

## COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

César Abanto Revilla<sup>∞</sup>

### I. Las virtudes destacadas de la Ley N° 29903

El viernes 31 de mayo, justamente el día en que vencía el plazo para que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) optaran por permanecer en la comisión por flujo (o remuneración) o migrar a la comisión mixta, que incluye al nuevo componente por saldo (o sobre el fondo), ha sido publicada en el Diario Oficial “El Peruano” la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00013-2012-PI/TC, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29903<sup>1</sup>.

Como se recordará, el 19 de julio de 2012 fue publicada dicha norma, mediante la cual se introdujeron una serie de modificaciones al SPP, algunas positivas y otras discutibles.

En efecto, más allá de las observaciones formales previas a su promulgación, en especial por la inusitada celeridad en su aprobación, sea por la omisión a su paso por la Comisión de Economía del Congreso o la exoneración de segunda votación en la Comisión Permanente, podemos destacar los siguientes aportes de la referida norma al sistema pensionario en general.

1. La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes menores de 40 años y con ingresos mayores a una y media remuneración mínima vital (RMV)<sup>2</sup> al sistema previsional que ellos elijan, sea el privado (AFP) o el público (ONP).

En el pasado, la afiliación de estos trabajadores era voluntaria, por ello, existía un porcentaje mínimo de asegurados bajo dicha condición (11%).

El tratamiento legal del trabajador independiente -o cuenta propia- tiene aristas sociales y económicas, pues bajo ese concepto podemos agrupar tanto al vendedor ambulante como al profesional independiente o incluso a un empleador (persona natural) con altos ingresos; además, se suman

---

<sup>∞</sup> Profesor de Derecho de la Seguridad Social en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la PUCP y la USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

- (1) Dejamos constancia que existe otra demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29903 (Expediente N° 00015-2013-PI/TC), interpuesta por el Colegio de Abogados de Puno, que aún no ha sido resuelta -la vista de causa fue el 29 de mayo-, pero al tener como sustento los mismos argumentos, seguramente también será rechazada.
- (2) Equivalente a S/. 1,125.00 Nuevos Soles.

a ello los efectos de la informalidad laboral y la dificultad para establecer un mecanismo efectivo de recaudación (cobro de los aportes), tal como fuera destacado en un estudio de la antigua Superintendencia de AFP y en el Informe Final de la Comisión creada por la Ley N° 28991<sup>3</sup>.

En cualquier caso, esta medida genera dos consecuencias positivas:

- El incremento de la cobertura previsional subjetiva: personas afiliadas a la seguridad social, que podrán gozar -en el presente y el futuro- de las prestaciones de salud y pensiones.
- El aumento en la recaudación, pues este grupo incluye a profesionales y personas naturales con negocios que tienen ingresos considerables.

Nos parece que la obligatoriedad se debió extender a los menores de 50 años con ingresos iguales o superiores a una RMV, pues dejamos fuera del ámbito de protección a un grupo importante de personas que -en el futuro- no tendrían una pensión, y que por su situación socio económica posiblemente no cumplan los requisitos mínimos para acceder a un plan asistencial como “Pensión 65”.

En lo que respecta a la dificultad en la recaudación, se podría tener en cuenta los mecanismos aplicados en los países de la región<sup>4</sup>.

2. La reestructuración del Sistema de Pensiones Sociales (SPS) para las MYPE, que si bien fue concebido en el 2008 por el Decreto Legislativo N° 1086<sup>5</sup>, hasta la fecha no había entrado en funcionamiento, posiblemente por la complejidad de su regulación (concurso público, subsidios, etc.)<sup>6</sup>.

Es un régimen parcialmente subsidiado por el Estado, que es paralelo y excluyente respecto al SPP (AFP) y al SNP (ONP), por tanto, no incluye a los trabajadores o conductores (empleadores) que ya estén afiliados al régimen privado o al estatal, sin embargo, se permite el traslado del SPS a los otros regímenes y viceversa, de acuerdo a las condiciones que ha de establecer el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

- 
- (3) SAFF. “Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: El caso de los trabajadores independientes”. Lima, 1999; COMISIÓN TÉCNICA (Ley N° 28991). Plan de mejoras al Sistema Nacional y al Sistema Privado de Pensiones. Lima, 2007 (página 76).
  - (4) En países como Uruguay y Chile se aplican modalidades de cobro anual, junto con el Impuesto a la Renta, como el “monotributo” (ver: LANZILOTTA, Bibiana. El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay En: Trabajadores independientes y protección social en América Latina, Montevideo, 2009, OIT, páginas 35-83); en Chile se aplica un modelo similar al peruano, como da cuenta: CIFUENTES LILLO, Hugo. Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes. En: Reforma Previsional, Santiago, 2008, SCHDTSS, páginas 69-81.
  - (5) Ley de la MYPE, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008.
  - (6) Sobre este tema, ver: ANTOLA RODRIGUEZ, Mariella. “El nuevo tratamiento legal de las Micro y Pequeñas Empresas y su vinculación al campo previsional”. En: Actualidad Jurídica N° 179, Lima, Octubre 2008, páginas 49-53.

La mayoría de los trabajadores de las MYPE son informales, por ello, los efectos favorables de la norma son los mismos que derivan de la afiliación obligatoria de los independientes, sin embargo, debe tenerse en cuenta que un grupo considerable de estas empresas son de tipo “familiar”, por tanto, los costos que conlleve la “formalización” podrían afectarlos.

