

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional,
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013
Edición Especial

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2013

Reforma Constitucional, Política y Electoral

PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda 13

ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico 19

José Palomino Manchego

¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?..... 35

Francisco Morales Saravia

La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades..... 81

César Delgado Guembes

Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

El control parlamentario de los decretos de urgencia..... 179

Stephen Haas del Carpio

La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova <i>Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades</i>	219
--	-----

Cynthia Vila Ormeño <i>Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación proporcional</i>	239
---	-----

MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova <i>El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias constitucionales</i>	271
--	-----

Martha Paz <i>La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada. La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"</i>	279
---	-----

Abraham García Chávarri <i>Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales</i>	299
---	-----

Sergio Bobadilla Centurión <i>Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva constitucional</i>	311
---	-----

Paola Brunet Ordoñez Rosales <i>Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana</i>	339
--	-----

Aldo Blume Rocha <i>La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho: El debate respecto a la dificultad contramayoritaria</i>	365
---	-----

Carmen Ortega Chico <i>Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.</i>	387
--	-----

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*
STCE N.º 120/1990 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*
STCE N.º 48/2003 405

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*
Demandante: Colegio de Abogados del Cusco
Norma impugnada: Ley N.º 27600
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> 417
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*
Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> 425

Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Treinta y un congresistas de la República
Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> 431
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> 439

Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*
Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> 461

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*
Demandante: Más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos
Políticos (LPP)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> 467

Relevante y de actualidad:

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*
Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*
Caso: Frontón
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> 483
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*
Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> 487
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*
Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> 493

COMENTARIO A LA STC 00001-2013-PI.P
(EXP. N.º 00013-2012-PI/TC), DE 27 DE
MAYO DE 2013

*CASO REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO
DE PENSIONES 1*

Por: Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional*

Más allá de la novedad de que con esta sentencia el Tribunal Constitucional empieza a numerar sus decisiones, distinguiéndola de aquella numeración de tramitación del expediente, se desarrollan en ésta, de modo importante, el contenido normativo del derecho a la libertad de contratación, derecho a la pensión, garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social, derecho a la libre competencia, la defensa del interés de los consumidores y usuarios, derecho de propiedad y principio de solidaridad, entre otros bienes de relevancia constitucional

2. *Contexto histórico-político de la Sentencia*

El sistema previsional en nuestro país ha sufrido numerosos cambios desde su creación. Así, en un primer momento este sistema estuvo a cargo del Estado quien era el responsable de administrar los fondos previsionales de los empleados que laboraban tanto bajo el régimen de la actividad pública (Decreto Ley 20530), como de la actividad privada (Decreto Ley 19990), hasta que en el año 1992 a través de la Ley 25897 se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), a través del cual se dispuso que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sean quienes administren los fondos de aquellos trabajadores que optaran por afiliarse a una determinada AFP.

La ley otorgó a los trabajadores la posibilidad de destinar los aportes efectuados durante su actividad laboral ya sea al denominado Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la ONP, o de lo contrario afiliarse a la AFP de su elección a través de la firma de un contrato de afiliación, mediante el cual se obligaban a aportar mensualmente a una cuenta individual. Cabe precisar que la principal distinción entre ambos sistemas previsionales radica en que el primero de ellos se fundamenta en el principio de solidaridad pues los

trabajadores aportan a un fondo común del que se distribuyen las pensiones a cada uno de los asegurados al momento en que se jubilan; mientras que en el segundo de ellos los aportes de los afiliados se destinan al fondo individual de cada uno de ellos.

En ese contexto, el SPP surgía como una nueva y atractiva alternativa para los trabajadores quienes tenían la seguridad de que las aportaciones que efectuaban redundarían en su propio beneficio, incluyendo las ganancias obtenidas de la inversión de los fondos efectuada por la AFP. Sin embargo, la realidad demostró que la ley con que se incorporó dicho sistema previsional en nuestro ordenamiento jurídico necesitaba ser complementada a efectos de lograr una mejora en el funcionamiento de las AFP. Una de las últimas modificaciones a la ley que regula el SPP es la Ley 29903, cuyo artículo 2 fue materia del proceso de inconstitucionalidad en estudio.

