

# EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ENRIQUE MANUEL ARIAS DÍAZ<sup>(1)</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

---

La Constitución de 1979 instauró un modelo de seguridad social que se encontraba centralmente a cargo de una institución pública y permitía de forma complementaria la participación de entidades privadas a fin de obtener prestaciones mejores o adicionales. Nuestra actual Constitución no ha establecido –al menos de manera expresa– la preeminencia de la participación de algún tipo de institución.

En efecto, la Constitución de 1993 señala en su artículo 11 que: “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”; evidenciándose con ello que ya no se otorga un papel protagónico a alguna organización estatal, asumiendo el Estado un rol supervisor y/o de garantía en las prestaciones de la seguridad social.

Es así que hoy en día, en materia previsional, existe un modelo privado que opera de forma paralela al sistema público históricamente imperante. En tal sentido, consideramos interesante observar lo señalado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), última palabra en asuntos constitucionales, en relación las notas definidoras del sistema privado y a la inserción de este dentro de nuestro sistema de seguridad social.

---

(1) Estudiante de la Facultad de derecho de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú. Mención honrosa en concurso univertario.

## II. LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

---

Como señala la doctrina, “[l]a seguridad social es el más reciente y perfecto de los mecanismos de superación de las necesidades sociales que ha creado la humanidad<sup>(2)</sup>”. Así pues, la seguridad social ha sido definida como aquel “conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables<sup>(3)</sup>”, agregándose la idea de que tendencialmente tales medidas “se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas<sup>(4)</sup>” (énfasis original).

De ese modo, puede identificarse a la seguridad social como un mecanismo mediante el cual la sociedad afronta determinadas contingencias que afectan a los individuos, tales como la enfermedad, la incapacidad permanente o temporal, la vejez, el desempleo, etc.; en consideración a que ellas implican un estado de necesidad que requiere ser superado, usualmente mediante el goce de una determinada asistencia, como la médica, o mediante la obtención de una prestación económica (pensión).

En la actualidad, la seguridad social constituye un ordenamiento independiente y diferenciado del Derecho del Trabajo<sup>(5)</sup>, teniendo entre sus principios inspiradores los de universalidad, igualdad, solidaridad, unidad, protección e internacionalidad<sup>(6)</sup>. Al igual que en los demás ordenamientos jurídicos, tales principios cumplen con las tareas de información, interpretación e integración<sup>(7)</sup>. Conforme apunta Ermida Uriarte “los principios permitirán (o deberían permitir) dar soluciones coherentes tanto a los casos no previstos cuanto a los dudosos (funciones integradora e interpretativa), e inspirarán y determinarán (o deberían inspirar y determinar) las nuevas normas a dictarse (función informadora)<sup>(8)</sup>”.

---

(2) NEVES MUJICA, Javier. *La seguridad en la Constitución*. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1988.

(3) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de la Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995, p. 38.

(4) Ídem.

(5) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Los principios de la seguridad social”. En: *La seguridad social en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.

(6) Principios señalados por ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibidem*, p. 32 y GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Universidad, Montevideo, 1997.

(7) PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1978, pp. 11-13; citado por GRZETICH LONG, Antonio. *Ibidem*, p. 24.

(8) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibidem*, p. 31.

La Constitución Política de 1993 reconoce a toda persona el derecho a la seguridad social como un derecho universal y progresivo orientado a la protección de las contingencias que precise la ley y a la elevación de la calidad de vida (artículo 10). En adición a ello, como hemos referido, nuestra norma fundamental señala que el Estado es el encargado de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento (artículo 11).

Sobre esta materia, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad seguido en los Expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados, que la seguridad social:

“es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.” (fundamento jurídico número 54).

En materia pensionaria, nuestro ordenamiento jurídico cuenta básicamente con dos grandes sistemas que presentan una relación de alternatividad<sup>(9)</sup>: uno público regulado por el Decreto Ley N° 19990, denominado Sistema Nacional de Pensiones (en adelante, SNP) y otro privado regulado actualmente por la Ley N° 25897 y su correspondiente Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF, denominado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (en adelante, SPP).

