de que no se focalizó en aquellos afiliados que atravesaban una situación económica difícil ya sea, por ejemplo, haber perdido el vínculo laboral.

Gráfico N° 1 – Porcentajes de retiros de los ahorros previsionales (2020-2021)



Elaboración propia. Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Se puede observar que la norma en sí (Ley N° 31192) ni siquiera se centra en permitir los retiros extraordinarios solo para las personas que se encuentran enfrentando la contingencia del desempleo, ya que accedieron ciudadanos que tienen empleo, ocasionando que se retiren más de la mitad de los fondos administrados por el SPP.

En adición a ello, hay afiliados que ya no cuentan con un ahorro previsional porque ya retiraron la totalidad de estos, es decir, no tienen los medios para acceder a una prestación que ofrece la Seguridad Social y, en todo caso, quien tendrá que apoyar a la persona que se encuentre desprotegida será su familia o el Estado, generando así un costo adicional.

No obstante, se ha publicado la Ley N° 31478, la cual traerá consigo consecuencias negativas similares -o incluso, peores- a las expuestas por la Superintendencia, considerando que podrán acceder a sus ahorros previsionales las personas que cuentan con un empleo. Sin embargo, considero que el Tribunal Constitucional en la Sentencia no aprovechó la oportunidad para profundizar la figura de los retiros en el SNP, lo cual hubiera servido de base para que el Ejecutivo y/o Legislativo puedan evaluar propuestas de solución.

Bajo dicho contexto, la devolución de los fondos previsionales no era una solución viable, se pudo haber evaluado como solución el otorgamiento de una prestación excepcional en tanto dure la contingencia del desempleo y, una vez que la persona se reinserta al mercado laboral, continuaba aportando.

Esta prestación excepcional se hubiera financiado con parte de los ahorros previsionales, lo cual hubiera resultado menos dañino ya que las personas seguirían contando con ahorros pensionarios. Si bien en el Sistema Nacional -a diferencia del SPP- los afiliados no tienen un fondo propio, sí existen requisitos para acceder a la prestación de jubilación, como lo son la edad y los años de aportación.

Entonces, posiblemente el retiro de aportes pueda afectar a que se reduzcan sus años de aportación ya realizados, y con ello se demore mucho más en obtener la prestación de jubilación.

Así, la Ley N° 26504 establece en su Segunda Disposición Transitoria que las aportaciones al Sistema Nacional a que se refiere el Decreto Ley N° 19990 no serán menores al 13% de la remuneración asegurable.

En ese sentido, considerando que la Ley N° 31083 se publicó en diciembre de 2020, se tomará como referencia la Remuneración Mínima Vital correspondiente al año 2020 y 2021, la cual fue de S/ 930, para realizar un cálculo respecto al fondo que se hubiera podido retirar en relación con la cantidad de aportaciones ya que -como se mencionó- en el SNP no existe una Cuenta Individual de Capitalización.

Siendo ello así, la Ley N° 31083 -en cuanto a retiros- propuso:

- Los aportantes activos e inactivos puedan retirar hasta 1 UIT (la cual tuvo un valor de S/ 4,400 durante el año 2021). Entonces:

**Tabla N° 6 – Aportes realizados al SNP en base a la RMV**

Remuneración Mínima Vital (RMV) durante el año 2021	Aportación al SNP (13% de la RMV) por mes	Cantidad de aportes realizados al año en base a la RMV (12 aportes)
S/ 930	S/ 120.90	S/ 1,450.80

Ahora bien, en base a la Remuneración Mínima Vital mencionada, por año un afiliado al SNP aportaría:

**Tabla N° 7 – Cantidad de aportes realizados al año al SNP en base a la RMV**

Remuneración Mínima Vital (RMV) durante el año 2021	Cantidad de aportes realizados al año en base a la RMV (12 aportes)	Cantidad de aportes realizados en dos años en base a la RMV (24 aportes)	Cantidad de aportes realizados en tres años en base a la RMV (36 aportes)	1 UIT al año 2021
S/ 930	S/ 1,450.80	S/ 2,901.60	S/ 4,352.40	S/ 4,400

Es decir, de haberse aprobado el retiro de hasta 1 UIT en el Sistema Nacional de Pensiones, el afiliado hubiera perdido hasta 36 aportaciones (3 años), lo cual lo habría perjudicado respecto al requisito (20 años de aportes) para acceder a una prestación de jubilación.

- Los afiliados que a los 65 años o más no hayan logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión, según la Ley N° 31083, podían retirar la totalidad de los aportes efectuados en el SNP. Esta medida hubiera resultado dañina, ya que las personas -al no contar con aportes- no habrían podido acceder a una prestación. Asimismo, se hubiera vulnerado el principio de intangibilidad y solidaridad, ambos tratados anteriormente.

Y, tal como se pudo desarrollar en el presente trabajo, la contingencia del desempleo debe de ser cubierta por la Seguridad Social, no obstante, mediante la figura del seguro de desempleo, es decir, sin utilizar los ahorros previsionales, pero, considerando que en Perú aún no contamos con dicha figura y la contingencia en mención fue impredecible, considero viable el otorgamiento de una prestación excepcional y transitoria puesto que la persona volverá a laborar, es decir, continuará aportando, y no perdería la totalidad de aportes, pudiendo así acceder a una prestación en un futuro.

No obstante, y tomando como ejemplo las figuras de seguro de desempleo desarrolladas en otros países ya mencionadas, el ciudadano se debe encontrar en la constante búsqueda de empleo y, para ello, se necesitaría la supervisión del Estado, así como su apoyo brindando -en tanto su capacidad económica lo permita- el ofrecimiento de puestos de trabajo.

Siendo ello así, respecto al problema jurídico principal planteado: ¿Cumple un fin previsional el retiro de los ahorros de fondos de pensiones?, la respuesta sería negativa por todo lo antes expuesto.

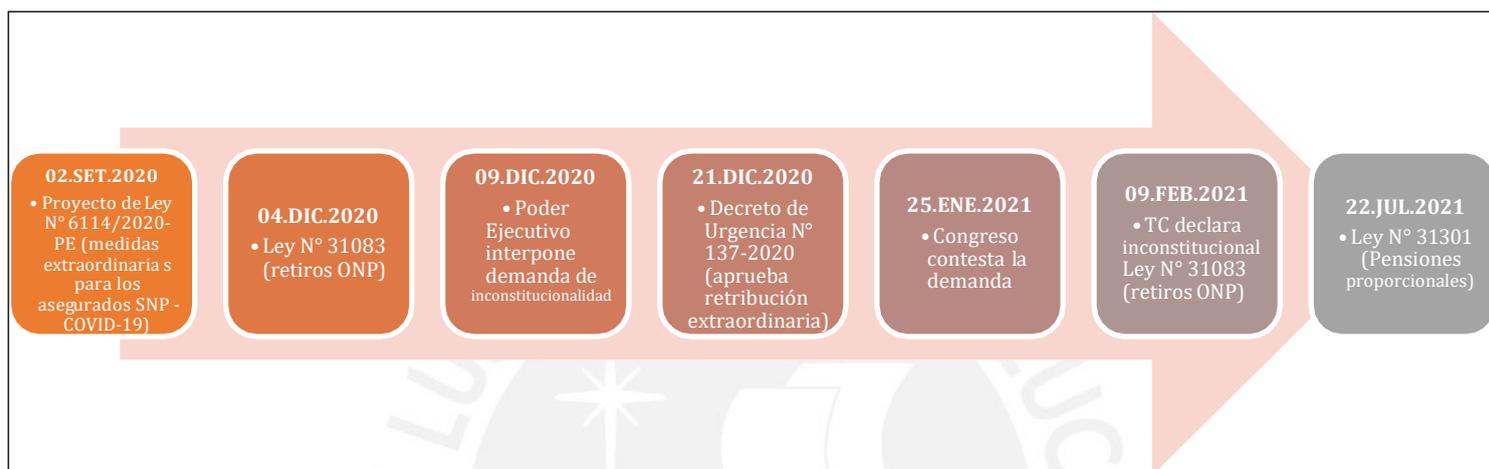
En ese sentido, una propuesta ideal para enfrentar la contingencia del desempleo en un contexto imprevisible como el de la pandemia -y considerando que en Perú no se cuenta con esta figura implementada- sería la del otorgamiento de una prestación transitoria, medida que será abarcada en el siguiente capítulo.

### Capítulo 3: Propuesta planteada

#### 3.1. Propuesta del Poder Ejecutivo

Antes de exponer la propuesta planteada, brevemente se deben considerar los siguientes hechos:

Gráfico N° 2 – Antecedentes (normativa)



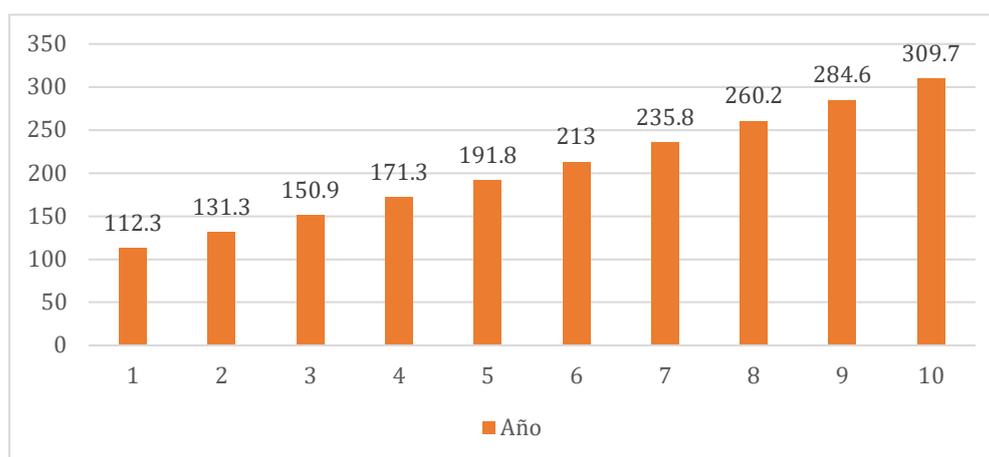
Elaboración propia. Fuente: Instrumentos legales peruanos.

Así, el Poder Ejecutivo a través del Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE (*Ley que establece medidas extraordinarias a favor de los asegurados al SNP por motivo del impacto del COVID-19 en la economía peruana*) planteó la pensión de jubilación proporcional especial en el Sistema Nacional, para aquellos afiliados que tenían mínimo 65 años y habían realizado por lo menos 10 años de aportes sin llegar a los 15 años de aportes (otorgándoles una pensión de hasta S/ 250), o cumplir con la edad mencionada pero haber realizado al menos 15 años de aportes sin llegar a los 20 años de aportes (accediendo a una pensión de hasta S/ 350).

En ese sentido, el Poder Ejecutivo en su propuesta hace una evaluación económica, sosteniendo respecto a las pensiones proporcionales que estas alcanzarán un costo estimado de S/ 112 millones el primer año.

Asimismo, se hace una proyección del costo de las pensiones en mención en un plazo de diez años:

Gráfico N° 3 – Costo nominal anual de pensiones proporcionales (en millones de soles)



Elaboración propia. Fuente: Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE (Poder Ejecutivo).

Sobre el particular, se puede observar una tendencia al alza conforme transcurran los años respecto al costo de las pensiones proporcionales ya que aquellas personas que no cumplan con la cantidad de aportes exigidos (20 años) accederán a esta modalidad para tener una prestación de jubilación, asimismo, se debe tener en cuenta -tal como señala el Ejecutivo en el Proyecto de Ley- que los afiliados que menos aportan son los que menos ingresos tienen.

No obstante, se entendería que el Sistema Nacional de Pensiones no se vería afectado en cuanto a su naturaleza y capacidad económica, ya que el Poder Ejecutivo señala en su propuesta que lo planteado es viable.

En adición a ello, se planteó también el otorgamiento excepcional y por única vez de un subsidio de S/ 760 para los hogares<sup>8</sup> que tuvieran al menos un afiliado al SNP (estimando un costo de S/ 955 millones), así como para los pensionistas y beneficiarios (estimando un costo de S/ 432.1 millones). Sin embargo, mediante Decreto de Urgencia N° 137-2020 se aprobó el otorgamiento único de la retribución extraordinaria ascendiente a una Remuneración Mínima Vital (S/ 930 en aquel entonces), dispuesta en la Ley N° 31083 (ya expulsada de nuestro sistema jurídico) para los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

<sup>8</sup> No para aquellos que hayan recibido el Bono Universal, beneficiarios del Programa JUNTOS, Pensión 65, CONTIGO, así como los afiliados registrados en el AIRHSP o planilla privada (Decreto de Urgencia N° 098-2020).

En ese sentido, el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE, aprobado posteriormente mediante la Ley N° 31301, establece un acceso a las pensiones proporcionales para los afiliados que **tengan como mínimo 65 años**. Es decir, la Ley -opinión propia- es positiva porque beneficia a aquellos afiliados al SNP que no cuentan con los aportes requeridos, pero, podrán acceder a una prestación; sin embargo, hace referencia a aquellos que tengan mínimo 65 años, lo cual se encuentra acorde respecto a una prestación de jubilación en un sistema previsional, no obstante, el fin de los retiros ONP era beneficiar a aquellas personas (no solo mayores de 65) que sufrían la contingencia del desempleo por el contexto imprevisible de la pandemia, más no enfocado netamente en una prestación de jubilación.

Cabe recalcar que con acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la inconstitucionalidad de la Ley N° 31083, no obstante, considero que las pensiones proporcionales no era la medida ideal para enfrentar la contingencia del desempleo, puesto que se enfocan en proteger a los adultos mayores ya que se les permite acceder a una pensión de jubilación.

En adición a ello, según el Ministerio de Trabajo, durante el año 2020<sup>9</sup> la población de entre 19-64 años representó el 96.74% de los trabajadores, porcentaje que incrementó durante el año 2021<sup>10</sup> (el rango de edad en el cual se presenta un mayor porcentaje es de entre 26-34 años) y, como se mencionó al comienzo del presente Informe, según la misma Entidad, durante el año 2020, alrededor de 7 de cada 10 personas sufrieron la contingencia del desempleo.

Es decir, no se enfrentó la contingencia en mención, ya que los menores de 65 años que se encontraban desempleados no pudieron tener un ingreso económico excepcional que les permita tener un soporte monetario en tanto se reinsertaban en el mercado laboral.

### 3.2. Pensión por desempleo acorde al principio de equilibrio presupuestal

Tal como se mencionó en el presente Informe, la figura ideal en Seguridad Social para enfrentar la contingencia de la pérdida de trabajo es la de un seguro de desempleo. Sin embargo, hubiera sido beneficioso permitir de forma excepcional el otorgamiento de una pensión por desempleo transitoria, mientras el afiliado buscaba reinsertarse de nuevo al mercado laboral, gozando así

---

<sup>9</sup> Según el Anuario Estadístico Sectorial 2020 del MTPE.

<sup>10</sup> Según el Boletín Estadístico 2021 del MTPE.

de una protección económica y no viéndose afectados sus fondos previsionales puesto que ya no se estaría tratando de viabilizar el retiro de los fondos, pudiendo acceder a una prestación que por Ley ofrece el sistema pensionario en un futuro.