3. Análisis

En el presente caso los demandantes (25% de los congresistas de la República) cuestionan el artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, en la parte que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d al Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, por considerar que dichos dispositivos legales incorporaban modificaciones contrarias a la Constitución.

El Tribunal Constitucional abordó el problema analizando la controversia desde tres grandes tópicos. Así, en primer lugar se examinó el tema referido a la afiliación obligatoria a una AFP de los nuevos afiliados (Artículo 7-A del TUO). En este extremo, se cuestionó que se establezca que aquellos trabajadores que se incorporen al SPP estén obligados a afiliarse a una determinada AFP por el término de dos años (la que gane la licitación por ofrecer la comisión de administración más baja), sin poder hacer uso de su libertad para afiliarse a la AFP de su elección, vulnerándose de esta manera el derecho al libre acceso a la pensión. Asimismo, en este punto se evidenció la necesidad de precisar el bien constitucional vulnerado, pues por un lado la parte demandante alegaba que era el derecho al libre acceso a la pensión, mientras que para la parte demandada era el derecho a la libre contratación. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que dicha medida de la afiliación obligatoria no tenía incidencia en la libertad de contratación sino en la libertad de acceso a la pensión, pues ya en la STC 1776-2004-AA/TC se había establecido que el libre acceso a la pensión también incluye la posibilidad de que el trabajador pueda optar entre el SNP y el SPP, sino también de decidir en qué AFP afiliarse.

En tal sentido, se advierte que al establecer la afiliación obligatoria a una AFP de los nuevos afiliados, se produce una intervención en la libertad de acceso a la pensión del asegurado, sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, dicha medida se justifica en cuanto tiene dos válidas finalidades: aumentar la competencia entre las AFP y mejorar las condiciones para los usuarios.

En cuanto a la primera finalidad, la norma impugnada admitió el ingreso al mercado de una nueva AFP que, al ofrecer la comisión de administración más baja, ganaría la licitación para encargarse de administrar los fondos de los nuevos afiliados. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el mercado de las AFP la competencia era reducida, puesto que siempre han existido únicamente cuatro AFP que concentraban a todos los afiliados generándose así una especie de oligopolio, resultaba necesario dinamizar el mercado pensionario, motivo por el cual el TC consideró admisible validar el aumento de competencia con el ingreso de una nueva AFP al mercado. Con relación a la segunda finalidad, se determinó que el principal objetivo de la afiliación obligatoria era buscar menores comisiones y mayor rentabilidad para los asegurados. En efecto, luego de una serie de estudios realizados se llegó a la conclusión de que no existía una relación proporcional entre las ganancias de las AFP y la rentabilidad de los fondos de los afiliados, es decir, aun cuando las AFP habían incrementado el cobro de sus comisiones ello no repercutía en ganancias para los asegurados, motivo por el cual tenía justificación el ingreso de una nueva AFP que cobrara bajas comisiones y se comprometiera a su vez en lograr una mayor rentabilidad para los asegurados.

En ese orden de ideas, el TC consideró que la afiliación obligatoria constituía una medida de interferencia limitada, pues si bien es cierto que contemplaba la intervención del estado al establecer dicha forma de afiliación, también lo es que para que dicha intervención sea válida era necesario cumplir mínimamente diversos objetivos, como son aumentar el nivel de cobertura, lograr un monto adecuado de pensiones a través de un buen rendimiento del fondo, distribuir el ingreso de los pensionistas, procurar que el sistema no tenga déficit de funcionamiento y posibilitar que haya la mayor cantidad de afiliados, en virtud al principio de promoción del ahorro por parte del Estado. Asimismo, debe precisarse que la intervención es temporal y de intensidad media, toda vez que la norma ha establecido que los nuevos afiliados únicamente estarán obligados a permanecer en la AFP que gane la licitación por el término de 24 meses y de otro lado, la obligatoriedad queda sin efecto en el caso de que la rentabilidad de la AFP que gana la licitación sea inferior al promedio del mercado, lo cual resulta una medida razonable. En consecuencia, el TC dispuso que se debe interpretar los artículos 1 y 2 de la Ley 29903, en la parte que modifica los artículos 6 y 7-A del TUO, en el sentido de que la afiliación será obligatoria para los nuevos trabajadores afiliados por el plazo de 2 años, siempre y cuando la AFP que gane la licitación no obtenga una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo menor al comparativo del mercado de acuerdo a la información brindada por la SBS.