La principal diferencia entre ambos sistemas recae en el destino y reparto de los aportes. En el SPP los afiliados aportan a un fondo propio denominado “Cuenta Individual de Capitalización” (CIC) y las pensiones se definen en función de la rentabilidad generada por la correspondiente CIC de cada persona. En el SNP los afiliados aportan a un único fondo común que permite a los afiliados activos financiar a los pasivos y a los de mayores ingresos a los de menores ingresos, lo que define a este sistema como uno de reparto y lo constituye como una herramienta importante en la búsqueda del equilibrio social.

---

(9) NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria” En: *Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006, p. 825.

De lo señalado se hace evidente la presencia del principio de solidaridad en el SNP. Tal principio ha desempeñado siempre un papel protagónico en el campo de la seguridad social, al punto que ha sido identificado como el “basamento axiológico<sup>(10)</sup>” y como la “finalidad esencial<sup>(11)</sup>” de aquella. Así, la población no solo obtiene un mecanismo de protección social, sino también uno de redistribución de la riqueza nacional<sup>(12)</sup>. Consecuentemente, los dos sistemas que concurren en competencia se distinguen en sustancia por la presencia y por la no presencia de solidaridad en su funcionamiento.

Así las cosas, pasamos a destacar algunos aspectos del sistema previsional a cargo de entidades privadas a la luz de lo señalado por el TC, a fin de tener una idea más clara de la implicancia de este sistema en nuestro ordenamiento.

### III. EL TC, LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SPP

---

El SPP, cuya gestión opera a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, “AFP” en singular y “AFPs” en plural), ha sido caracterizado principalmente en las sentencias relacionadas con la libre desafiliación del SPP y de manera tangencial en algunos otros pronunciamientos.

#### 1. El SPP como sistema de seguridad social

---

A lo largo del tiempo, el máximo intérprete de la Constitución ha definido en diversas sentencias la idea de la seguridad social y la necesaria presencia de solidaridad que dicha materia conlleva.

Así, el TC ha señalado que la “seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención 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” (Expediente N° 011-2002-AI/TC, fundamento jurídico 14). Asimismo, en la sentencia referida a los expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados el mismo tribunal menciona que: “(...) el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad”.

---

(10) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?” En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998, p. 171.

(11) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ób. cit., p. 40.

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ídem.

La concepción del TC de esta institución es la concordante con las líneas caracterizadoras señaladas por la doctrina especializada en la materia; sin embargo, la existencia del SPP (sistema en el que no se presencia solidaridad) ha dado lugar a una posición contradictoria con tal idea imperante de seguridad social.

En tal sentido, el tribunal entiende al SPP como un válido sistema de pensiones insertado en nuestro modelo de seguridad social constitucional, no realizándole cuestionamiento alguno a su condición de sistema de pensiones alternativo. Según el TC, la habilitación de este sistema es posible “a partir de lo previsto por la Constitución en su artículo 11, gracias a la implementación en el país de un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado (...)” (Expediente N° 1776-2004-AA/TC, fundamento número 18).

Más aún, el TC ha reconocido que el Estado realizó una clara campaña de favorecimiento al SPP. Señala el tribunal que en la década pasada “(...) se promovió la generación de un sistema paralelo (SPP) frente al hasta entonces sistema único estatal (SNP). Pero es innegable que fue el Estado el que en todo momento, conociendo de la situación del SNP, propició las afiliaciones a las AFP. Es imperioso recordar la crisis en la que había estado sumergido el SNP, lo cual produjo el traslado indiscriminado, y muchas veces mal informado, hacia el SPP” (Expediente N° 1776-2004-AA/TC, fundamento número 19).

Sin embargo, no se hace algún juicio acerca de la validez de tal proceder del gobierno, el cual llevado a su máximo extremo podría dar lugar a la sustitución del régimen previsional a cargo del Estado y entregar totalmente al SPP funcionamiento de la seguridad social en pensiones, con las implicancias negativas que en el caso peruano ello significa en materia de pensiones.