Cabe mencionar que la OIT (2021) propuso lo siguiente respecto a la implementación de un seguro de desempleo en Perú:

Tabla N° 8 – Propuesta de Seguro de Desempleo para Perú (OIT)

Parámetros	Escenario base
<b>Cobertura</b>	Obligatoria para asalariados con contratos indeterminados y sujetos a un plazo fijo del régimen laboral privado.
<b>Contribuciones requeridas para acceder a los beneficios</b>	12 meses de contribuciones en los últimos 24 meses previos al evento de la pérdida de ganancias por desempleo involuntario.
<b>Eventos cubiertos ante la pérdida del empleo</b>	Desempleo involuntario.
<b>Tasa de reemplazo</b>	70%, 65%, 60%, 55% y 50% del salario medio de los últimos 12 meses previo al evento de la pérdida del empleo.
<b>Duración máxima del beneficio</b>	5 meses.
<b>Periodo de carencia</b>	7 días.

Elaboración propia. Fuente: OIT (2021).

En ese sentido, la pensión por desempleo transitoria podría haber considerado el número de aportes realizados por el afiliado -como se pudo observar en el derecho comparado- para determinar el tiempo durante el cual el ciudadano podría ser beneficiario, así como tener en cuenta el principio de equilibrio presupuestal para no afectar el funcionamiento del SNP.

En adición a ello, implementar medidas que beneficien a esta población (afiliados asalariados que perdieron su trabajo) que les permita reinsertarse al mercado laboral, por ejemplo, capacitaciones virtuales que les permitan fortalecer habilidades u obtener nuevos conocimientos con la finalidad de encontrarse aptos a más variedades de puestos, así como fomentar el empleo respecto a estos ciudadanos.

Cabe recalcar nuevamente que la implementación de las pensiones proporcionales no es una medida negativa, al contrario, ayudará a aquellos afiliados que ya tienen 65 años a poder tener una prestación de jubilación, considerando que no cumplen con los 20 años de aportes.

Empero, hubiera sido ideal brindar a los afiliados al SNP -trabajadores dependientes que se encuentran desempleados a causa de una contingencia impredecible- una prestación excepcional para que cuenten con un ingreso mientras buscan un nuevo empleo.

Finalmente, sería ideal que en un futuro cercano el Perú pueda contar con un seguro de desempleo considerando que se ha ratificado el Convenio N° 44 OIT, así como las recomendaciones de la OIT en cuanto a esta figura, teniendo en cuenta que la pandemia trajo consigo un contexto impredecible, por lo que el Perú debería implementar mecanismos que le permitan proteger a los asalariados respecto a la contingencia del desempleo sin afectar -o emplear medidas no tan dañinas- sus derechos previsionales.

### **Conclusiones**

- De permitirse el retiro de fondos en el Sistema Nacional se hubiera ido en contra de los principios de solidaridad e intangibilidad, perjudicando tanto al sistema como a sus afiliados.
- El retiro habría afectado directamente las prestaciones que reciben los actuales jubilados, considerando que ya de por sí se necesita del apoyo del Tesoro Público para cubrirlos. Es decir, no hubiera sido viable por el lado económico.
- Se habría perjudicado también a los futuros pensionistas puesto que se les hubiera restado tiempo de aportación al sistema.

Por ejemplo -en el SPP- según la Superintendencia, por cada S/ 1,000 que un afiliado retire a los 30 años, se pierde un monto equivalente a S/ 4,516 en la edad de 65 años, es decir, ha disminuido notoriamente el ahorro previsional en el Sistema Privado, afectando así directamente el monto que el afiliado podría recibir cuando acceda a una prestación de jubilación.

Así, se puede concluir que los ahorros previsionales no hubieran cumplido su fin: asegurar a la persona en un futuro frente a una contingencia de vejez, invalidez o sobrevivencia.

- El retiro de los ahorros previsionales es un beneficio solo a corto plazo, puesto que el fin de dichos fondos no es brindar netamente apoyo económico.
- Ante la falta de trabajo, la figura en Seguridad Social que ayuda a cubrir esta contingencia es la del seguro de desempleo, teniendo en cuenta que el Perú suscribió el Convenio N° 44 OIT. Sin embargo, como medida excepcional por el contexto impredecible, así como la falta de esta figura, hubiera sido ideal entregar una pensión transitoria de desempleo a los afiliados al SNP, más no el retiro de ahorros previsionales para no afectar el derecho a la pensión.
- Las pensiones proporcionales resultan ser una medida positiva puesto que les permitirá a aquellas personas que no alcanzan el mínimo de 20 años de aportes poder acceder a una prestación de jubilación, no obstante, se enfoca en las personas mayores de 65 años ya que tiene un fin previsional. En ese sentido, hubiera sido beneficioso que el Estado peruano considere la pensión transitoria y excepcional de desempleo.

## **Bibliografía**

Abanto Revilla, C. (2015). *Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela?* Revista Derecho PUCP N° 75.

Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). Argentina. Consulta realizada el 13 de mayo de 2022 en:

<https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/seguero-por-desempleo>

Arbetsförmedlingen Swedish Public Employment Service. Consulta realizada el 13 de mayo de 2022 en:

<https://stsakassa.se/om-oss>

Defensoría del Pueblo (2021). *El camino de la Constitución para la protección eficaz de las personas en situaciones de emergencia*. Primera edición, marzo de 2021.

Ermida Uriarte, Ó. (1993). *Los principios de la Seguridad Social* en Plá Rodríguez, Américo: La Seguridad Social en el Uruguay. Montevideo: Fundación de cultura universitaria.

Francés, A. (1980). *La Seguridad Social en América Latina. Doctrina y Realidad*. En Revista del Claeh, Montevideo. N° 15, pp. 11.

Gonzáles, C. y Paitán, J. (2017). *El derecho a la Seguridad Social*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gonzáles, C. y Antola, M. (2015). *La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de Seguridad Social en pensiones*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Laborem N° 15/2015.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2021). *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional*. Cuadro N° 12. Población ocupada con empleo informal, según dominios geográficos. Años: 2019-2021.

Instituto Peruano de Economía (2022). *Boletín IPE: Los riesgos de más retiros de AFP*.

Martínez Vivot, J. (1988). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021). *Informe Anual del empleo en Perú*.

Ministerio de Trabajo Colombiano. *Mecanismo de Protección al Cesante*. Consulta realizada el 14 de mayo de 2022 en:

<https://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/empleo/mecanismo-de-proteccion-al-cesante>

OIT. (1976). *Desempleo y Seguridad Social*. Primera Edición. Ginebra, Suiza.

OIT. (2001). Consulta realizada el 12 de Abril de 2022 en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf)

OIT. (2010). *Convenio sobre el desempleo, 1934 (núm. 44)*. Consulta realizada el 01 de junio de 2022 en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101\\_COMMENT\\_ID:2328456](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:2328456)

OIT. (2021). *Un seguro social por desempleo para Perú*. Primera Edición. Oficina de la OIT para los Países Andinos.

Plá Rodríguez, A. (1957). *El derecho laboral y la seguridad social*. En Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture. Montevideo.

Podetti, H. (1997). *Los riesgos sociales*. En Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 647-656

Servicio Público de Empleo Estatal. España. Consulta realizada el 13 de mayo de 2022 en <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones.html>

Velásquez Pinto, M (2021). *La protección ante el desempleo. Medidas aplicadas durante la crisis del COVID-19*. Publicación de las Naciones Unidas. CEPAL.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 151/2021

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 1

Expediente 00016-2020-PI/TC

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de febrero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00016-2020-PI/TC. El magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ  
FERRERO COSTA  
MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
SARDÓN DE TABOADA  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:  
LEDESMA NARVAEZ  
Marianella Leonor FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 21:06:59-0500

Firmado digitalmente por:  
FERRERO COSTA Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 19:33:52-0500

Firmado digitalmente por:  
MIRANDA CANALES Manuel Jesus FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 21:28:54-0500

Firmado digitalmente por:  
BLUME FORTINI Ernesto Jorge FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 21:09:51-0500

Firmado digitalmente por:  
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA Eloy Andres FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 21:48:06-0500

Firmado digitalmente por:  
SARDON DE TABOADA Jose Luis FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 08/02/2021 22:46:56-0500

Firmado digitalmente por:  
RAMOS NUÑEZ Carlos Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de conformidad  
Fecha: 09/02/2021 08:17:53-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 2

**PLENO JURISDICCIONAL**

EXPEDIENTE 00016-2020-PI

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4 de febrero de 2021

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

### **Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 31083, Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Magistrados firmantes:

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**  
**FERRERO COSTA**  
**MIRANDA CANALES**  
**BLUME FORTINI**  
**RAMOS NÚÑEZ**  
**SARDÓN DE TABOADA**  
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 3

## Tabla de Contenidos

<b>I.</b>	<b>ANTECEDENTES</b>	<b>4</b>
A.	Petitorio	4
B.	Debate constitucional	4
	Demanda	4
	Contestación de demanda	7
	Amicus curiae	10
<b>II.</b>	<b>FUNDAMENTOS</b>	<b>10</b>
A.	Delimitación de la controversia	10
B.	Análisis de inconstitucionalidad formal	11
C.	Análisis de inconstitucionalidad material	12
	Naturaleza jurídica del SNP e intangibilidad de los fondos de pensiones	12
	Sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes pensionarios	14
	La administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo	15
	El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria	17
	El Decreto de Urgencia 137-2020	21
<b>III.</b>	<b>FALLO</b>	<b>21</b>



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 4

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de febrero de 2021, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ferrero Costa votará en fecha posterior.

#### I. ANTECEDENTES

##### A. *Petitorio*

El 9 de diciembre de 2020, el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31083, Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (en adelante, ONP). Alega que la referida ley es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 10, 11, 12, 43, 77, 78, 79, 105, 118 —incisos 3 y 17— y la primera disposición complementaria final de la Constitución.

Por su parte, el 25 de enero de 2021, el Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

##### B. *Debate constitucional*

##### Demanda

Los argumentos de la demanda son los siguientes:

- La Ley 31083 contraviene el carácter intangible de los fondos para el pago de pensiones, la sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes previsionales, el principio de separación de funciones, los principios constitucionales presupuestarios, la prohibición de iniciativa de gasto por parte de los congresistas, y la competencia del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del Gobierno en materia económica y administrar la hacienda pública.
- El Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley 19990 (en adelante, SNP), administrado por el Estado a través de la ONP, se fundamenta en la solidaridad intergeneracional, mecanismo en el que los aportes realizados por los trabajadores activos sirven para financiar las



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pensiones de los que ya están jubilados. Por ello, alega que establecer la devolución de los aportes resulta incompatible con el SNP.

- Las propuestas de devolución establecidas en la ley cuestionada no son razonables ni técnicamente viables porque el SNP es un régimen de reparto en el que no existe un fondo privado de acumulación de aportes sino que tales aportes se destinan en su totalidad al pago mensual de los actuales pensionistas.
- La Ley 31083 adolece de vicios de inconstitucionalidad formal, toda vez que como la norma genera gasto público, se requería de un informe favorable sobre su sostenibilidad financiera a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF).
- Todas las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, como ocurre en el caso de la ley impugnada, deben regirse por el criterio de sostenibilidad financiera, que es una exigencia que se deriva de la primera disposición final y transitoria de la Constitución.
- En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad material, el Poder Ejecutivo sostiene que la Constitución de 1993 contiene un conjunto de disposiciones que buscan garantizar el acceso de toda persona a la seguridad social, el derecho a una pensión y la intangibilidad de los fondos para el pago de pensiones.
- El fundamento del carácter intangible de los fondos de la seguridad social, que comprende a los fondos para el pago de pensiones, se sustenta en la necesidad de que sean utilizados solo para garantizar las prestaciones de salud y de pensiones, es decir, para asegurar la sostenibilidad del régimen pensionario y la vigencia del derecho a la pensión.
- El ahorro colectivo previsional no puede destinarse para un consumo actual sino exclusivamente para un fin pensionario. La intangibilidad de los fondos previsionales —añade— tiene como objeto último proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto busca el aseguramiento y la garantía del pago.
- La Ley 31083 establece medidas relacionadas con el SNP que implicarán para su cumplimiento el uso del fondo mensual y transitorio que se forma con los aportes de los afiliados que se encuentran actualmente trabajando y que se emplea para el pago de las pensiones de quienes han adquirido la calidad de pensionistas.
- El uso de dicho fondo —sea de forma parcial o total— para la devolución de aportes y el pago de la retribución extraordinaria dificultaría el pago de las pensiones actuales y constituiría un empleo diferente para el que ha sido previsto (el pago de pensiones), razón por la cual la Ley contraviene los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- De acuerdo con la primera disposición final y transitoria de la Constitución, cualquier modificación al régimen pensionario debe regirse por el criterio de sostenibilidad financiera, que puede ser entendido desde una doble perspectiva. De un lado, como un requisito de procedimiento para la aprobación de normas que modifiquen los regímenes pensionarios; y, de otro, como una exigencia de fondo sobre el contenido y alcances de tales normas.
- La Ley 31083 incurre en una infracción de este principio, pues establece modificaciones al SNP —al incorporar un régimen facultativo de devolución de aportes y al disponer la entrega de una retribución extraordinaria a los pensionistas— sin identificar la existencia de las fuentes de financiamiento que requiere para su aplicación; y que, en el caso concreto, el gasto resultaría de unos quince mil millones de soles.
- Por otra parte, uno de los principios esenciales de todo Estado constitucional, a fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder, es el respeto del principio de separación de poderes o funciones, cuyos rasgos de identidad —según reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional— son los principios de separación de poderes propiamente dicho, solución democrática, cooperación y balance entre poderes.
- La Ley 31083 afecta el principio de cooperación entre poderes, pues ha sido emitida al margen de la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto en la economía del país, por lo que vulnera el artículo 43 de la Constitución.
- Según el artículo 118 —incisos 3 y 17— de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo dirigir la política económica del Gobierno y administrar la Hacienda Pública, lo cual implica el análisis de los ingresos y gastos consignados en el presupuesto.
- De acuerdo con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE), el diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales en materia presupuestaria constituye una función exclusiva del Poder Ejecutivo encabezado por el presidente de la República.
- El artículo 78 de la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo la iniciativa en la elaboración del presupuesto nacional, el cual debe encontrarse efectivamente equilibrado, mientras que el artículo 79 del texto constitucional señala que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.
- La ley cuestionada implica un gasto público que no ha sido sustentado y respecto del cual no se ha podido advertir que exista un análisis cualitativo y cuantitativo, lo que constituye un elemento esencial en la viabilidad técnica y presupuestaria de una propuesta legislativa. Añade que dicho gasto no ha sido previsto en la Ley del Presupuesto del Sector Público para



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el Año Fiscal 2020, aprobada por el Decreto de Urgencia 014-2019, y que, por tanto, se carece de la disponibilidad de recursos que permita asumir los costos respectivos.