Otro punto controvertido es el referido al establecimiento de la comisión por saldo. Así, en el artículo 24.d del TUO, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, se establece que en el caso de los nuevos afiliados las AFP cobrarán, en un primer momento, una comisión mixta, integrada por la comisión por flujo (calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado) y por una comisión por saldo (que se calculará del fondo administrado por los nuevos aportes). Al término del plazo de 2 años de la afiliación obligatoria la comisión que se cobrará será la comisión por saldo, mientras que para los afiliados existentes se plantea la elección entre una comisión mixta y continuar en la comisión por flujo. En tal sentido, el cuestionamiento estaba orientado a alegar que la comisión por saldo atenta contra la intangibilidad de los fondos ya que las ganancias para las AFP serán tomadas de las cuentas de cada afiliado, las mismas que únicamente deberían servir para fines previsionales. Asimismo, se impugnaba que al establecer una nueva comisión se estaban cambiando las reglas que sirvieron de base para la suscripción del contrato de afiliación.

A juicio del TC, la medida impugnada se justifica en el hecho de que se busca una mejora sustancial en la situación del afiliado, puesto que en vista de que la comisión de la AFP dependerá de la cuenta individual del afiliado, aquella se esforzará por lograr una mejor gestión de los fondos y una mayor ganancia para el asegurado, logrando de esta manera un equilibrio entre los intereses de la AFP y del trabajador. Asimismo, se pretende que el trabajador tenga una mayor disponibilidad de su remuneración, cosa que no ocurre en el caso de la comisión por flujo.

Tal como se señaló anteriormente, los demandantes sostienen que se vulnera la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios al establecer una comisión por saldo. Al respecto, en la sentencia bajo comentario se precisó que dicha comisión constituye la retribución a la AFP por la administración de los fondos previsionales, con el fin de obtener una pensión adecuada para el afiliado. Asimismo, al haberse cuestionado que a través del establecimiento de una comisión por saldo se vulnera el derecho a la propiedad, se precisó que si bien es cierto que la pensión forma parte del patrimonio del asegurado, no es una forma de propiedad en la medida en que no goza de los atributos de la propiedad como derecho, toda vez que no puede ser materia de compraventa, permuta, donación, entre otros actos de disposición.

En tal sentido, el TC determinó que el cobro de una comisión por saldo por parte de las AFP no resulta inconstitucional, pues es solo una forma en que estas cobran la retribución por administrar los fondos de los afiliados, precisándose que esta forma de cobro constituye un incentivo para la AFP quien desplegará sus mayores esfuerzos para lograr un crecimiento adecuado del fondo del asegurado, ya que de este modo también obtendrá una mayor comisión. Con respecto al principio de solidaridad, aun cuando los demandantes señalan que

este se ve vulnerado a través del establecimiento de una comisión por saldo y por otro lado la parte demandada aduce que dicho principio se ve reforzado a través de dicha comisión, el TC concluyó que no existe conexión entre el mencionado principio y la comisión por saldo.

Con relación a la elección de la comisión por parte de los afiliados, se señaló que era de vital importancia la información que brinden las AFP y la SBS respecto de las características de cada esquema de comisiones, a efectos de que los trabajadores puedan manifestar su decisión de manera informada y consciente.