En efecto, los sistemas de seguridad tienen un eminente carácter público debido no solo a que su regulación se encuentra en las normas estatales, sino también –y fundamentalmente– a que se encuentra en juego el derecho fundamental de las personas a una determinada prestación de la seguridad social. Sin embargo, ello no obsta para que la gestión de algún régimen de seguridad social pueda encontrarse a cargo de los privados, pero tal circunstancia no convertirá al régimen en una institución de naturaleza privada<sup>(13)</sup>. Se trata pues, de aspectos que deben ser claramente distinguidos.

En consideración a ello, en el caso peruano sí sería cuestionable dejar la seguridad social en pensiones en manos exclusivas del SPP, ya que, como

---

(13) MARTÍNEZ VIVOT, Julio. “La privatización en la seguridad social”. En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 30.

veremos, se trata de un sistema en el no hay válidos rastros de la aplicación del principio de solidaridad. Cabe preguntarse si a la luz de los principios que rigen el ordenamiento de la seguridad social, así como lo prescrito en las normas internacionales resulta válido que la población encuentre a su disposición únicamente un régimen donde no existe solidaridad. En respuesta a ello, coincidimos con Vidal que un sistema acorde con el ordenamiento constitucional e internacional debe ser uno que resulte equitativo, solidario y que, por ende, dirija sus esfuerzos hacia el logro de la universalidad<sup>(14)</sup>. Caso contrario, se renunciaría a una arista importante del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el cual la seguridad social se desempeña como una garantía institucional.

El TC ha pasado sin más a analizar –evidentemente porque no se trataba de las materias que le correspondía evaluar– algunos concretos problemas relacionados con el SPP. No ha existido, pues, una evaluación del paso previo consistente en la concepción del propio sistema privado y de sus implicancias llevadas a extremo.

Adicionalmente, véase lo prescrito en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, en el que se anota que el privado es un sistema de capitalización personal y no de tipo colectivo, “manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad sino al individualismo y concurren el mercado en una relación simétrica de competencia, con relación a los usuarios”. De ese modo, se reconoce que se trata de “regímenes pensionarios de naturaleza y origen distinto” (Expediente N° 9107-2006-AA, fundamento jurídico número 8); es decir, de un modelo en sustancia distinto al SNP en donde el funcionamiento opera de cara a distintos parámetros.

Como venimos mencionando, ello es contrario al carácter público que tiñe a todos los regímenes de la seguridad social, así como a la presencia de solidaridad que debe evidenciarse en todo sistema para poder ostentar válidamente la denominación de uno seguridad social en la actualidad.

## **2. Obligaciones de las AFPs en el marco de la seguridad social**

---

Ligado al punto anterior, ahondamos en algunos pronunciamientos del TC relativos a la participación de las entidades privadas en la realización de actividades propias de la seguridad social.

---

(14) VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro. “Importancia del Convenio N° 102 de la OIT en la implementación de una reforma solidaria en pensiones”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 463.

Así, en la sentencia referida al Expediente N° 011-2002-AI, el TC ha señalado que:

“aunque es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social, también es inherente al Estado, cuando menos como supervisor permanente, la prestación de estos derechos sociales, manteniéndose siempre latente la posibilidad de su participación directa cuando se quebranten los mínimos presupuestos que aseguren la idoneidad del servicio. Debe quedar claro que, siendo el Estado la expresión más acabada de la vocación y el compromiso natural del hombre por la convivencia, su función social no queda en modo alguno desvirtuada por la ‘delegación’ de aquellas facultades que, en principio, aparecían como con-substanciales al mismo”. Subrayado agregado.

De lo dicho se observa que si bien al Estado le compete un rol central en materia de seguridad social, realizando las políticas públicas que sean necesarias para hacer cada vez más real y efectiva tal garantía institucional, también es posible que los privados brinden y gestionen servicios en materia de la seguridad social (salud y pensiones).

Como hemos esbozado previamente, en tales casos existe un interés público –y por lo tanto preponderante al privado– en la manera en que son brindadas y gestionadas las prestaciones de la seguridad social, razón por la cual el Estado asume un rol supervisor y garante en el adecuado cumplimiento de estas, de la misma forma en que asume un rol garante en determinados servicios públicos, solo que en este caso existe la especial nota de encontrarse en juego derechos fundamentales que requieren en la mayoría de casos una especial y pronta asistencia y/o protección. Así, se han señalado medidas especiales las relacionadas con el respeto del derecho a la pensión, el brindar oportunidades para el mejor disfrute de los derechos, la prevención contra elementos que afecten los derechos sociales<sup>(15)</sup>.