- El artículo 2, numeral 2, incisos 3 y 4, del Decreto de Urgencia 015-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, establece que para la emisión de cualquier disposición legal que irroque gastos públicos, el legislador debe: a) especificar la fuente de financiamiento, y b) contar con una evaluación presupuestaria y el análisis costo-beneficio del proyecto de norma, elaborados por el pliego presupuestario correspondiente.
- La Ley 31083 crea un severo desbalance en el presupuesto público y vulnera el principio de equilibrio presupuestario reconocido en el artículo 78 de la Constitución.
- Conforme al principio de no afectación predeterminada, los ingresos obtenidos por las entidades públicas deben utilizarse para sustentar el conjunto de los gastos previstos en el presupuesto correspondiente, por lo que no es posible asociar un determinado ingreso a un gasto específico.
- Para el demandante, de esta premisa se desprende que los recursos con los que cuentan las entidades solo pueden estar destinados a financiar los gastos que están previstos en el Presupuesto Público, atendiendo a que este se encuentra equilibrado y que, consecuentemente, la captación de tales recursos ha sido prevista para financiar únicamente el monto máximo de gastos establecido en cada Ley de Presupuesto del Sector Público.

### Contestación de demanda

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

- La Ley 31083 no adolece de vicios de inconstitucionalidad y, por tanto, debe declararse infundada. De una revisión detallada de las etapas del procedimiento legislativo que dieron origen a la Ley 31083 se desprende que estas se han desarrollado conforme a lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, por lo que no es posible sostener que dicha ley ha incurrido en una inconstitucionalidad por la forma.
- De manera particular, con relación al argumento de que durante el procedimiento legislativo el Poder Ejecutivo no autorizó, a través del MEF, el gasto que se iba a generar con la aprobación de la ley cuestionada, sostiene que este tipo de inconstitucionalidad puede subsanarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que difiere los efectos de sentencias que declaraban la inconstitucionalidad formal de una ley por vulnerar el artículo 79 de la Constitución, con el fin de permitir al Poder Ejecutivo autorizar tales gastos.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- En ese sentido, el 21 de diciembre de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia 137-2020, que establece medidas extraordinarias que contribuyan a la atención de la población en el marco de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y a la reactivación económica a través del gasto público, en el que se autorizó una transferencia de partidas en el Presupuesto de Sector Público para el Año Fiscal 2020 a favor de la ONP, con el fin de financiar la retribución extraordinaria establecida en la ley impugnada para los pensionistas del régimen del Decreto Ley 19990.
- Respecto a los alegados vicios de inconstitucionalidad material, la ley cuestionada no altera el régimen de pensiones de los actuales beneficiarios y pensionistas del SNP, quienes continúan percibiendo sus prestaciones previsionales en la forma prevista por nuestro ordenamiento jurídico y por ende no se vulnera el derecho a la pensión reconocido en los artículos 10 y 11 de la Constitución.
- La Ley 31083 adopta medidas tales como el derecho a la devolución de aportes efectuados por afiliados al SNP que, a pesar de tener 65 años de edad o más, no tienen acceso a la pensión de jubilación por no cumplir el requisito de 20 años de aportaciones. Esta medida incide directamente en el derecho fundamental a la seguridad social de este grupo de personas, lo cual es constitucionalmente válido, en tanto que es la propia Constitución, en su artículo 10, la que delega al legislador la potestad de configuración del contenido protegido de tal derecho.
- Otras medidas adoptadas por la Ley 31083 —otorgamiento de una bonificación extraordinaria a los pensionistas del SNP y la devolución de aportes de hasta una UIT para los aportantes activos e inactivos del SNP— tienen una finalidad constitucionalmente legítima, pues persiguen garantizar el derecho a la vida, integridad física, libre desarrollo, bienestar y salud de ambos grupos de personas. Así, se cumplen los deberes primordiales del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución.
- De otro lado, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 10 y 12 de la Constitución, no se advierte que la Ley 31083 vulnere el principio de intangibilidad de los fondos para el pago de pensiones. Estas disposiciones reconocen el derecho progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que establece la ley y que, mientras los recursos de dichos fondos se apliquen para tales fines en la forma en que aquella lo disponga, no habría afectación al citado principio de intangibilidad.
- Conforme a lo establecido en la Constitución, es la ley la que establece cuáles son las contingencias frente a las que las personas son protegidas por la seguridad social, por lo cual no existe vulneración a la intangibilidad de sus fondos cuando una norma con ese rango, como el artículo 2 de la Ley 31083, es la que dispone, de manera excepcional y



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por única vez, que el asegurado pueda retirar una parte de su fondo para atender una situación extraordinaria que afecta su calidad de vida y su subsistencia, como la derivada de la presente emergencia sanitaria.

- Al ser la intangibilidad de los fondos pensionarios una garantía institucional de configuración legal, ello le permite contemplar como uno de los objetivos que coadyuven a garantizar la calidad de vida y, esencialmente, la subsistencia de la persona, atender al afiliado al SNP, permitiendo que este acceda a sus aportaciones frente a contingencias presentadas en un contexto de emergencia generado por la pandemia del COVID-19. Ello en modo alguno es contrario al objetivo último de la intangibilidad de los fondos que es perseguir el otorgamiento de una pensión. De otra forma, carecería de sentido que persiga asegurar que un aportante pueda recibir su pensión de jubilación a futuro cuando cumpla los 65 años de edad, si hoy no puede conseguir su subsistencia.
- En lo que se refiere a la afectación del principio de sostenibilidad financiera, de un análisis costo-beneficio, se desprende que la Ley 31083 resulta ser económicamente menos costosa para el SNP que la propuesta alternativa planteada por el Poder Ejecutivo en el Proyecto de Ley 6114/2020-PE, sobre otorgamiento de pensiones proporcionales especiales para los afiliados que tengan 65 años de edad y no reúnan 20 años de aportes, y bonificación extraordinaria a favor de los pensionistas.
- Con relación a la devolución de aportes hasta IUIT, establecida en los artículos 2, 3 y 4 de la ley impugnada, refiere que se esta se realiza con cargo a los propios aportes depositados por los afiliados al sistema, de tal manera que no se afectan los recursos del Tesoro Público ni el pago de las prestaciones a favor de los pensionistas y beneficiarios del SNP, respetándose el derecho a la seguridad social de estos grupos de personas.
- En virtud del artículo 44 de la Constitución, el Estado debe actuar siempre con el fin de satisfacer el bien común, teniendo en consideración que entre sus deberes primordiales se encuentran el de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y el de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Añade que el cumplimiento del deber de promover el bienestar general se vuelve aún más urgente en situaciones como la que está viviendo nuestro país por el COVID-19.
- Respecto a la presunta infracción de los principios de universalidad y unidad, equilibrio presupuestal y la prohibición de iniciativa de gasto por parte de los congresistas, las comisiones de Trabajo y Seguridad Social, Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, Presupuesto y Cuenta General de la República, y Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera sostienen que la ejecución de las medidas dispuestas en la Ley 31083 no transgrede dichos principios, en tanto su fuente de financiamiento no pertenece al Estado, sino que corresponde a los recursos de los aportantes.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- La ley cuestionada no transgrede las competencias del Poder Ejecutivo para dirigir la política económica y administrar la hacienda pública, pues, en la medida que no se trata de recursos que provengan del tesoro público, la aprobación de la referida ley no está sometida a las reglas que orientan la disciplina presupuestaria. La competencia que tiene el presidente de la República de administrar la hacienda pública consiste en el estudio y evaluación del conjunto de las decisiones económicas sobre los ingresos y gastos consignados en el presupuesto del sector público que se aprueba para cada año, la cual se ejerce de conformidad con la política general del gobierno, expresada a través de las políticas nacionales y sectoriales, cuyo diseño, supervisión y ejecución es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.
- Finalmente, existen casos en los que el cumplimiento de los fines del Estado solo puede concretarse con la creación o el aumento de gastos públicos, lo cual significa que solo se concretarán si el Poder Ejecutivo así lo determina. Por ello, es preciso que el Tribunal Constitucional se refiera en el presente caso a los alcances de las competencias que la Constitución le otorga al presidente de la República para dirigir la política general del gobierno y administrar la hacienda pública, así como de la prohibición impuesta a los congresistas de la República en materia de gasto.

### Amicus curiae

El Tribunal Constitucional incorporó como *amicus curiae* al abogado César Efraín Abanto Revilla.

## II. FUNDAMENTOS

### A. Delimitación de la controversia

1. El objeto de la ley impugnada, contenido en su artículo 1, consiste en:

establecer un régimen especial facultativo para la devolución de los aportes de los aportantes activos e inactivos del Decreto Ley 19990 del Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

2. La ley impugnada tiene cuatro artículos que desarrollan el fin antes mencionado y establecen el procedimiento del régimen especial facultativo de devolución de aportes al que se refiere su artículo 1. Asimismo, tiene tres disposiciones complementarias finales. Estas establecen el derecho a la devolución total de los aportes efectuados por las personas de 65 años o más que no cumplieron con los requisitos legales para obtener una pensión, y precisan el mecanismo para la entrega de una retribución extraordinaria para quienes ya tienen una pensión.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Este Tribunal Constitucional evaluará primero la inconstitucionalidad formal invocada y luego la presunta inconstitucionalidad material. Este análisis será efectuado a la luz de las normas constitucionales referidas a: (i) la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social como garantía institucional del derecho fundamental a la pensión; (ii) la exigencia de sostenibilidad financiera en las modificaciones a los regímenes pensionarios vigentes; (iii) la administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición de iniciativa de gasto público que alcanza al Congreso de la República; y, (iv) el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria.

### B. *Análisis de inconstitucionalidad formal*

4. Para el demandante, la Ley 31083 tiene un vicio de inconstitucionalidad formal, puesto que su promulgación quebrantó el procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación, al no contar con un informe *favorable* del MEF sobre su sostenibilidad financiera. Sin embargo, el análisis del cumplimiento de dicha exigencia es de carácter sustantivo; excede la mera verificación del cumplimiento del *iter* procedimental establecido en la Constitución y el Reglamento del Congreso para la aprobación de leyes. Por tanto, su estudio será efectuado en la parte pertinente del examen de inconstitucionalidad material.
5. Respecto al procedimiento parlamentario propiamente dicho, debe señalarse que el Congreso de la República cuenta con un amplio margen de libertad de acción, pero no puede contravenir las obligaciones establecidas en la Constitución. El artículo 105 de la Constitución establece que ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo la excepción señalada en el Reglamento del Congreso. En este caso, cuatro comisiones que han emitido dictamen aprobando distintos proyectos de ley presentados para la devolución de aportes al SNP. Estas son las de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera<sup>1</sup>; de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos<sup>2</sup>; de Presupuesto y Cuenta General de la República<sup>3</sup>; y, de Trabajo y Seguridad Social<sup>4</sup>. Se ha cumplido, pues, con la norma constitucional citada. Además, las etapas siguientes del procedimiento legislativo —publicación de dictámenes, debate en el Pleno, aprobación por doble

---

<sup>1</sup> Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/04977DC09MAY-20200708.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04977DC09MAY-20200708.pdf). Consulta realizada el 29 de enero de 2021.

<sup>2</sup> Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/04977DC06MAY20200724.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04977DC06MAY20200724.pdf). Consulta realizada el 29 de enero de 2021.

<sup>3</sup> Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/05030DC17MAY-20200805.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/05030DC17MAY-20200805.pdf). Consulta realizada el 29 de enero de 2021.

<sup>4</sup> Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/00133DC22MAY20200813.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00133DC22MAY20200813.pdf). Consulta realizada el 29 de enero de 2021.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

votación y promulgación—, así como las exoneraciones realizadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, han sido efectuadas de conformidad con el artículo 73 y siguientes del Reglamento del Congreso.

6. Por ello, este Tribunal Constitucional desestima el vicio de inconstitucionalidad formal alegado, al no haberse contravenido el procedimiento legislativo constitucional en la expedición de la Ley 31083.

### C. *Análisis de inconstitucionalidad material*

#### Naturaleza jurídica del SNP e intangibilidad de los fondos de pensiones

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

- a) Otorga una prestación económica mensual a quienes han cumplido con los requisitos exigidos legalmente, pudiendo ser por derecho propio (pensión por 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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.
8. La Ley 31083 establece un régimen especial facultativo para la “devolución de aportes” a los afiliados activos e inactivos del SNP del Decreto Ley 19990 y administrado por la ONP, ordenando que dicha devolución sea por única vez y hasta por el monto de una unidad impositiva tributaria (artículo 2); y establece el derecho a la devolución de todos los aportes efectuados al SNP por las personas de 65 años de edad o más que no lograron cumplir los requisitos legales para obtener una pensión (primera disposición complementaria final). Asimismo, establece que la ONP entregue por única vez a los pensionistas del Decreto Ley 19990 una “retribución extraordinaria” equivalente a una remuneración mínima vital (segunda disposición complementaria final).
9. La Ley 31083 no establece cuál será la fuente de financiamiento de los gastos que ordena ejecutar. Atendiendo a su objetivo, a una lectura sistemática de su contenido y tomando en consideración lo afirmado por el Poder Ejecutivo<sup>5</sup>, queda claro que ello implicará el uso del fondo mensual transitorio, que se forma con los aportes de los afiliados al SNP que actualmente están trabajando y que se utiliza para el pago de las pensiones de los jubilados. Esta disposición legal colisiona frontalmente con los artículos 11 y 12 de la Constitución. Buscando garantizar el pago de las pensiones futuras, estos artículos establecen que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Solo pueden ser empleados para pagar las pensiones de los jubilados. Esta intangibilidad ha sido afirmada por este Tribunal Constitucional como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión de las personas que se jubilan, toda vez que el pago de su pensión debe estar asegurado (*cf.* sentencia emitida en el Expediente 0050-2004-AI/TC acumulados y en el Expediente 0013-2012-PI/TC).

---

<sup>5</sup> *Cfr.* Informe 491-2020-EF/42.03 del MEF (fojas 108, vuelta de la demanda); así como el Oficio N° 183-2020-PR, de 18 de setiembre de 2020, remitido por la Presidencia de la República con las observaciones a la autógrafa de ley (fojas 44 y 55 de la demanda).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. De otro lado, al momento de establecer la norma contenida en su primera disposición complementaria final, la Ley 31083 confunde el carácter patrimonial de la pensión. La pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, pero no implica un derecho de propiedad cualquiera. El derecho de propiedad sobre la pensión está acotado por la ley. Su titular no puede disponer libremente de él (*cf.* sentencia emitida en el Expediente 0050-2004-AI/TC acumulados). No cabe afirmar que los aportes realizados al fondo del SNP estén garantizados por el derecho de propiedad y, en consecuencia, esté justificada la devolución de la totalidad de aportes con fines previsionales que hicieran las personas de 65 años o más que no cumplieron con los requisitos legales para finalmente obtener una pensión. Como ya se advirtió, los aportes realizados al SNP constituyen un ahorro colectivo previsional que solo genera un derecho a percibir en el futuro una pensión, si se cumplen los requisitos legales para tal efecto (esencialmente, haber aportado más de veinte años). De ahí que la primera disposición complementaria final de la Ley 31083 es también inconstitucional.
11. Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional considera que este extremo de la demanda debe ser declarado fundado, toda vez que la Ley 31083 contraviene lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución.

### Sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes pensionarios

12. La sostenibilidad está referida a la viabilidad financiera en el largo plazo de las medidas de asignación de recursos, es decir, a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros. La Constitución prevé que, tratándose de la introducción de modificaciones a los regímenes pensionarios, resulta necesario que se rijan por el criterio de sostenibilidad financiera. En ningún caso puede verse afectado el pago de las pensiones.
13. El SNP debería autofinanciarse con el aporte de los afiliados; tiene un déficit que es asumido por el tesoro público. El Estado realizó ajustes para corregir la forma en que inicialmente fue estructurado. Así, se aumentó el número de años de aportes para acceder a la pensión, la tasa de aporte y la edad para la jubilación; se redujo las tasas de reemplazo; y, se modificó la relación entre nivel de pensión y longevidad. Empero, tales modificaciones no han sido suficientes<sup>6</sup>. Desde enero de 2010 hasta diciembre de 2019, los recursos públicos asignados a la ONP para el pago de las pensiones ascendieron a S/ 11,306 millones. En tal sentido, dado el escaso ahorro previsional, se ha vuelto una constante que el tesoro público termine subsidiando el pago mensual de las pensiones del Decreto Ley 19990.