Si bien es cierto que el TC optó por validar el esquema de la comisión por saldo, resulta pertinente mencionar que este es un punto muy discutido pues de alguna manera se está aceptando que el legislador modifique libremente un contrato suscrito previamente entre los afiliados y las AFP, según el cual el asegurado se comprometía a pagar a la AFP una retribución que sería descontada de su remuneración, y no de su cuenta individual. Sin embargo, como ya se ha explicado, aun cuando el establecimiento de una comisión mixta (que incluye la comisión por saldo) supone un cambio en las reglas de juego, la ventaja de la misma es que el trabajador tendrá una mayor disponibilidad de su remuneración y sobre todo que la AFP estará incentivada a administrar mejor los fondos de los afiliados y se promoverá el principio del ahorro.

El tercer punto controvertido abordado por el TC es el referido a la centralización de los procesos operativos, contenido en los artículos 14-A y 14-B del TUO, incorporados por el artículo 2 de la Ley 29903. Sobre el particular, en las disposiciones cuestionadas se estableció que las AFP debían elegir a una entidad centralizadora, ya sea privada o pública, encargada de los operativos internos como son la recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones. En el caso de que se opte por una entidad pública, esta podrá ser la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), quien además de las funciones mencionadas tendrá a su cargo el registro, recepción y procesamiento de declaraciones, conciliación bancaria, fiscalización, determinación de la deuda, control de cumplimiento, recaudación, ejecución coactiva, resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos, administración de infracciones y sanciones.

En este caso, el cuestionamiento estaba dirigido a señalar que al establecerse una entidad centralizadora se cambian las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú, y de otro lado, al disponer que la Sunat sea la entidad centralizadora se legitima la existencia de un monopolio en una institución pública, lo que conlleva a la vulneración del derecho a la libre competencia.

El TC consideró que dichas medidas se justificaban pues estaban orientadas a cumplir dos objetivos principales: i) conseguir un sistema privado pensionario

más eficaz, a través de la extracción de las funciones de recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones, pues de esta manera las AFP se podrán avocar a la inversión del fondo y al mantenimiento de las cuentas individuales, así como a las labores de información y orientación pre-pensionaria al afiliado; y ii) mejorar el nivel de vida de los afiliados, pues a través de la centralización de operaciones se podría lograr una disminución de las comisiones que se cobran a los afiliados por la administración de los fondos y de esta manera alcanzar un SPP más eficaz.

Con relación a la supuesta vulneración de la libertad de contratación, el TC manifestó que las disposiciones legales cuestionadas no afectaban dicha libertad en el sentido de un contrato previamente establecido por parte del Estado y las AFP. Asimismo, se precisó que el grado de intervención en la libertad de contratación era de intensidad media, puesto que si bien existe la obligación de contratar una entidad centralizadora, es la AFP quien decidirá qué tipo de entidad contratará, y por otro lado, el plazo de los contratos no podrá ser superior a los 24 meses.

Sobre el cuestionamiento referido a que la entidad centralizadora sea la Sunat, se precisó que ello no suponía el establecimiento de un monopolio, por que inicialmente todas las empresas que estuvieran interesadas podrían aspirar a ser escogidas por las AFP y competir en condiciones de igualdad, puesto que la norma no contempla situaciones de privilegio que desnaturalicen la competencia en el marco de una economía social de mercado. Así, se entiende que el legislador no está imponiendo a las AFP la participación de la Sunat como entidad centralizadora, sino que propone la libre elección entre empresas privadas o una entidad pública como la Sunat para desarrollar determinadas actividades, precisándose que esta retendrá un monto por las actividades que realice. En tal sentido, a juicio del TC, no se está constituyendo una entidad centralizadora para competir en el mercado con las empresas privadas que desarrollen dicha actividad, es decir no se está autorizando a la Sunat a realizar actividad empresarial, motivo por el cual la disposición cuestionada es constitucional.

Finalmente, de la revisión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se puede advertir que más allá de haber respondido a cada uno de los cuestionamientos expuestos por los demandantes, dicho órgano ha interpretado el contenido esencial de cada uno de los derechos involucrados siempre desde la perspectiva de lograr un mejor funcionamiento del Sistema Privado de Administración del Fondo de Pensiones, lo que definitivamente optimizará el objetivo constitucional de otorgar pensiones dignas que sirvan para brindar una calidad de vida adecuada a los jubilados de nuestro país.