En la misma línea, en las sentencias referidas a la libre desafiliación, se destaca que las personas que acceden al SPP califican como usuarios y, por ende, la información que reciben resulta fundamental para equilibrar la asimetría informativa presente en una relación de consumo. En estos casos los derechos constitucionales en juego son los consagrados en el 2 numeral 4 y 65 de la Constitución.

A mayor profundidad, cuando los privados brindan servicios propios de la seguridad social se insertan en el sistema y actúan como garantes del derecho

---

(15) Véase la sentencia del Expediente N° 01776-2004-AA, fundamento jurídico número 21.

fundamental a obtener una adecuada prestación en materia de seguridad social. A manera de símil, véase lo resuelto por el TC acerca de los servicios de salud brindados por un empleador:

“cuando la ley delega en un empleador (particular o público) la prestación de servicios de salud, la garantía estatal de libre acceso a la seguridad social se pone de manifiesto, debiendo la entidad privada brindar las prestaciones en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, propios de la seguridad social. Sin embargo, en este supuesto la seguridad social no solo opera como garantía institucional, sino que el empleador se convierte en destinatario del derecho fundamental a la seguridad social. Esta faz de la seguridad social supone un derecho que ‘(...) asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos’, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado” (subrayado agregado) (Expediente N° 09600-2005-PA/TC, fundamento jurídico número 9).

En el caso del sistema previsional a cargo de los privados (SPP), el TC ha mencionado que:

“(...) se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. (...)”

Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no solo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.” (Expediente N° 1776-2004-AA).

Conforme al mismo fundamento, el TC ha mencionado que las AFPs, como destinatarias y especiales garantes del derecho a la pensión, tienen la obligación de realizar el pago de pensiones aun cuando el empleador haya incumplido con realizar el pago efectivo de los aportes descontados. Así:

“(...) se puede considerar que el derecho de los afiliados a tener una pensión, bajo el principio de la dignidad pensionaria, remarcado en la STC N° 0050-2004-AI/TC y otros, no puede ser diferido y menos aún desconocido

en su verdadera dimensión por un inconveniente en el pago por parte de la empleadora a la AFP a la cual se esté afiliado. No es posible que un problema económico entre ambas entidades se traslade a un contexto que comporte la vulneración del ejercicio de un derecho fundamental de la persona, que incluso puede afectar su vida, máxime si la propia normatividad prevé los mecanismos procesales para que la AFP reclame el pago de la empleadora. Es más, algo similar ya está reconocido en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y si bien hay diferencias entre el SNP y el SPP (tal como se dejó sentado en la STC N° 1776-2004-AA/TC), no puede admitirse que el ejercicio de derechos fundamentales pueda ser totalmente diferente según el sistema en el cual se encuentra la persona; y, en el caso concreto, no habrá de permitirse que por el incumplimiento de pago de un empleador a la entidad encargada de la pensión (ONP, en el SNP; AFP, en el SPP), esta última pueda dejar en desamparo a la persona que requiere el pago de una determinada pensión”.

De lo anterior se deriva que, pese a tratarse de instituciones del ámbito privado la relación entablada presenta un claro encuadre público en virtud del derecho fundamental a la pensión, por lo que se establece un rol especial a los privados que prestan servicios o participan en la gestión de los sistemas de seguridad social. Así, además de la condición de entidades que buscan lucrar existe un marco institucional público que modula el actuar privado.

### 3. ¿Existen rasgos de solidaridad en el SPP?

El principio al cual nos referimos en este punto constituye la nota esencial que caracteriza a la seguridad social y se encuentra relacionado con la financiación de la seguridad social. Así, toda persona debería participar en el sostenimiento del sistema, independientemente que tenga una efectiva prestación por parte de este<sup>(16)</sup>.