---

<sup>6</sup> *Cfr.* Oficio N° 183-2020-PR, de 18 de setiembre de 2020, remitido por la Presidencia de la República con las observaciones a la autógrafa de ley (fojas 41 y 42 de la demanda).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14. A través de la Ley 31083, el Congreso de la República:
  - Establece un régimen especial facultativo de devolución de aportes a los afiliados activos y no activos al SNP;
  - Ordena la devolución total de sus aportes a las personas de 65 años o más que no cumplieron con los requisitos legales para percibir una pensión; y,
  - Dispone que a través de la ONP se otorgue por única vez a los pensionistas del Decreto Ley 19990 una retribución extraordinaria equivalente a una remuneración mínima vital.
15. Estas medidas carecen de una fuente de financiamiento identificada para cubrir los 15,000 millones de soles que aproximadamente requiere su ejecución<sup>7</sup>; por tanto, agravarán la deficitaria sostenibilidad financiera que caracteriza al régimen previsional del Decreto Ley 19990.
16. En tal sentido, este Tribunal Constitucional considera que la Ley 31083 también contraviene lo dispuesto por la primera disposición final y transitoria de la Constitución, por lo que este extremo de la demanda debe declararse fundado.

### La administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo

17. El principio de separación de poderes es consagrado por el artículo 43 de la Constitución y su contenido es detallado por todo su Título IV. Este principio requiere que el poder político se distribuya entre diferentes órganos estatales a fin de evitar su concentración. La distribución del poder se efectúa de tal manera que existan pesos y contrapesos entre ellos, y se alcance un adecuado balance, propicio para el florecimiento y la protección de las libertades ciudadanas.
18. Ahora bien, la Constitución establece en el inciso 17 de su artículo 118 que corresponde al Poder Ejecutivo administrar la hacienda pública. Este Tribunal ha afirmado la exclusividad de dicha competencia (sentencia emitida en el Expediente 0002-2013-CC/TC, fundamento 10). Con relación al Poder Legislativo, el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución dispone que:

Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

19. Se desprende de esta disposición que, sin perjuicio de la excepción allí contenida, una vez que entra en vigencia la Ley de Presupuesto, que es de un año calendario (esto es,

---

<sup>7</sup> Cfr. Informe N° 513-2020-EF/53.05, de 4 de diciembre de 2020, emitido por la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (fojas 89 y 90 de la demanda).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sobre la base del principio de anualidad), los congresistas de la República no pueden aprobar proyectos de ley presentados por ellos que incurran en los siguientes supuestos:

- a) Crear gastos públicos; o.
- b) Aumentar gastos públicos.

20. En el fundamento 26 de la sentencia emitida en el Expediente 0007-2012-PI, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que, en el marco de los gastos que al Estado le corresponde realizar, es preciso distinguir entre la fuente de la obligación del gasto, de un lado, y la de su previsión o habilitación, por otro. Mientras que la primera puede ser una ley, un acuerdo internacional, un acto administrativo, un contrato u otro que la contenga, la segunda siempre ha de encontrarse en la Ley de Presupuesto. Así, el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo concerniente a su propio presupuesto. Una iniciativa de tal naturaleza supondría una intromisión en el manejo de la hacienda pública —que comprende lo relativo al presupuesto público, tesorería y endeudamiento, contabilidad, abastecimiento, gestión de riesgos fiscales del Sector Público y gestión fiscal de los recursos humanos<sup>8</sup>. Esta disposición se relaciona con el principio de separación de poderes y con la competencia que el artículo 118, inciso 17, de la Constitución asigna al Poder Ejecutivo para dirigir la hacienda pública, pero también con los principios de equilibrio y unidad presupuestal.
21. Así, debe analizarse si las iniciativas que dieron lugar a su aprobación de la Ley 31083 resultan contrarias al artículo 79. Este Tribunal Constitucional observa en el portal web del Congreso de la República que parlamentarios de diversas bancadas presentaron alrededor de treinta proyectos de ley proponiendo un régimen de devolución de aportes al SNP<sup>9</sup>. Estos proyectos se plasmaron en la Ley 31083, que fue enviada para su promulgación por el Presidente de la República. Sin embargo, el 18 de setiembre de 2020, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de ley, con argumentos similares a los contenidos en la demanda del presente proceso. Finalmente, el Pleno del Congreso de la República aprobó la insistencia en la autógrafa de la Ley 31083, siendo promulgada por la presidenta de este poder del Estado y publicada el 4 de diciembre de 2020 en el diario oficial *El Peruano*.

---

<sup>8</sup> Conforme se establece en las funciones del Despacho Viceministerial de Hacienda, precisadas en el artículo 10 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas, aprobado por Resolución Ministerial 301-2019-EF/41.

<sup>9</sup> Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt\\_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/05107?opendocument](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/05107?opendocument) Consulta realizada el 29 de enero de 2021.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22. A fojas 101 de la demanda, el Poder Ejecutivo adjuntó el Informe 491-2020-EF/42.03, en el que se precisa que:
- a) El costo de la devolución de los aportes, hasta por una (01) UIT, a los aportantes activos e inactivos del SNP sería de S/ 11,237 millones.
  - b) El costo que generaría la devolución de la totalidad de los aportes efectuados al SNP por las personas que habiendo cumplido 65 años de edad o más no han logrado cumplir los requisitos para obtener la pensión, sería de S/ 4,183 millones.
  - c) Por su parte, el otorgamiento por única vez a los pensionistas del Decreto Ley 19990 de una retribución extraordinaria equivalente una (01) Remuneración Mínima Vital (RMV) tendría un costo de S/ 535 millones.

Lo cual implica un impacto fiscal, a través del mayor gasto público no presupuestado por cerca de S/15,956 millones (2,3% del PBI), acentuando el deterioro del déficit fiscal que ascendería a 13,0% del PBI; asimismo la deuda pública se incrementaría alcanzando niveles de 37,7% del PBI generando riesgos sobre la sostenibilidad fiscal.

23. En nuestro diseño constitucional, el Congreso de la República goza de autonomía para cumplir con la función legislativa que le asigna la Constitución. En ejercicio de esta competencia, puede regular una amplia diversidad de materias, con los límites que la propia Constitución le impone. La atribución constitucional de aprobar leyes implica un nivel de deliberación y confrontación entre propuestas legislativas. De ahí que el Congreso no se encuentre obligado a coincidir con la observación que realiza el Poder Ejecutivo. Un razonamiento contrario implicaría desconocer las facultades legislativas asignadas por la Constitución al Congreso de la República. Por tanto, el hecho de que la aprobación por insistencia de la autógrafa de la Ley 31083 por parte del Congreso contradiga los argumentos que se formularon en la observación efectuada por el presidente de la República no vulnera, en principio, la estructura del Estado constitucional.
24. En el presente caso, sin embargo, el principio de separación de poderes, y la idea del control y balance entre estos, debe interpretarse a la luz del artículo 118, inciso 17 de la Constitución. Este asigna al presidente de la República la competencia para administrar la hacienda pública. Además, debe tomarse en cuenta el artículo 79, que establece la prohibición a los congresistas de presentar iniciativas que supongan la creación o aumento de gasto público. Precisamente, nuestra Constitución contiene disposiciones relacionadas a la competencia de la administración de la hacienda pública y el principio de equilibrio presupuestal, para que las propuestas legales que demanden fondos del tesoro público sean acordes a las disposiciones constitucionales en materia presupuestaria.
25. Por ello, sí puede afirmarse que la Ley 31083 ha transgredido la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública, así como la prohibición dirigida a los congresistas respecto de la creación de gasto público en una materia ajena a su presupuesto. Consecuentemente, corresponde estimar la demanda en este extremo.



El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria

26. La Constitución presupuestaria está integrada por todas las normas que rigen la actuación de los poderes del Estado a quienes el constituyente ha encomendado el ejercicio de competencias para la elaboración y aprobación del presupuesto anual. Como ha señalado este Tribunal a través de su jurisprudencia, la Constitución presupuestaria se rige por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria y el de equilibrio y estabilidad presupuestaria. La Constitución presupuestaria requiere la participación tanto del Poder Ejecutivo como del Congreso de la República.
27. Esta constatación sobre la participación de los diversos poderes del Estado en materia presupuestal no implica que se relativice la competencia que corresponde al Poder Ejecutivo respecto de la administración de la hacienda pública. El Ejecutivo, a través del MEF, es el responsable de planear y presentar el proyecto de presupuesto, así como de destinar los recursos del tesoro público. De acuerdo con el artículo 78 de la Constitución, el presidente envía al Congreso el proyecto de Ley del Presupuesto en un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.
28. A los efectos de la presente controversia resultará especialmente importante tomar en cuenta los principios de equilibrio y estabilidad presupuestal. Dichos principios orientan la actuación de los órganos y poderes del Estado en el uso de los fondos del tesoro público. En atención al principio de interpretación de unidad de la Constitución, este Tribunal encuentra oportuno señalar que la prohibición de crear o aumentar el gasto público, que limita la potestad del Congreso de la República, debe interpretarse de conformidad con el principio de equilibrio presupuestal. En efecto, la previsión contenida en el artículo 79 de la Constitución tiene, entre otros objetivos, uno que aquí interesa de forma especial, que es el relacionado con la necesidad de mantener equilibrado el presupuesto. El artículo 2.1 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, establece que:

el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.
29. De la previsión glosada se desprende que este principio implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal perturbe el proceso de desarrollo económico del país. El equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional y se sustenta en el objetivo de no comprometer las perspectivas económicas de las generaciones futuras. Este principio impone límites a la adopción de medidas que demanden gasto público. La conciencia de la escasez de recursos públicos para atender las obligaciones del Estado subyace a este principio.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30. Lo indicado anteriormente obedece a lo establecido en el artículo 77 de la Constitución, en cuanto señala que:

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización.

31. Incluso, este Tribunal ha reconocido que el control del gasto público es un fin que, además de legítimo, ostenta una marcada trascendencia social (sentencia emitida en los Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, fundamento 142). Dicha situación demanda que los órganos responsables de ejecutar el gasto público actúen con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Por ello, este Tribunal observa que las autoridades deben evitar la aprobación de medidas que puedan desestabilizar la economía y mellar las reservas del tesoro, ya que esto afectaría la posibilidad de ejecutar los fines propios del Estado y comprometería las perspectivas económicas de las generaciones futuras.

32. Ahora bien, el artículo 2 del Decreto de Urgencia 15-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, establece determinadas exigencias que debe cumplir toda ley que autorice gastos no previstos en el presupuesto:

3. En todo dispositivo legal que autorice gastos no previstos en el Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, se debe especificar el financiamiento, bajo sanción de ineficacia de los actos que se deriven de la aplicación de los dispositivos legales.

4. Los proyectos de normas legales que generen gasto público deben contar, como requisito para el inicio de su trámite, con una evaluación presupuestal que demuestre la disponibilidad de los créditos presupuestarios que pueden ser destinados a su aplicación, así como el impacto de dicha aplicación en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, y un análisis de costo-beneficio en términos cuantitativos y cualitativos. La evaluación presupuestaria y el análisis costo-beneficio del proyecto de norma deben ser elaborados por el pliego presupuestario respectivo.

33. Similar disposición se establece en los incisos 3 y 4 del artículo 2 de la Ley 31085, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021. En consecuencia, el límite de regulación en materia pensionaria no solo impone al Congreso de la República el deber de contar con la participación del Poder Ejecutivo en aras de no transgredir los artículos 78 y 79 de la Constitución, sino que, además, en virtud de su primera disposición final y transitoria, la emisión de leyes relacionadas con el régimen pensionario de la ONP debe respetar el principio de sostenibilidad financiera.

34. En ese sentido, con el fin de salvaguardar los principios de equilibrio y estabilidad presupuestaria, todo proyecto de ley que incida en el presupuesto público, además de los requisitos de habilitación de creación o aumento de gasto que recae en el Poder Ejecutivo, debe acreditar la disponibilidad de recursos para su ejecución. Así, corresponde analizar



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el informe del MEF remitido al Congreso de la República sobre la viabilidad financiera del que fuera el proyecto de la Ley 31083.

35. Según el Informe 0491-2020-EF/42.03 (fojas 108, vuelta de la demanda) citado *supra*, el costo de implementación de la Ley 31083 asciende a S/15,956 millones. En el aludido informe se señala además que:

no es técnicamente viable disponer la devolución de los aportes realizados y acumulados, toda vez que, al ser parte de régimen de reparto, sirven para el pago de los actuales pensionistas y no se acumulan, además que son insuficientes para ello.

Al no ser posible contar con los recursos en el SNP para la devolución de los aportes, se tendrá que cubrir dicho financiamiento con transferencias al Tesoro Público, lo cual implicará contar con créditos suplementarios, a los que se hace referencia en el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Ello, implicaría aproximadamente el 13% del presupuesto anual que se financian con ingresos del Tesoro Público (Recursos Ordinarios), lo cual en el contexto actual implicaría dejar de financiar gastos para atender la emergencia sanitaria y la reactivación económica; o el recorte de gasto en sectores prioritarios.

Cabe indicar que, los recursos que se necesitarían para la implementación de la Ley N° 31083 representa el 63% de los recursos que se han destinado para atender la estrategia sanitaria y servicios de salud para disminuir la propagación del Covid-19; el apoyo a las familias mediante bonos y subsidios, y la reactivación económica a través del mantenimiento e infraestructura pública.

36. Asimismo, el Poder Ejecutivo ha advertido que según el Informe 123-2020-EF/50.03 (fojas 109 de la demanda) emitido por la Dirección General de Presupuesto Público del MEF:

las propuestas contenidas en la Ley N° 31083, no cuenta con un análisis que sustente de forma técnica una fuente de financiamiento de recursos, sin afectar el equilibrio fiscal, como lo exige el artículo 78 de la Constitución Política del Perú en materia presupuestaria. Es decir, no se ha realizado una evaluación presupuestal que demuestre la disponibilidad de los créditos presupuestarios que podrían ser destinados para la aplicación de la norma propuesta.

37. Como ya se señaló en los párrafos precedentes, la aprobación de medidas que demanden gasto público requiere de la participación del órgano administrador de la hacienda pública, esto es, del Poder Ejecutivo. Además, el ejercicio de dicha competencia debe contrastarse con los principios que orientan las disposiciones de la Constitución presupuestaria, el de equilibrio presupuestal y estabilidad presupuestaria, que operan como freno al endeudamiento público.

38. La Ley 31083 desconoce los principios presupuestales de la Constitución, en tanto que exige un incremento de recursos del tesoro público, que afecta el principio de equilibrio presupuestal. El régimen de devolución de aportes a la ONP implica un gasto público no



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública; por tanto, transgrede el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria consagrado en el artículo 78 de la Constitución. Entonces, corresponde declarar fundado también este extremo de la demanda.

### El Decreto de Urgencia 137-2020

39. El 21 de diciembre de 2020, el Poder Ejecutivo dio el Decreto de Urgencia 137-2020, mediante el que dio cumplimiento al tercer mandato contenido en la ley impugnada. En efecto, dispuso el pago a los pensionistas del SNP, por una sola vez, de una “retribución extraordinaria” ascendiente a una remuneración mínima vital. Según se afirmó en la audiencia de 3 de febrero de 2021, este bono —entregado ya en enero— ha sido financiado con gastos no ejecutados del presupuesto público 2020. A criterio de este Tribunal Constitucional, la norma legal que ordenó este pago fue inconstitucional, en la medida que sería cargado a los aportes de los afiliados al SNP o al presupuesto público, por indebida iniciativa del Congreso de la República. Sin embargo, dado que la presente sentencia no tiene efectos retroactivos, no cabe ya ordenar su devolución.

### III. FALLO

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

#### HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, y, en consecuencia, declarar **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31083.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**  
**MIRANDA CANALES**  
**BLUME FORTINI**  
**RAMOS NÚÑEZ**  
**SARDÓN DE TABOADA**  
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

PONENTE SARDÓN DE TABOADA



## FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

*El Estado tiene la obligación de generar el acceso a condiciones mínimas de subsistencia de una persona y su familia, como requisito previo a la protección efectiva de los derechos fundamentales*

1. El presente caso que ha resuelto el Tribunal Constitucional es uno paradigmático pues refleja el drama humano en el que se ha convertido el acceso a pensiones dignas por parte de nuestros adultos mayores. No sólo se evidencia el histórico abandono del Estado respecto de aquellos, sino que ahora, bajo el argumento de protegerlos, el Poder Legislativo les generó expectativas inconstitucionales y por ello, imposibles de cumplir.
2. Estas acciones u omisiones del Estado nos deben llamar a la reflexión sobre si estamos comprendiendo realmente el rol que le corresponde a éste, o en un sentido más amplio, a reflexionar sobre si tenemos la capacidad de comprender la realidad del sufrimiento humano que padecen nuestros ciudadanos o ciudadanas de mayor edad.
3. En ese sentido, es pertinente citar uno de los votos del ex juez de la Corte IDH Cançado Trindade quien sostuvo lo siguiente: “(...) si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? Un mundo que abandona sus niños en las calles no tiene futuro; ya no posibilita crear y desarrollar un proyecto de vida. Un mundo que se descuida de sus ancianos no tiene pasado; ya no participa de la herencia de la humanidad. Un mundo que sólo conoce y valoriza el presente efímero y fugaz (y por lo tanto desesperador) no inspira fe ni esperanza. Un mundo que pretende ignorar la precariedad de la condición humana no inspira confianza. Trátase de un mundo que ya perdió de vista la dimensión temporal de la existencia humana. Trátase de un mundo que desconoce la perspectiva intergeneracional, o sea, los deberes que cada uno tiene en relación tanto con los que ya recorrieron el camino de sus vidas (nuestros antepasados) como los que todavía están por hacerlo (nuestros descendientes). Trátase de un mundo en que cada uno sobrevive en medio a una completa desintegración espiritual. Trátase de un mundo que se ha simplemente deshumanizado, y que hoy necesita con urgencia despertar para los verdaderos valores”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Voto del juez A.A. Cançado Trindade. Sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los 'Niños de la Calle', del 26 de mayo del 2001, párrafo 21.



4. Por ello, es necesario analizar ¿qué sentido tienen las políticas públicas si no logran hacer justicia para los más vulnerables?, ¿qué sentido tienen las leyes si contienen buenos anhelos pero al final son irreales o impracticables?, ¿qué sentido tiene el Estado si no puede generar igualdad de oportunidades en el acceso a la pensión para todos los peruanos o peruanas o si no les puede asegurar una pensión básica que les permita sobrevivir con dignidad?, o al final ¿qué sentido tiene la política si no sirve al bien común?
5. De seguro que pueden existir variadas respuestas para estas interrogantes, pero lo que no puede faltar en ellas es considerar como núcleo básico de la actividad estatal: *generar acceso a condiciones mínimas de subsistencia de una persona y su familia*. Estas constituyen en cierto sentido condiciones previas para ejercer el resto de derechos fundamentales. Es difícil pensar en el ejercicio efectivo de los derechos civiles, políticos, sociales, entre otros, si las personas o sus familias no cuentan con esas condiciones mínimas de subsistencia.
6. Esto se desprende del artículo 1 de nuestra Constitución cuando establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Tal disposición contiene, entre otros supuestos, un principio general de actuación de las autoridades estatales en el sentido de que la razón de ser de dichas autoridades es la protección efectiva de los derechos fundamentales, siempre en el marco de la Constitución. Para poder lograr dicha protección efectiva de los derechos fundamentales se requiere como presupuesto indispensable la generación de *condiciones mínimas de subsistencia*.
7. De seguro que en el procedimiento seguido para la expedición de la Ley 31083, que establece la devolución de aportes al sistema nacional de pensiones, han confluído las mejores intenciones en procurar algunas mejoras respecto del derecho a la seguridad social de los aportantes activos o inactivos del Decreto Ley 19990. Sin embargo, no bastaban tales intenciones, sino que éstas debían haberse materializado en procedimientos que respetasen disposiciones constitucionales como la del artículo 79, que establece una regla jurídica clara de que “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos”; el artículo 12: “los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles”; o el artículo 118.17: “corresponde al Presidente de la República: administrar la hacienda pública”.
8. Estas reglas de la Constitución están desde hace 27 años en nuestro sistema jurídico y eso lo saben bien todas las autoridades estatales, de modo que al dictar leyes como la Ley 31083, que van contra estas reglas constitucionales, se condenó a dicha ley, desde el primer día de vigencia, a su posterior e inevitable declaratoria de inconstitucionalidad. En el Perú, si una ley genera gastos públicos que no hayan sido



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

presupuestados previamente, va a ser declarada inconstitucional de todas formas. Por ello, el Pleno del Tribunal Constitucional, en decisión unánime, ha declarado inconstitucional la Ley 31083.

9. De este modo, la actuación del Poder Legislativo, al expedir la inconstitucional Ley 31083, se inscribe en ese histórico abandono del Estado respecto del aseguramiento de condiciones mínimas de subsistencia de las personas y sus familias, y en especial del grupo conformado por los adultos mayores. La política se debe ejercer en el marco de la Constitución y no al margen o en contra de ella.

Adicionalmente a lo antes expuesto y a lo expresado en la sentencia, estimo necesario expresar los siguientes argumentos:

### **I. Inconstitucionalidad formal de la Ley 31083**

10. En primer lugar, con relación a la clasificación o tipología de los vicios de inconstitucionalidad, de acuerdo al artículo 75 del Código Procesal Constitucional, la infracción contra la jerarquía normativa puede ser: directa o indirecta, total o parcial, y por la forma o por el fondo.
11. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de establecer que una norma puede incurrir en una infracción constitucional por la forma en tres supuestos (Sentencia 0020-2005-PI/TC acumulados, fundamento 22): a) cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación; b) cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y, c) cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.
12. Para el demandante la presunta infracción constitucional por la forma en la que habría incurrido el Congreso de la República con la promulgación de la Ley 31083, es la que se recoge en el primer supuesto enunciado en el fundamento precedente, esto es, por cuanto se habría producido el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para la aprobación de la norma cuestionada.
13. Debe tenerse en cuenta que si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad; esto no implica que se puedan dejar de observar las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 0015-2012-PI/TC, fundamento 4).
14. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tal y como lo ha expresado este Tribunal en el fundamento 4 de la Sentencia 0006-2018-PI/TC.

15. En el presente caso, dado que las medidas contenidas en la Ley 31083 cuestionada representan una modificación al régimen previsional del Decreto Ley 19990, resulta de aplicación la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que en la parte pertinente establece 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”.
16. En tal sentido, tratándose de reformas a los regímenes pensionarios resulta constitucionalmente obligatorio para el legislador la verificación previa de la sostenibilidad financiera de la iniciativa. Más aún, porque de conformidad con lo establecido por el artículo 79 de la Constitución, el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos.
17. En el presente caso se advierte de los dictámenes de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, y de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, recaídos en el Proyecto de Ley 4977/2020 y otros, que se solicitó opinión técnica al MEF sobre la medida legislativa que se proponía adoptar, por lo que dicha entidad mediante Oficio 150-2020-EF/10.01, de fecha 3 de junio de 2020, remitió el informe correspondiente.
18. Si bien es cierto que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no especifica el procedimiento a seguir por el legislador para verificar la sostenibilidad financiera de la medida cuya aprobación persigue; es posible inferir, que dicha verificación supondrá una necesaria coordinación con el Poder Ejecutivo, al ser este el responsable de dirigir la política económica del país y administrar la hacienda pública (artículo 118, incisos 3 y 17 de la Constitución).
19. En este caso se observa que el Congreso de la República inició un proceso de coordinación con el Poder Ejecutivo; sin embargo, no tomó en consideración la opinión del MEF sobre la falta de sostenibilidad financiera de las medidas que finalmente fueron aprobadas a través de la cuestionada Ley 31083. En efecto, esto se confirma cuando en el Oficio 183-2020-PR, de fecha 18 de setiembre de 2020, remitido por la Presidencia de la República con las observaciones a la autografía de ley, se concluye que:

“[...] las propuestas contenidas en la Autografía de Ley, contradicen lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución pues desconoce el ‘criterio de



sostenibilidad financiera'. En ese sentido, las reglas contenidas en la Autógrafo de Ley aprobada por el Congreso de la República resultan manifiestamente inconstitucionales. Antes que enfrentar una supuesta situación de injusticia, están desconociendo lo dispuesto expresamente por la Constitución” (fojas 58, 58 de la demanda).

20. Por lo expuesto, considero que se ha producido un vicio en el procedimiento legislativo para la expedición de la Ley 31083 porque contraviene lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, de ahí que corresponda declarar fundada la demanda al haberse configurado también su inconstitucionalidad formal.

## **II. La seguridad social y su propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad**

21. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene que el derecho a la seguridad social consiste en “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.”
22. En los fundamentos 8 y 9 de la STC 01473-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional recordó que, basándose en el artículo 10 de la Constitución, que reconoce el régimen de seguridad social, el artículo 11 reconoce el derecho al acceso con libertad a las prestaciones pensionarias, en los siguientes términos: "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 (...)".
23. También precisó que la seguridad social se rige por los principios de:
- (i) universalidad, que significa la extensión del ámbito de los beneficiarios a toda persona;
  - (ii) integridad, que le permite cubrir todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación;
  - (iii) solidaridad, que obliga a todos a cooperar con el cumplimiento de sus objetivos, abonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios;
  - (iv) la unidad en sentido orgánico y estructural;
  - (v) y la internacionalidad referida a la adecuación a un sistema unitario internacional
24. En el fundamento 14 de la STC 00011-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional sostuvo que: “La seguridad social (dentro de cuyo concepto, se entenderá incluido el servicio previsional de salud, conforme a los alcances del artículo 11 de la Constitución) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido".

25. Ahora bien, un componente importante de la seguridad social es el régimen de pensiones. En nuestro país, el régimen previsional nació en el año 1850 con la Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío, que protegió únicamente a los funcionarios públicos. En 1936, gracias a la Ley 8433, se extendió la protección previsional a los obreros particulares, con la creación de la Caja del Seguro Social del Obrero; posteriormente se dictaron las Leyes 10624 y 13724, en los años 1946 y 1962, respectivamente.
26. El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) fue creado por el Decreto Ley 19990, del 24 de abril de 1973, cuya finalidad era consolidar las pensiones de los trabajadores públicos y particulares (obreros y empleados). El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) es contributivo, obligatorio y de reparto. En el sistema de reparto las cotizaciones, contribuciones o aportaciones que efectúan mensualmente los trabajadores activos sirven para pagar las pensiones de los jubilados y cuando aquellos se jubilen sus pensiones serán pagadas con las contribuciones que hagan en ese momento los trabajadores activos.
27. Este sistema de reparto se sustenta en el principio de solidaridad intergeneracional, en el que los trabajadores que se encuentran en actividad financian las prestaciones de los asegurados que están percibiendo pensión en ese mismo momento.
28. Así, se ha sostenido que "Las pensiones pueden ser financiadas mediante el régimen de reparto o mediante sistemas de capitalización. Dentro del primero, podemos distinguir entre simple (sin reservas) y con una reserva de contingencia, mientras que en el último tiene importantes variantes tales como capitalización plena o individual (CPI) y capitalización parcial colectiva (CPC). En el régimen de reparto simple, las contribuciones de la presente generación de asegurados financian las actuales pensiones mientras que las futuras generaciones de asegurados financian las pensiones de los actuales asegurados (cuando llegan a la pasividad). A medida que el sistema madura y que la población envejece, hay necesidad de aumentar las contribuciones, a menudo a niveles intolerables y forzando así al Estado a financiar crecientes déficits (el reparto con una pequeña reserva puede resolver desequilibrios de corto pero no de mediano y largo plazo). Este sistema, por lo tanto, está basado en la solidaridad intrageneracional, por medio de transferencias de los asegurados de altos ingresos a los asegurados de



bajos ingresos”.<sup>11</sup>

29. En el SNP la prestación está definida, esto es, está regulada por la ley, la cual establece un mínimo y un máximo y provee una fórmula para calcularla de acuerdo a los años y al impacto de la contribución.
30. Existen críticas al sistema de reparto. Así, Payet sostiene que “desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son inherentemente inestables. Factores demográficos determinan que la relación entre aportantes y pensionados sea cada vez menor, por efecto del aumento en las expectativas de vida y la reducción de las tasas de natalidad, con lo que disminuyen progresivamente los ingresos del sistema, a la vez que aumentan sus obligaciones. Ello obliga a recortar los beneficios del sistema, a incrementar las aportaciones o a recurrir a subsidios estatales para evitar el colapso”.<sup>12</sup>

### III. El Principio de solidaridad en el Estado Constitucional

31. Acerca del principio de solidaridad y el derecho a la pensión, en la sentencia emitida en la STC 0048-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que “el principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su *ethos* organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1° de la Constitución Política, que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho”.
32. Así también cabe advertir que con relación al principio de solidaridad, el Tribunal Constitucional en las STC 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC ha precisado que: “La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio

---

<sup>11</sup> MESA-LAGO, Carmelo. “La reforma estructural de pensiones en América Latina: Tipología, comprobación de presupuestos y enseñanzas”. En *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reformas*, Alejandro Bonilla, OIT, 1998, p. 77

<sup>12</sup> PAYET, José Antonio. “La reforma estructural en el Sistema de Pensiones”, En: *Ius et veritas* 3(5), 1992, p. 16.



de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.