Una de las manifestaciones de este principio es la solidaridad intergeneracional, según la cual “cada generación activa proveería a la tutela de las generaciones pasivas<sup>(17)</sup>”, es decir, implica “sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos<sup>(18)</sup>”. Igualmente, conlleva sacrificios de “los sanos frente a los enfermos; a los ocupados laboralmente, frente a los que carecen del empleo que quieren y necesitan; a los vivientes, con relación a las familias de los fallecidos; a los carentes de carga de familia, para los que la soportan, económicamente al menos; y a las actividades en auge y a las empresas prósperas, respecto

---

(16) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ób. cit., p. 39.

(17) Ídem.

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Loc. cit.

de sectores deprimidos y quehaceres en crisis<sup>(19)</sup>”; lo que puede ser entendido como una solidaridad intrageneracional, es decir, al interior de la generación.

Según refiere Ermida Uriarte<sup>(20)</sup>, este principio conlleva dos consecuencias trascendentales: la obligatoriedad del aseguramiento y la finalidad redistributiva de la seguridad social respecto de los beneficios o riqueza nacional. Se trata del paso de recursos de un grupo más beneficiado a uno necesitado. Esta segunda consecuencia –la redistributiva– es esencial en la seguridad social “conforme a la doctrina, los instrumentos internacionales y los organismos internacionales<sup>(21)</sup>”.

Profundizando lo señalado líneas arriba, en diversos pronunciamientos el supremo intérprete de la Constitución ha dejado constancia de la gravitante importancia de la solidaridad en materia de seguridad social, conforme se observará a continuación.

Según el TC el principio de solidaridad deriva “directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica[ndo] el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado (...)”. Debido a ello, nos encontramos ante un “orden constitucional solidario” (Expediente N° 050-2004-AI-TC, fundamento jurídico número 47).

En la sentencia recaída sobre los Expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados, se ha señalado que, como garantía institucional, la seguridad social cuenta con un contenido constitucionalmente protegido conformado de los siguientes tres aspectos:

“En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.” (fundamento jurídico número 55) (subrayado agregado).

De una manera más precisa, el TC menciona que:

---

(19) Ídem.

(20) ERMIDA URIARTE, Oscar. Óp. cit., p. 40.

(21) Íbidem.

“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 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. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigencial 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.” (Expediente 2016-2004-AA, fundamento jurídico número 15).

En adición a esto, se señala que “el valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social (...), el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del ‘otro’, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada”. (Expediente N° 050-2004-AI-TC, fundamento jurídico número 66). Un último ejemplo es que el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 011-2002-AI/TC, menciona que: “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”.

Volvemos a recalcar, la jurisprudencia constitucional hace evidente la necesaria relación que debe existir entre la solidaridad y todo sistema de seguridad social, lo cual en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho conlleva la finalidad de redistribución de los beneficios existentes en la sociedad.

Pese a la necesaria aplicación de dicho principio, el TC reconoce al SPP como un sistema válido de seguridad social enmarcado en nuestro ordenamiento. Por un lado se afirma que todo sistema de seguridad social debe presenciar el principio de solidaridad, según deriva de la propia garantía institucional de la seguridad social<sup>(22)</sup>, pero por otro, tal principio no es necesario en un con-

---

(22) Intangible no solo para el legislador ordinario, sino incluso para el legislador que actúa como constituyente, según lo prescrito en la sentencia referida a los Expedientes N°s 050-2004-AI y acumulados.

creto sistema (el SPP) pese a que se le reconoce como una forma de seguridad social. No se repara en que ello lleva a que en la población existan personas cuyos aportes sí ingresan a un régimen donde se hace efectiva la presencia de la solidaridad y existan otras cuyos aportes no permitan aplicar tal principio.

Así las cosas, debemos hacer referencia a algunos elementos hoy en día presentes en la regulación del SPP que, en opinión del TC, evidenciarían, al menos tangencialmente, la presencia de solidaridad en este sistema.

Una primera cuestión es la referida a la utilización de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) a efectos de financiar una pensión mínima en el SPP. En principio, el Decreto Legislativo N° 817 establecía en su artículo 16 que el FCR tiene como objeto respaldar las obligaciones de los regímenes a cargo de la ONP –eminentemente público–; sin embargo, la Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada, estableció que el financiamiento del pago de la pensión mínima del SPP sería cubierta mediante los recursos y la rentabilidad del FCR luego de agotados los recursos de la CIC y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso.

En la sentencia referida a la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, el TC ha señalado que la constitucionalidad de la disposición antes referida debe analizarse a la luz del principio de intangibilidad de los fondos de la seguridad social establecido en el artículo 12 de la Constitución. Así, el TC resuelve que no existe incompatibilidad alguna con las normas constitucionales en materia de seguridad social, siendo que por el contrario, se encuentra acorde con el principio-derecho de dignidad, siendo además que la intangibilidad no se refiere respecto de un sistema pensionario en específico. En tal sentido el TC entiende que no puede suponerse que “no puedan existir aportes solidarios entre los recursos de cada uno de los sistemas pensionarios a favor de los pensionistas”.

Agrega el supremo intérprete del orden constitucional que esta medida “bien puede ser entendida como un paso adicional en el camino de la unificación progresiva que ha sido promovida por este Colegiado y que debe desarrollarse bajo la senda del contenido axiológico del principio de solidaridad sobre el que se sustenta el sistema de seguridad social (artículo 10 de la Constitución) de un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), regido por una economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución)” (Expediente N° 00014-2007-AI, fundamento jurídico 31).

Sin embargo, esta nota de solidaridad que pretende aceptarse para el caso del SPP no resulta coincidente con la idea de solidaridad en el marco de seguridad social que mantiene la doctrina, la cual parte de los partícipes del

sistema con relación a la forma de financiación a fin de lograr una progresiva universalidad y una mayor distribución de la riqueza entre la sociedad.

Por el contrario, esta circunstancia que mostraría un supuesto rasgo de solidaridad resulta inequitativa e injusta, ya que los recursos del FCR provienen de las reservas actuariales de los regímenes previsionales del Sector Público administrados por la ONP, así como de otros recursos que se destinan por parte del Tesoro Público para este fin. Es decir, un fondo público al cual aportan los afiliados del SNP debe financiar la pensión mínima de personas que no aportan al fondo común.

Entonces, ¿es así como se garantiza una pensión, quitando recursos a los fondos del ya menospreciado sistema estatal? Evidentemente, creemos que ello no es apropiado y, además, no sería acorde al ordenamiento constitucional que consagra la intangibilidad de los fondos de la seguridad social. Creemos pues, que la garantía de la intangibilidad centra su accionar en la manera en que se emplean los fondos destinados a un determinado régimen de la seguridad social, por lo que una utilización indistinta entre los recursos de los diversos regímenes resulta cuestionable. ¿Es que acaso es legítimo ser “solidarios” con los “no solidarios”?

Somos de la opinión que la posición del TC se ve forzada en razón a la inapropiada regulación de los sistemas de pensiones público y privado como alternativos, ya que al depender este último únicamente de los fondos individualmente generados el riesgo de no contar con una pensión digna o mínima va inherente al modelo y el Estado se ve en la necesidad de implementar paliativos que resultarían injustos. Probablemente, distinto sería el panorama en caso existiera un sistema estatal al cual aportarían todos los ciudadanos maximizando los esfuerzos colectivos<sup>(23)</sup>.

En esa línea, este defecto tiene un origen interno, que ha forzado al legislador y al TC ha forzar la esencia de las cosas para mantener una relación que causa cada vez mayores perjuicios: ¿hasta cuándo será posible sostenerse en esta labor de apagar incendios, sin hacer algo por atacar la causa de este?