33. Asimismo, respecto al principio de solidaridad, César Abanto sostiene que: “La solidaridad previsional implica dos expresiones o manifestaciones: **a.** El recambio generacional, por el cual los trabajadores de hoy sostienen con sus aportes a los actuales pensionistas, de la misma forma que éstos financiaron a sus antecesores y, como los hoy asegurados serán sostenidos por los futuros afiliados. Es un reemplazo permanente cíclico. Para que pueda funcionar, debe haber más trabajadores que pensionistas (lo ideal es una proporción mínima de 10 a 1), de tal forma que se constituya como una pirámide (...) **b.** La aplicación de máximos y mínimos. Los integrantes del régimen aceptan que se les impongan gravámenes o límites a sus prestaciones (pensión máxima o tope) para que quienes aportaron menos (en tiempo o cantidad) puedan tener una pensión mínima (...). Por ejemplo, si Juan aportó en base a un sueldo de S/ 10 mil, se le aplicará el tope para que Pedro, que cotizó en base a 1 RMV pueda tener un mínimo S/ 500. Como se aprecia, es un fondo común (social y colectivo) que sirve para recibir el pago de los aportes y distribuirlos (repartirlos) de forma inmediata. No es una cuenta, por lo cual, al ingresar las contribuciones de los trabajadores (asegurados o afiliados) salen de inmediato para pagar las pensiones. Está afectado por factores demográficos (como la tasa de natalidad y la longevidad), económicos (como la informalidad laboral y la morosidad por el impago de los aportes de los empleadores) y políticos”.<sup>13</sup>
34. Como se aprecia, uno de los ámbitos en el que precisamente se exige la materialización del principio de solidaridad, como elemento esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, es aquel relacionado con la protección del derecho a la pensión.

#### **IV. Principios que deben regir la reforma del sistema de pensiones**

35. El Sistema Nacional de Pensiones se encuentra en crisis, pues está desfinanciado, representan una enorme carga financiera al Estado y no brinda una adecuada cobertura a los asegurados, en la medida que las prestaciones que otorga no les garantiza una calidad de vida digna. De otro lado, el Sistema Privado de Pensiones tampoco garantiza pensiones dignas a gran número de sus afiliados.

---

<sup>13</sup> ABANTO REVILLA, César. “ABC de la reforma de pensiones: El reparto, la capitalización y el modelo multipilar”, *La Ley*, 14 de julio de 2020.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

36. El sistema de pensiones en el Perú está fragmentado, tiene baja cobertura previsional, y baja densidad de cotización. Por consiguiente, se requiere con urgencia una reforma estructural del sistema de pensiones, por lo que debe exhortarse al Congreso de la República para que garantice que la reforma del sistema de pensiones se inspire en los siguientes principios: la universalidad de la cobertura; la heterogeneidad; la integralidad del sistema; transparencia en la gestión y buena gestión financiera y administrativa; que sea producto de un amplio debate de todos los integrantes de la relación laboral y de los especialistas; no discriminación, igualdad de género y respuesta a las necesidades especiales; equilibrio económico, financiero y actuarial; mejorar los beneficios y prestaciones; reducir el riesgo de pobreza en la vejez; que tenga en cuenta la elevada informalidad laboral en el país; entre otros.
37. La reforma del sistema de pensiones también tiene que contemplar la condición de aquellos asegurados que alcancen el número mínimo de aportaciones para obtener la pensión general, estableciendo pensiones proporcionales.
38. En la sentencia emitida en el Expediente 00009-2015-PI/TC el Tribunal Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional respecto del tratamiento legislativo desigual e injustificado ante la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado, que se permite en el régimen militar policial pero no en los demás, por lo que dispuso que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año. Este tipo de tratamiento legislativo desigual debe evitarse en la reforma del sistema de pensiones.
39. En la misma sentencia, este Tribunal dispuso que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, conforme a sus atribuciones, promuevan el aumento progresivo de la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionarios. Por consiguiente, la reforma estructural del sistema de pensiones debe contemplar también este aumento progresivo de la pensión.

**S.**

**LEDESMA NARVÁEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 31

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien apoyo la ponencia, considero necesario expresar algunas consideraciones adicionales que paso a detallar:

1. Uno de los extremos de la demanda se refiere a que se habría contravenido el artículo 79 de la Constitución que prohíbe a los congresistas la iniciativa en la generación de gasto público salvo en lo referido a su propio presupuesto.
2. Las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público han sido explicadas de manera más amplia por este Tribunal en el fundamento 30 de la Sentencia 0007-2012-PI/TC, donde sostuvo que dicha disposición constitucional establece que el Parlamento, *motu proprio*, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, *ex novo*, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública, lo que resulta sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, "(...) administrar la hacienda pública". Caso contrario, el Congreso puede emitir norma que impliquen gasto público si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.
3. Sobre la base de estas consideraciones, este Tribunal Constitucional ha señalado recientemente en la sentencia recaída en el expediente 11-2020-PI que el Poder Legislativo necesita de la participación y aprobación previa del Poder Ejecutivo para que resulte constitucionalmente viable la iniciativa que implique creación o aumento del gasto público, lo que en el caso no ha ocurrido.

S.

MIRANDA CANALES



## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien coincido con declarar FUNDADA la demanda e inconstitucional la Ley 31083, considero necesario expresar lo siguiente:

1. El marco general de análisis de la presente controversia consiste en determinar si la ley impugnada es armónica y compatible con el sistema económico que ha recogido la Constitución, el cual se encuentra básicamente desarrollado en su Título III, bajo la denominación de régimen económico.
2. El referido Título III consagra los principios, las reglas, los derechos y los demás aspectos que rigen la economía nacional, tanto en el sector privado como en el sector público.
3. Respecto a este último, establece los principios y las reglas que rigen el presupuesto público, comprendiendo lo atinente a las competencias para su elaboración, aprobación, dirección, distribución y administración, así como las formas de creación y generación de ingresos y de asunción y financiamiento del gasto, entre otros aspectos.
4. Una de las características del régimen económico en mención respecto al sector público es que postula un manejo técnico y ordenado de la economía del Estado, bajo los principios del equilibrio presupuestal, la previsión presupuestal, la prohibición de crear gastos no presupuestados, la anualidad y la legalidad, entre otros.
5. Dentro de ese esquema, no existe habilitación constitucional para que el Congreso de la República, en el ejercicio de su competencia normativa, apruebe normas que generen gasto no presupuestados y al margen del presupuesto público, al punto que el artículo 79 de la Constitución, en su primer párrafo preceptúa: *“Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.”*
6. En el presente proceso, la ley impugnada generaba, al margen del presupuesto público y sin previsión de cobertura un gasto ascendente a más de 15,000 millones de soles, afectando el equilibrio presupuestal, como aparece del informe 0513-2020-EF/53.05 y del informe 0491-2020-EF/42.03 –ambos de fecha 4 de diciembre de 2020–, por lo que su inconstitucionalidad es patente.
7. De otro lado, con la suscripción de los pactos internacionales sobre derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), o el Tratado Europeo de Derechos Humanos, los Estados Constitucionales han asumido la obligación internacional de garantizar los derechos fundamentales.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. Es decir, un especial deber de protección de los derechos humanos, fundamentales o constitucionales<sup>14</sup>. Así, cada Estado se encuentra en la obligación de adoptar las medidas legislativas, económicas y de gobierno, destinadas a garantizar cada derecho fundamental.
9. Ahora bien, el caso de autos se encuentra vinculado con el derecho a la pensión, que, a su vez, encuentra protección a nivel internacional a través del derecho a la seguridad social, el cual ha sido definido por la OIT como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso [al sistema de pensiones], en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”.
10. En el caso concreto de la pensión por jubilación derivada de un sistema de contribuciones o cotizaciones, esta es un componente de la seguridad social que busca satisfacer la necesidad de subsistencia económica; necesidad que persiste para quien dejó de trabajar al cumplirse la contingencia respectiva. Es decir, busca garantizar la supervivencia más allá de la edad prescrita.
11. La pensión de vejez es una especie de salario diferido del trabajador, un derecho adquirido luego de una acumulación de cotizaciones y tiempo laboral cumplido” (fundamento 169 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 21 de noviembre de 2019, Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-Sunat) vs. Perú.
12. Entonces podemos señalar que el derecho a la pensión es un derecho humano y fundamental, que tiene por objeto garantizar una vejez digna a través del pago de una pensión a favor de la persona que cumplió con efectuar las aportaciones respectivas (forma de ahorro programado a futuro) al sistema previsional público o privado existente.
13. En el Perú, los aportes pensionarios tienen el carácter de intangibles, para garantizar al aportante el goce futuro de dicha pensión.

---

<sup>14</sup> Sobre el deber de garantizar los derechos fundamentales, revisar: fundamento 97 de la Sentencia CoIDH Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 3065, fundamento 163 de la Sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; fundamento 280 de la sentencia Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304; fundamento 208 de la Sentencia CoIDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, entre otras. En cuanto a pronunciamientos del Tribunal Constitucional, revisar: Sentencias emitidas en los expedientes 00858-2003-AA/TC, 01417-2005-PA/TC, fundamento 28 y ss; 00032- 2010-PI/TC, fundamento 41, entre otros.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

14. Tal garantía estatal no es exclusiva del Poder Ejecutivo, sino de todo el Estado en su conjunto, es decir, que tal obligación de garantizar este particular derecho fundamental recae no solo en los tres poderes del Estado, sino también en todas las entidades vinculadas con el funcionamiento del sistema (ONP, SUNAT, SUNARP, MEF, entre otros), a fin de hacer efectiva la obtención de dichos fondos.
15. Por ello, considero que, en el presente caso, el análisis de constitucionalidad de la norma impugnada no solo pasa por impedir la injerencia del Congreso de la República en el gasto público, sino también por ponderar el ejercicio de las competencias constitucionales de cada ente o poder público, a fin de no solo optimizar el mandato internacional de garantizar el derecho a la pensión como derecho humano y fundamental, sino de hacerlo materialmente posible.
16. En esa línea, el análisis de constitucionalidad de la Ley 31083 no se reduce únicamente a la falta de fondos para cumplir con los mandatos de devolución y pago que ella contiene, sino a tener en cuenta que por mandato internacional el Estado peruano se encuentra impedido de eliminar la materialización del derecho a la pensión.
17. En tal sentido, aun cuando, hipotéticamente, dicha ley hubiera cumplido con tener la partida presupuestal suficiente para la ejecución de dichos mandatos, igualmente resultaría inconstitucional al afectar y, eventualmente, extinguir el fondo destinado al pago de las pensiones.
18. De ahí que medidas orientadas a afectar o eliminar el fondo de ahorro destinado a garantizar el pago futuro de pensiones resultan inconstitucionales e inconvencionales, pues afectan no solo el régimen económico consagrado en el título III de la Constitución, sino también el equilibrio presupuestal, los principios que lo regulan, la prohibición de iniciativa de gasto público contenida en el artículo 79 de la misma Carta Constitucional y la garantía institucional de realización del derecho a la pensión, entre otros.

S.

**BLUME FORTINI**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 35

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien me encuentro de acuerdo con la posición en mayoría en el sentido de que la demanda debe ser declarada FUNDADA, y, en consecuencia, es inconstitucional la totalidad de la Ley 31083; emito el presente fundamento de voto a fin expresar las siguientes consideraciones:

\*

1. En presente caso, el Poder Ejecutivo solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 31083, Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (en adelante, ONP). Alega que la referida ley es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 10, 11, 12, 43, 77, 78, 79, 105, 118 —incisos 3 y 17— y la primera disposición complementaria final de la Constitución.
2. Teniendo en cuenta los cuestionamientos planteados por el actor, considero necesario agregar algunos argumentos relacionados con: a) la intangibilidad del fondo del Sistema Nacional de Pensiones, establecida en el artículo 12 de la Constitución, b) la sostenibilidad financiera referida en la primera disposición final y transitoria de la Constitución, c) la prohibición de iniciativa de gasto del Congreso de la República, dispuesta en el artículo 79 de la Constitución y d) la inconstitucionalidad formal de la Ley 31083.

\*\*

*En relación con la intangibilidad del fondo del Sistema Nacional de Pensiones, establecida en el artículo 12 de la Constitución*

3. La Constitución reconoce en el artículo 10 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social con el fin de garantizar su protección frente a las contingencias que precise la ley y con miras a la elevación de su calidad de vida. Se advierte, además, que este principio se vincula de forma directa con el derecho a la pensión.
4. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que existe una estrecha relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión, toda vez que la garantía del libre acceso a prestaciones de salud y pensiones detallada en el artículo 11 de la Constitución permite mejorar la calidad de vida de los individuos. Asimismo, el referido derecho debe otorgarse en el marco del sistema de seguridad social reconocido en el artículo 10 de la Constitución. (STC 0022-2015-PI/TC, fund. 21).
5. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el Caso Muelle Flores vs. Perú, ha referido que el derecho a la pensión es un derecho autónomo. En tanto componente del derecho a la seguridad social, la Corte advirtió que el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho a la pensión tiene por objeto “proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado”; y, “busca satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien dejó de trabajar, al cumplirse la contingencia con base en la supervivencia más allá de la edad prescrita”. (párrs. 183 y 185).

6. Asimismo, en la Observación General 19, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité de Desc) señaló que el derecho a la seguridad social tiene entre sus elementos fundamentales: a) disponibilidad, la cual requiere que el derecho a la seguridad social “se haya establecido y funcione un sistema (...) que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate (...). Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.”, b) riesgos e imprevistos sociales, c) nivel suficiente y d) accesibilidad (párrs. 10 al 27).
7. En líneas generales, analizando lo señalado por el Tribunal Constitucional, en concordancia con las interpretaciones realizadas por la Corte IDH y el Comité de Desc sobre el derecho a la pensión y a la seguridad social, las cuales forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, se advierte que el derecho a la pensión garantiza que el individuo satisfaga su necesidad de subsistencia económica cuando se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener medios de subsistencia por su cuenta, con miras a elevar su calidad de vida.
8. Teniendo en cuenta el contenido del derecho a la pensión, en el marco del Estado democrático y social de derecho, su plena eficacia coadyuva a que se cumpla uno de los fines de aquél, el cual es alcanzar la justicia social. En efecto, el estado peruano es un Estado democrático y social de derecho, conforme se encuentra reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Una de las características de este modelo de estado, es la cláusula de estado social, la cual tiene entre sus objetivos garantizar la igualdad material, y con ello se coadyuva a lograr la justicia social. Como se advirtió anteriormente, el derecho a la pensión garantiza que el individuo satisfaga su necesidad de subsistencia económica, con miras a elevar su calidad de vida. Consecuentemente, el derecho a la pensión coadyuva a lograr la justicia social, en la medida que busca elevar la calidad de vida del individuo que se encuentra en situación de vulnerabilidad.
9. Ahora bien, nuestro modelo pensionario cuenta principalmente con dos sistemas de pensiones que coexisten. Por un lado, el Sistema Público de Pensiones, que agrupa a más de un régimen de reparto, como son los establecidos por los Decretos Leyes 19846, 19990 y 20530, entre otros. Y, por el otro, el Sistema Privado de Pensiones, que es un único régimen de capitalización individual creado por el Decreto Ley N.º 25987.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. El Sistema Público de Pensiones tiene un fondo común, al que ingresan los aportes de los afiliados y del cual se proveen las pensiones. En estos fondos no hay cuentas individuales, por lo que los montos de las pensiones no están relacionados con lo aportado. En ese sentido, el Sistema Público de Pensiones es diferente del Sistema Privado de Pensiones, en el que cada afiliado tiene su propio fondo.
11. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha explicado que, si bien la pensión es parte del patrimonio de la persona, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, fund. 97; STC 0022-2015-PI/TC, fund. 68).
12. En el Sistema Público de Pensiones, el principio de solidaridad se manifiesta en la participación de los trabajadores activos, por medio de sus aportes, para sustentar las pensiones a los jubilados y así cooperar en la calidad de vida de estos últimos. Y es que el principio de solidaridad, derivado de la cláusula de Estado social, implica el compromiso del Estado y la sociedad con sus fines sociales.
13. En esa línea, el principio de solidaridad se evidencia en la contribución de los trabajadores activos para sostener el pago de las pensiones de la población pensionista actual. Si el trabajador que aporta es de la misma generación que las personas que reciben la pensión, la solidaridad que se presenta es intrageneracional. Mientras que, si el trabajador que contribuye con sus aportes es de una generación diferente de la población que cobra las pensiones, se constituye como solidaridad intergeneracional, dimensión bajo la cual los actuales trabajadores recibirán sus respectivas pensiones de los aportes de las futuras generaciones de trabajadores, y así sucesivamente.
14. Cabe anotar que el principio de solidaridad intergeneracional involucra también dar una atención especial en el cuidado y establecer políticas enfocadas en la participación e integración de los adultos mayores en la sociedad. En efecto, el principio de solidaridad intergeneracional implica, además de cooperación entre generaciones diversas, convivencia, integración y colaboración mutua. Según las Naciones Unidas, la cantidad de población adulta mayor se triplicará en unos años<sup>15</sup>, por lo que van adquiriendo mayor notoriedad en la vida social. En este sentido, dado que el Estado es para todos y de todas las edades, resulta necesario que se adopten medidas que inserten a las personas adultas mayores en la sociedad y el mercado económico, que se aproveche su potencial, convivan entre las diversas generaciones, intercambien experiencias y fortalezcan sus vínculos sociales.
15. En suma, se advierte que la estructura como está planteado el Sistema Público de Pensiones, con un fondo común, contribuye a alcanzar uno de los fines del Estado democrático y social de derecho, el cual es garantizar la igualdad material de los pensionistas, mediante la elevación de la calidad de vida de estos, en consonancia con el principio de solidaridad.