Una segunda cuestión es la relacionada con el deber de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones. De forma sucinta, el TC ha señalado que el hecho de que las pérdidas generadas en la inversión de los fondos de los pensionistas afecten únicamente a los

---

(23) Se ha calculado que de cerrarse el sistema privado de pensiones e instaurarse la primacía de un régimen estatal podría superarse el déficit del sistema y además sería posible aumentar en un alto porcentaje las pensiones de los jubilados. Al respecto: FRANCKE GUEBALDE, Pedro. “El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas”. En: *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*. Congreso de la República, Lima, 2009, p. 67.

propios afiliados es contrario al deber del Estado de defender a los usuarios de los servicios públicos, a la garantía institucional de un sistema de seguridad social y al principio de solidaridad que rige todo sistema de seguridad social. En ese sentido, exhorta al legislador y a la SBS para que emitan normas dirigidas a que las AFPs asuman también el riesgo en la administración de los fondos con su correspondiente patrimonio que incluye un porcentaje de las comisiones con las cuales se les retribuye.

Ahondando en el principio de solidaridad que permite sustentar su exhortación a realizar tales medidas, el TC ha mencionado que “en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (...) es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFPs representado por el cobro de las comisiones de administración. Y es que solo de ese modo queda asegurado el compromiso de las referidas empresas en la adecuada gestión de los fondos pensionarios, (...) y solo así queda garantizada la eficiencia en la realización de un servicio público *iusfundamental*, o, en su caso, la debida protección constitucional ante la reducción de la mencionada eficiencia, manifestada en la correspondiente reducción de la contraprestación (las comisiones) por un servicio que no se ha prestado debidamente, todo lo cual deriva de una adecuada interpretación del artículo 65 de la Constitución”. (Expediente N° 0014-2007-PI/TC).

En concordancia con lo antes señalado, creemos que si bien lo dispuesto por el TC implica un mayor involucramiento de los privados en su papel de garantes del derecho fundamental a la pensión, ello tampoco coincide con las líneas características del principio de solidaridad que ha definido la doctrina y el propio TC en su reiterada doctrina.

#### 4. A manera de conclusión

---

La concepción y la manera en la cual el SPP ha sido insertado en el ordenamiento jurídico peruano –como uno de capitalización individual con carácter alternativo al SNP– hacen posible el cuestionamiento de este sistema como uno de seguridad social.

Tal cuestionamiento se debe a la no presencia del principio de solidaridad que identifica a la seguridad social. Este principio parte de los propios partícipes del sistema, se avoca al financiamiento y trae consigo la finalidad de distribución de los recursos en la sociedad. Así, si bien generaciones pasadas fueron solidarias con nuestra generación, la actual será una generación que no corresponde al aporte de las pasadas y dejará la misma herencia para las futuras.

De lo señalado en su jurisprudencia, el TC ha aceptado la válida configuración del SPP como uno de seguridad social, pese a que este mismo colegiado ha aceptado como nota distintiva de esta garantía institucional el principio de solidaridad.

Si bien el Tribunal ha tratado de sostener la aplicación del principio en el sistema previsional a cargo de los privados mediante lo dispuesto en algunas disposiciones normativas y exhortaciones al legislador y a la SBS, creemos que tales medidas no coinciden con la concepción mayormente aceptada por la doctrina acerca del principio de solidaridad, ni tampoco con su propia concepción; por el contrario, fuerzan el principio y siguen forzando la idoneidad del sistema previsional privado en relación de alternatividad al SNP.

De otra parte, el TC atribuye especiales obligaciones a las AFPs –y a los demás privados que brindan servicios de seguridad social– en razón a que son destinatarias del derecho a la pensión de determinadas personas y por ende, existe un interés público digno de especial atención. Al igual que las medidas originarias, estas salidas son parches que buscan dar determinada descongestión y coherencia al sistema de seguridad social, el cual cada vez se hace más inestable y difícil de contener.

## V. BIBLIOGRAFÍA

---

- ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA. *Instituciones de la Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *Los principios de la seguridad social*. En: “La seguridad social en el Uruguay”. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.
- FRANCKE GUEBALDE, Pedro. “El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas”. En: *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*. Congreso de la República, Lima, 2009, p. 67.
- GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Universidad, Montevideo, 1997.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. “La privatización en la seguridad social”. En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 30.
- NEVES MUJICA, Javier. *La seguridad en la Constitución*. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social. UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1988.

- NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria”. En: *Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social? En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998.
- VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro. “Importancia del Convenio N° 102 de la OIT en la implementación de una reforma solidaria en pensiones. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 463.