---

<sup>15</sup> Recuperado el 5 de febrero de 2021. En <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html>



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16. Ahora bien, el derecho a la pensión puede ser objeto de restricciones. Sin embargo, tales restricciones no deben ser arbitrarias, con lo que está proscrito vaciar el contenido del derecho a la pensión. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la seguridad social está blindada contra toda reforma legislativa o constitucional que anule o vacíe su contenido (STC 0050-2004-AI/TC y otras, fund. 54). Por su parte, el Comité de Desc refiere que el derecho a la seguridad social no debe ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado (Observación General 19, párr. 9).
17. En esta línea, el artículo 12 de la Constitución, que regula la intangibilidad de los fondos de seguridad social, se constituye como una garantía institucional del derecho a la pensión. Dicha disposición constitucional establece que “Los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles”. De esta regla, se observa que su razón subyacente se sostiene en proteger el fondo previsional de toda intromisión que vacíe el contenido del derecho a la pensión.
18. En suma, de lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la plena efectividad del derecho a la pensión coadyuva a alcanzar uno de los fines del Estado democrático y social de derecho, el cual es la igualdad material y justicia social, en la medida que su objetivo es elevar la calidad de vida del individuo que percibe la pensión. Asimismo, en el Sistema Nacional de Pensiones, el principio de solidaridad se manifiesta con la participación de los trabajadores en el sostenimiento de las pensiones de los que las perciben. Y, el derecho a la pensión no puede ser objeto de restricciones arbitrarias que vacíen su contenido, de ahí que la prohibición de intangibilidad de los fondos de seguridad social es una garantía frente a toda intromisión arbitraria.
19. En ese contexto, se observa que la ejecución de la cuestionada Ley 31083 involucraría la disposición de la totalidad del fondo del Sistema Nacional de Pensiones. Y es que, la ejecución de la Ley 31083 genera un gasto ascendente a S/15, 956 millones. Para cumplir con dicho pago, se haría uso del fondo mensual transitorio, que se forma con los aportes de los afiliados al SNP y que se utiliza para el pago de las pensiones de los jubilados, más el pago de un gasto público no presupuestado, lo cual implica un impacto fiscal en el 2,3 % del Producto Bruto Interno (PBI). Ello acentuaría el deterioro del déficit fiscal que ascendería a 13,0 % del PBI; asimismo la deuda pública se incrementaría alcanzando niveles de 37,7 % del PBI generando riesgos sobre la sostenibilidad fiscal.<sup>16</sup>
20. En ese sentido, se advierte que la Ley 31083 viola el derecho a la pensión de los jubilados que se encuentran percibiendo pensiones, toda vez que estos sujetos no podrían recibir alguna pensión al no haber fondos. Con ello, se obstaculizaría en la consecución de uno de los fines del Estado democrático y social de derecho, dado que la falta de acceso a la pensión

---

<sup>16</sup> Cfr. Informe 491-2020-EF/42.03 del MEF (fojas 108, vuelta de la demanda); así como el Oficio N° 183-2020-PR, de 18 de setiembre de 2020, remitido por la Presidencia de la República con las observaciones a la autógrafa de ley (fojas 44 y 55 de la demanda).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

menoscabaría en la calidad de vida de los pensionistas, quienes en su mayoría se encuentran en situación de vulnerabilidad. Aunado a ello, la disposición total del fondo común del Sistema Nacional de Pensiones vulneraría el principio de solidaridad en el sistema previsional público, puesto que los aportes de los trabajadores serían vaciados, con lo cual no participarían en el sostenimiento de las pensiones de los sujetos que las perciben. Asimismo, la Ley 31083 viola el artículo 12 de la Constitución, que establece la intangibilidad de los fondos de seguridad social, en la medida que su ejecución involucra la disposición del fondo común del Sistema Nacional de Pensiones.

21. Sin perjuicio de lo expuesto, pensando en mantener y mejorar el Sistema Nacional de Pensiones, considero relevante exhortar que, en virtud de los principios de colaboración entre poderes y balance entre poderes, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República articulen esfuerzos, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, para examinar los casos de las personas que principalmente son afectadas con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 31083. Entre estas personas se encuentran las que no cumplieron con los requisitos de aportes para acceder a una pensión, aquellos trabajadores cuyos empleadores no realizaron el pago respectivo al Sistema Nacional de Pensiones, entre otras.

\*\*\*

*En relación con la sostenibilidad financiera establecida en la primera disposición final y transitoria de la Constitución.*

22. En cuanto al principio de sostenibilidad financiera contemplado en la Primera Disposición Final y Transitoria que rige en materia pensionaria, el Tribunal Constitucional ha señalado que “constituye el soporte en la seguridad social y en el ámbito del derecho a la pensión” (STC 00050-2004-PI, fund. 50 y 88).
23. En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que “la sostenibilidad financiera es un principio constitucional que debe ser consultado en la dirección y control del sistema de seguridad social” [C-078/17]. Asimismo, se ha señalado que dicho principio exige del legislador que “cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones” [C-111/06].
24. En esta línea, Arenas afirma, en la obra *Los sistemas de pensiones en la encrucijada: desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, que la sostenibilidad de los sistemas de pensiones es un concepto integral que incluye al menos tres dimensiones: i) la cobertura adecuada, ii) la suficiencia de las prestaciones y iii) la sostenibilidad financiera (Arenas, 2019, p.20)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Arenas de Mesa, Alberto (2019), *Los sistemas de pensiones en la encrucijada: desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, CEPAL, N° 159 (LC/PUB.2019/19-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado el 5 de febrero de 2021. En: *Los sistemas de pensiones en la encrucijada: desafíos para la sostenibilidad en América Latina* (cepal.org)



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25. La sostenibilidad financiera reconoce, por un lado, las limitaciones económicas del Estado, y por el otro, la necesidad de hacer todos los esfuerzos para garantizar los derechos fundamentales. En ese sentido, permite al Estado cumplir con sus obligaciones según sus limitaciones presupuestales. Así, la sostenibilidad financiera comprende el análisis de un equilibrio o una proporcionalidad entre la existencia de presupuesto público, las necesidades de los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, la urgencia, la situación de desventaja estructural, entre otros elementos.
26. En el presente caso, las medidas dispuestas por la cuestionada Ley 31083, no tienen en cuenta ninguno de los criterios expuestos (por ejm. no tiene fuente financiamiento para cubrir los cerca de 15,000 millones de soles que implica su ejecución, tampoco toma en cuenta las necesidades particulares de determinados grupos en situación de vulnerabilidad dentro de los beneficiarios, etc.). Con ello, se observa que afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones, dispuesta en la primera disposición final y transitoria de la Constitución.

\*\*\*\*

*Sobre la prohibición de iniciativa de gasto del Congreso de la República, establecida en el artículo 79 de la Constitución*

27. En el artículo 79 de la Constitución se encuentra establecido que los “representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”.
28. Esta disposición constitucional constituye una manifestación del principio de separación de poderes, el cual es una de las características esenciales del Estado de derecho.
29. En efecto, el Estado de derecho tiene entre sus características primordiales el principio de separación de poderes o funciones. Este principio garantiza que el poder político se distribuya entre los diferentes órganos estatales, a fin de evitar su concentración y, en ese sentido, se encuentra encaminado a salvaguardar los derechos fundamentales de eventuales ejercicios abusivos del poder político (STC 0006-2018-PI/TC, fund. 46).
30. Así, en la Constitución peruana, el principio de separación de poderes se encuentra reconocido en su artículo 43 y su contenido es detallado por todo su Título IV. En dicho contexto, el artículo 118 inciso 17 de la Constitución le atribuye al Poder Ejecutivo, la competencia de administrar la hacienda pública (STC 0002-2013-CC/TC, fund. 10). En consonancia con esta competencia, el artículo 79 de la Constitución, establece una regla que prohíbe a los Congresistas presentar iniciativas que creen o aumenten el gasto público, con la salvedad de lo referido a su propio presupuesto.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

31. Como se puede advertir, con la prohibición prescrita en el artículo 79 de la Constitución, el constituyente buscó suprimir de manera expresa toda intromisión del Congreso en el manejo de la hacienda pública, la cual es competencia del Poder Ejecutivo. Con ello, se garantiza el principio de separación de poderes, el cual es clave en la estructura del Estado constitucional de derecho. Claro está que el artículo 79 referido también se relaciona con otros principios, como el equilibrio y la unidad presupuestal.
32. En el presente caso, se observa que la Ley 31083, genera gastos públicos, en la medida que, según el Informe 491-2020-EF/42.03, su ejecución “implica un impacto fiscal, a través del mayor gasto público no presupuestado por cerca de S/15, 956 millones (2,3% del PBI)”.
33. En consecuencia, el Congreso de la República transgredió una de las competencias del Poder Ejecutivo al haber aprobado la Ley 31083, que genera gastos públicos, ya que su aplicación implica administrar la hacienda pública. En este sentido, se puede concluir que la Ley 31083 es inconstitucional por haber violado la prohibición establecida en el artículo 79 de la Constitución, las competencias atribuidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118 inciso 17 de la Constitución, y atentado contra el principio de separación de poderes, reconocido en el artículo 43 de la Constitución.

\*\*\*\*\*

### *Sobre la inconstitucionalidad formal de la Ley 30230*

34. El Tribunal Constitucional ha señalado que “una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente, en 3 supuestos: a) cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento de producción normativa previsto en la Constitución; b) cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y, c) cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo” (STC 20-2005-PI/TC y 21-2005-PI/TC - acumulados- fundamento jurídico 22).
35. Es en dicho marco que corresponde analizar si la Ley 31083 adolece de vicios formales en su producción normativa.
36. La primera disposición final y transitoria de la Constitución señala 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”. (el subrayado es nuestro)
37. A fin de contar con un criterio objetivo de sostenibilidad financiera, resulta relevante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 2, incisos 3 y 4, del Decreto de Urgencia 15-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020. En los incisos 3 y 4 del numeral referido, se ha establecido



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

que toda disposición legal que autorice gastos no previstos debe especificar el financiamiento, así como también debe contar con una evaluación presupuestal y un análisis costo-beneficio.

38. De las disposiciones constitucional y legal expuestas, se puede observar que un elemento objetivo que acredite la sostenibilidad financiera de las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios, es lo referido en el Decreto de Urgencia 15-2019, esto es, que existan evaluaciones de índole presupuestal que contengan la fuente del financiamiento y el análisis costo-beneficio. Y, estas evaluaciones deben ser favorables, pues si fueran adversos, la modificación legal que se pretenda introducir no tendría sostenibilidad financiera, lo que derivaría en que la primera disposición final y transitoria de la Constitución careciera de efectos prácticos.
39. De otro lado, el artículo 79 de la Constitución señala “(...) En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas”.
40. La Ley 27038, Ley que modifica el Decreto Legislativo N 816 - Código Tributario, y Normas Conexas, de fecha 31 de diciembre de 1997, establece en su artículo 2 que: "Las aportaciones que administran el Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS y la Oficina de Normalización Previsional - ONP se rigen por las normas de este Código, salvo aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales los mismos que serán señalados por Decreto Supremo."
41. De las disposiciones constitucional y legal expuestas, se advierte que, dado que los aportes que administra la Oficina Nacional de Pensiones son considerados como tributo, las modificaciones legales que se introduzcan en el régimen nacional de pensiones requieren de un previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.
42. Como puede observarse, del análisis de las disposiciones constitucionales, así como de las normas conformantes del bloque de constitucionalidad en el presente caso, es decir, el Decreto de Urgencia 15-2019 y la Ley 27038, se infiere que la materia sobre la que versa la norma impugnada, esto es, las modificaciones legales que se introduzcan en el régimen del sistema nacional de pensiones, requiere de un informe previo favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para que se acredite su sostenibilidad.
43. Este requisito del informe previo favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en el procedimiento de elaboración de normas legales que modifiquen los regímenes pensionarios actuales, debe ser realizado en consonancia con los principios de cooperación de poderes y balance entre poderes, los cual son rasgos del principio de separación de poderes. Y es que, por un lado, el principio de cooperación de poderes implica que entre los poderes públicos se aplique el principio de lealtad constitucional, el cual, además del respeto a las competencias y funciones, orienta el comportamiento de los actores estatales, hacia la consecución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del bien común. Por su parte, el principio de balance entre poderes involucra que haya cooperación y coordinación entre los poderes (cfr. STC 0006-2018-PI/TC, fund. 56). Por tanto, el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Finanzas involucra que los Poderes Ejecutivo y Legislativo coordinen y cooperen, respetando sus competencias, para que, de manera articulada, se generen normas que tengan sostenibilidad y garanticen de manera efectiva los derechos fundamentales.

44. Asimismo, cabe recordar que, en el Estado constitucional de derecho, la garantía efectiva de los derechos fundamentales no solo se realiza a nivel jurisdiccional, sino también con la participación del legislador y la Administración. La participación de estos poderes en la garantía de los derechos fundamentales se encuentra sujeta a principios, como la dignidad, la cláusula de Estado social, la cooperación y balance de poderes como parte del principio de separación de poderes, entre otros.
45. En el caso de autos, se observa que la Ley 31083 no contó con un informe previo favorable emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas.
46. Consecuentemente, se concluye que la Ley 31083 es inconstitucional por la forma, en la medida que fue aprobada sin seguir el procedimiento constitucionalmente previsto. Y es que, al introducir modificaciones en el régimen del sistema nacional de pensiones, requería de un informe favorable sobre su sostenibilidad financiera, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas.
47. De ahí que se advierte también que, al emitir la Ley 31083, el Congreso de la República, inobservó los principios de cooperación de poderes y balance entre poderes, y así no coadyuvó a la garantía efectiva del derecho fundamental a la pensión.
48. Por ello, se exhorta que, en virtud de los principios de colaboración y balance entre poderes, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República coordinen y evalúen las posibilidades, las recomendaciones de los órganos técnicos, las propuestas legislativas presentadas por los distintos poderes del Estado, para garantizar efectivamente el derecho a la pensión.

\*\*\*\*\*

49. Finalmente, en virtud del principio de presunción de constitucionalidad, todas las normas producidas por los diversos organismos existentes en un ordenamiento jurídico, se reputan constitucionales, salvo que se determine su inconstitucionalidad.
50. En el presente caso, se observa que, el 21 de diciembre de 2020, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto de Urgencia 137-2020, mediante el cual dio cumplimiento al tercer mandato contenido en la Ley 31083 impugnada.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

51. Dado que la Ley 31083 se presumía constitucional, el Decreto de Urgencia 137-2020, tiene vigencia hasta la emisión de la presente sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley 31083. En dicho sentido, no cabe ordenar la devolución de lo dispuesto por el Decreto de Urgencia 137-2020, pues este fue promulgado cuando se presumía la constitucionalidad de la ley que le dio origen.

\*\*\*\*\*

52. Por todo lo expuesto, estimo que la Ley 31083 es inconstitucional por el fondo y la forma.
53. Asimismo, pensando en mantener y mejorar el Sistema Nacional de Pensiones, considero que es necesario exhortar que, en virtud de los principios de colaboración y balance entre poderes, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República articulen esfuerzos, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, para examinar los casos de las personas que principalmente son afectadas con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 31083. En particular, de las personas que no cumplieron con los requisitos de aportes para acceder a una pensión, de aquellos trabajadores que no generaron aportes por cuanto sus empleadores no realizaron el pago respectivo al Sistema Nacional de Pensiones, entre otros.

S.

**RAMOS NÚÑEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 45

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien me encuentro de acuerdo con el sentido de la sentencia, pues la norma cuestionada es sin dudas inconstitucional, y así debe declararse, encuentro de dicha inconstitucionalidad se da tanto en lo referido a la inconstitucionalidad de procedimientos, órganos competencia y trámite (la denominada inconstitucionalidad por forma) como en lo referido al contenido, ejercicio y alcances de la pretensión planteada (la llamada inconstitucionalidad por el fondo). Por ello, considero pertinente hacer algunas precisiones sobre mi perspectiva en torno a cómo debe entenderse lo resuelto en este caso.

En primer lugar, considero que una cuestión como la aquí abordada no puede hacerse al margen de reconocer que en nuestro país existe una enorme deuda social con un sector vulnerable como el de los pensionistas, situación que se ha puesto en mayor evidencia en este contexto pandémico, contexto pandémico que ha implicado limitaciones de todo tipo (inicialmente físicas, pero también económicas y, sobre todo, en el desarrollo de los planes de vida de cada quien). En este marco, es evidente que se han recrudecido las desigualdades y se ha exacerbado la pobreza, y se ha complicado seriamente la posibilidad de que todas las personas puedan satisfacer sus necesidades humanas básicas. Frente a ello, el Estado –todo él, incluyendo al Tribunal Constitucional– tiene deberes impostergables que cumplir, por mandato de la misma Constitución, frente a la existencia y el arraigo de la pobreza y la desigualdad. Al respecto, conviene tener presente como el Tribunal Constitucional peruano, en diferentes y recientes sentencias, ha ratificado la tutela especial y urgente que merecen las personas en situación de vulnerabilidad; y de manera específica, ha abordado la situación que le toca enfrentar a los adultos mayores (por ejemplo: Sentencias 05157-2014-PA/TC, 02834-2013-HC/TC y 02214-2014-PA/TC, entre otras).

Ahora bien, y muy a despecho de lo anotado, también es importante ser claro en señalar que concretizar el denominado por muchos(as) “contenido social de la Constitución” nunca puede ser hecho al margen de las normas imperativas y el reparto de competencias establecido por la misma Constitución, el cual es un elemento central dentro de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Aquello permite que un Tribunal Constitucional como el peruano a través de sentencias estructurales, o de igual modo cuando emite sentencias que declaran la existencia de estados de cosas inconstitucionales, lo que hace básicamente el Tribunal Constitucional peruano es reconocer que ha existido un incumplimiento por parte de diversos agentes en atender los deberes preexistentes que surgen de la Carta fundamental para así proteger mejor a los diferentes derechos. De este modo, estamos ante exigencias que se mueven dentro del marco de lo dispuesto constitucionalmente, mediante disposiciones orientadas precisamente a dotar a la Constitución de eficacia real.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este escenario se encuentra lo previsto en el artículo 79 de la Constitución, donde se aclara que el Congreso no cuenta con iniciativa de gasto (no puede aprobar proyectos que generen gastos públicos sin contar con el informe (verdadera autorización) de la entidad que conduce la Hacienda pública en nuestro país, según la misma Constitución. La vulneración del procedimiento constitucionalmente previsto es palmaria e indisimulable, máxime si en la audiencia de la vista de la causa el Procurador del Congreso reconoció que en este caso no se había seguido el trámite constitucionalmente prescrito, sino que directamente el Congreso “había tomado contacto con los pensionistas, verdaderos dueños de los aportes otorgados a la ONP”, afirmación que además, como veremos después, es absolutamente falsa.

Por el contrario, y a pesar de cualquier buena intención que pueda encontrarse detrás de la ley cuestionada, claramente esta regulación resulta contraria a la Constitución, tal como lo ha reconocido la unanimidad de los actuales integrantes del Tribunal Constitucional del Perú. Al respecto, es importante destacar que ninguna buena intención justifica ir en contra de la Carta Fundamental. De aceptarse lo contrario, el nuestro dejaría de ser un Estado Constitucional, es decir, uno en el cual la voluntad (o las intenciones) de las autoridades y las personas se encuentran subordinadas al Derecho y, ciertamente, a la Constitución.

En relación con el objeto y contenido de la pretensión discutida (el denominado “fondo de la controversia”, la constitucionalidad o no de la Ley 31083, “Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional”), una primera cuestión que debe esclarecerse es la naturaleza de los aportes realizados al Sistema Nacional (o Público) de Pensiones (SNP), los cuales van al fondo administrado por la Oficina Nacional de Pensiones (ONP). Al respecto, es claro que, atendiendo al modelo del sistema previsional solidario al que se adscribe el SNP, dichos fondos deben ser calificados como “contribuciones”, es decir, como un tipo de obligación impositiva (tributo) dirigida a la prestación de un servicio futuro. Siendo así, el dinero que se aporta al SNP no es de propiedad de los aportantes, ni queda ahorrado en cuentas individuales destinadas para cada aportante, sino que forma parte del tesoro público. Expresado de otro modo, dichos aportes hacen parte de un fondo con un destino social, y no constituyen alguna forma de aporte o fondo individual, como sí sería lo que ocurre con los aportes que se realizan en el sistema privado de pensiones.

Como es ampliamente conocido, el SNP funciona a través del llamado “sistema de reparto”, y, por ende, los aportes que ingresan están dirigidos exclusivamente al pago de las pensiones para jubilados y jubiladas, así como para cubrir diversas contingencias sociales (descansos o licencias por salud, maternidad, incapacidad; pensiones de viudez, orfandad, incapacidad permanente, etc.) Como puede apreciarse, en lo que se refiere a los aportes con fin previsional, el SNP se basa en una solidaridad intergeneracional, ya que es un aporte solidario que realizan trabajadores y trabajadoras hoy en funciones para cubrir las pensiones de los jubilados actuales, y no para acumular fondos individuales que le serán devueltos a quienes ahora son aportantes en el futuro.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Siendo así, es obvio que quitarle recursos al fondo que alimenta al sistema, en la práctica, implica dismantlar o desfinanciar el sistema público solidario. Inclusive ahora, y conforme ha sido explicado por funcionarios gubernamentales en diversos medios de comunicación, actualmente este fondo no tiene dinero suficiente para financiar al propio sistema, por lo cual el Estado tiene que asignar once mil quinientos millones de soles para poder cubrir el déficit existente. En este orden de ideas, parece claro que quitarle recursos al fondo significa, ineludiblemente, sacrificar, o cuando menos, poner en riesgo a los pensionistas actuales (si los pensionistas retiran lo que suponen su dinero sin serlo, no habrá luego para ellos fondo solidario intergeneracional que les proteja cuando realmente más lo necesiten) o del futuro (quien quiera recibir una pensión carecerá del fondo solidario que le tutele y tendrá que confiarse básicamente en la buena o mala voluntad que le demuestre el Estado). Dismantlar el actual sistema implicaría, además, que el Estado peruano, en plena época de pandemia, debería desprenderse de unos quince mil novecientos millones de soles, y luego tendría que seguir desembolsando ingentes sumas de dinero mientras no se recomponga debidamente el fondo solidario intergeneracional antes existentes. Precisamente para evitar que algo así ocurra, y que se ponga en riesgo la propia subsistencia del fondo previsional, el artículo 12 de la Constitución ha establecido, de manera indubitable, que “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles”.

Asimismo, y como de alguna manera ya lo indiqué, considero que la Ley 31083 es inconstitucional porque invade de manera manifiesta la competencia del Poder Ejecutivo relacionada con el manejo de la hacienda pública (artículo 118, inciso 17 de la Constitución: “Corresponde al Presidente de la República: [...] Administrar la hacienda pública”); y como si lo ya expuesto no fuese suficiente, porque crea gastos, yendo directamente en contra de lo prescrito en una prohibición constitucional expresa (artículo 79 de la Constitución: “Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos”). Estamos, pues, como ya en este mismo texto se ha señalado) ante un vicio de inconstitucionalidad flagrante, que va contra una regulación expresa contenida en la Norma fundamental.

Ahora bien, en este sentido, resulta claro asimismo que el contar con un informe favorable de sostenibilidad financiera por parte del Ministerio de Economía y Finanzas no tiene un propósito meramente ilustrativo, sino más bien resulta esencial cuando se discute en torno a regulaciones que impliquen algún tipo de gasto. De este modo, es competencia del Gobierno emitir este informe, en el sentido que corresponda, tomando en cuenta lo relacionado con el principio constitucional de equilibrio y estabilidad presupuestaria, y que solo puede continuarse con el trámite legislativo si el referido informe es emitido en sentido favorable.

De manera complementaria, es necesario agregar que en casos como este es necesario atender especialmente al criterio de “corrección funcional”, que implica “respetar las atribuciones, facultades y competencias [de] cada órgano o institución reconocidos en la Norma Fundamental” (Resolución 0006-2009-PI/TC). Asimismo, este Tribunal ha señalado que las competencias de los órganos del Estado, y más específicamente las relaciones entre el Congreso y



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el Gobierno deben regirse por los principios de colaboración de poderes y cooperación de poderes, cooperación que a su vez comprende a la lealtad constitucional, la cual, “además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común” (Sentencia 0006-2019-CC/TC). De este modo, si es al Gobierno al que le compete establecer o fijar los gastos públicos, y no al Congreso, es en dicho marco que debe entenderse el procedimiento de conformación de las leyes y el carácter esencial que dentro de este procedimiento tiene el Informe del Gobierno (y más específicamente del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)), máxime en situaciones como las descritas por el artículo 79 de la Constitución peruana de 1993.

Además de lo indicado, estimo necesario precisar que no corresponde en este caso hacer un juicio o valoración en torno al funcionamiento o la pertinencia al sistema público de pensiones (modelo del SNP), pues no es lo que hoy se ha puesto a consideración de este Tribunal. Además, aquello, tal como ha sido planteado, involucraría efectuar un juicio de calidad u oportunidad que absolutamente se encuentra en las antípodas del razonamiento propio de un(a) juez(a) constitucional. Por ende, con todo respeto, debo apartarme de cualquier referencia, como se puede apreciar, indebida que pudiera haberse indicado en la sentencia al respecto. Un análisis jurídico al respecto, de ser el caso, estaría más bien dirigido a evaluar si corresponde aplicar aquí aquellos criterios destinados a desarrollar aquel control de políticas públicas, criterios que ya este Tribunal Constitucional ha venido empleando en casos distintos al presente (cfr. Sentencias 00014-2014-PI y otros, 0033-2010-PI, 03228-2012-PA y 02566-2014-PA). Las quejas sobre la lentitud de la ONP para entregar sus pensiones, o la falta de necesidad de que existan largos procesos entre los pensionistas y la ONP sobre el monto de pensión son sin duda problemas de especial relevancia, pero cuyo tratamiento excede los parámetros del debate correspondiente al presente proceso.

Asimismo, debo precisar que, en rigor, en este caso tampoco corresponde emitir un pronunciamiento en torno al equilibrio o la estabilidad presupuestaria, pues, como ha sido esclarecido, la ley impugnada fue emitida invadiendo competencias propias del Gobierno, que es a quien finalmente le corresponde prever los gastos atendiendo al equilibrio fiscal o presupuestal. Por lo tanto, es incorrecto y hasta contraproducente pedirle al Congreso que tome en cuenta dicho criterio, cuando, reitero, se trata de una competencia que no puede ni debe ejercer.

En todo caso, resulta impostergable anotar que lo señalado de ningún modo puede ser óbice para que el Estado (y, en especial, tanto el Gobierno como el Congreso) no atiendan debida y oportunamente a sus obligaciones de satisfacer las necesidades humanas básicas de cualquier persona, sobre todo si dicha persona se encuentra en situación de vulnerabilidad, **hasta el “máximo de los recursos disponibles”** conforme a los estándares internacionales (PIDESC, artículo 2.1) y la jurisprudencia de este órgano colegiado (v. gr. Sentencia 0033-2010-PI/TC). Incluso más, debo recordar que este Tribunal Constitucional ha establecido, de manera reciente, que los derechos, expresores de la satisfacción de las necesidades humanas básicas, deben ser cumplidos **de manera incondicionada en lo que concierne a sus obliga-**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 49

**ciones mínimas esenciales** (Sentencia 01470-2016-HC/TC). Insinuar siquiera que la evaluación de sostenibilidad de los diferentes proyectos, programas o actividades impulsados por o desde el Estado implica exigir la rentabilidad de los mismos solamente es la demostración de una profunda ignorancia sobre cuál es el rol del Estado dentro de un Estado Constitucional.

Antes, incluso parte del liberalismo más extremo, le reclamaban al estado actuar en favor del bien común, y eso no involucraba buscar alguna rentabilidad en particular. Hoy, con mucho mayor razón, cuando un constitucionalismo de los derechos recostado en una polisémica y hasta contradictoria dignidad es sustituido por un constitucionalismo de la satisfacción de las necesidades humanas básicas, se hace evidente que la orientación de la tutela de los sectores vulnerables no se mide por el tamaño de una billetera o por el pensamiento de un cajero. La sostenibilidad de un proyecto, programa o actividad en favor de sectores vulnerables se mide por la mejora objetiva que se obtenga dentro de ese sector de la población.

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones | 50

**VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA**

Estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, que declara **FUNDADA** la demanda, y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31083.

Lima, 05 de febrero de 2021

**S.**

**FERRERO COSTA**