3. La presencia de dos directores independientes en las AFP, que no tengan vinculación con la administradora, sus accionistas principales o el grupo económico predominante en la AFP.

La medida es positiva, vista desde una perspectiva de transparencia en la información de la gestión, sin embargo, consideramos que hubiera sido más acertado que estos directores fueran elegidos por los afiliados y los pensionistas de la respectiva AFP (uno por cada grupo).

Los directores deberán emitir anualmente un informe al COPAC con las propuestas de mejoras al SPP, que será evaluado por dicha entidad.

4. La creación del Consejo de Participación Ciudadana en Seguridad Social (COPAC) y del Fondo Educativo del SPP (FESIP), que representan una innovación importante, pues permitirá a los ciudadanos participar en los proyectos de mejora del SPP y de promoción de la cultura previsional.

El COPAC centralizará las propuestas ciudadanas relacionadas a labores de educación y profundización de conocimientos en temas previsionales, mientras el FESIP se encargará de financiar los proyectos educativos en esta materia, para promover una mejor cultura pensionaria. Los recursos de este fondo provendrán de las donaciones de las AFP y las Empresas de Seguros, y de las multas cobradas por la entidad centralizadora.

Los aspectos operativos de ambas instituciones los establecerá la SBS.

Este punto es destacable, pues es la primera vez que se plasma en una norma legal la existencia de un fondo destinado a fomentar la cultura en materia previsional. Por lo general, el tema de la seguridad social es una preocupación que a la mayoría le resulta remota, por ello, no se le presta atención hasta los 50 ó 55 años, cuando posiblemente poco pueda hacer si no aportó a ningún fondo. Es indispensable interiorizar en los menores la importancia de la cotización, no sólo para la vejez, sino también para la atención de contingencias que nos afectarán durante el desarrollo de la vida: enfermedades, accidentes, maternidad, etc.

5. La prórroga hasta el 31 de diciembre de 2013 del Régimen Especial de Jubilación Anticipada regulado por la Ley N° 29426, que permite el acceso a una pensión adelantada en el SPP para hombres y mujeres a partir de 55 ó 50 años, respectivamente, en situación de desempleo por 12 ó más meses, y cuyo fondo les asegure una prestación equivalente a una RMV.

Cabe recordar que esta norma, a diferencia de sus antecesoras<sup>7</sup>, permite la devolución del 50% del fondo, sin incluir el bono de reconocimiento, a aquellos cuya cuenta no cubra una pensión equivalente a una RMV.

Revisados los aspectos positivos de la norma, demos una mirada a los temas que han generado discusión, al punto que al día siguiente de su publicación se interpuso una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que se encuentra pendiente de resolver (Expediente N° 00013-2012-PA/TC).

Resulta anecdótico que quienes cuestionan la constitucionalidad de esta norma sean los integrantes de Fuerza 2011, pues cuando se promulgó la Ley del SPP (Decreto Ley N° 25897, 6 de diciembre de 1992) estaba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 14° permitía la existencia paralela de entidades privadas en pensiones -junto con el IPSS- siempre que ofrecieran mejores prestaciones y existiera consentimiento de los asegurados, por tanto, la constitucionalidad de la norma originaria dictada durante su gobierno también era cuestionable.

## **II. Los aspectos cuestionados de la Ley N° 29903**

Fueron tres los extremos cuestionados en la demanda bajo comentario.

- (i) El proceso de licitación por el cual se otorgaría a la AFP que ofrezca una menor comisión -por administración- la afiliación exclusiva de todos los trabajadores que se incorporen al SPP, por un plazo de 24 meses.

Se alegaba que esta medida implicaba una manifiesta restricción al derecho de libre contratación del afiliado, pues ya no podría elegir a cuál de las AFP<sup>8</sup> que integraban el SPP deseaba incorporarse, quedando forzado a ingresar a la que sea favorecida por la referida licitación.

- (ii) La nueva fórmula que se aplicará para fijar el porcentaje de la comisión de las AFP, pasando de la actual “por flujo” (sobre la remuneración del afiliado) a una “por saldo” (sobre los fondos de su cuenta individual).

Se indicaba que esta opción contravenía la intangibilidad de las reservas y fondos previsionales prevista en el artículo 12° de la Constitución<sup>9</sup>, pues tales recursos sólo pueden ser utilizados para “finés pensionarios”, en los cuales no se incluiría la comisión de las AFP.

- (iii) La centralización de los procesos operativos del SPP, como: recaudación, conciliación, acreditación, cobranza, cálculo y pago de prestaciones, que estarán a cargo de las entidades privadas o públicas que elijan las AFP,

---

(7) Leyes N° 27617 y N° 28991.

(8) Horizonte, Integra, Prima y Profuturo. Recientemente Horizonte fue adquirida -en partes iguales- por Integra y Profuturo.

(9) Artículo 12°.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

dentro de las cuales podría elegirse a la SUNAT. Se alegaba que es una medida que también restringe el derecho a la libre contratación.

Por su complejidad y la incidencia social que han tenido tanto en la demanda como en los últimos meses, centraremos nuestro comentario en relación a los dos primeros.

## **1. Derecho a la libre contratación vs. derecho a la pensión**

El derecho a la libre contratación está regulado en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución, y se manifiesta a través de dos supuestos<sup>10</sup>:

- Libertad de contratar, por el cual una persona decide si ingresa (o no) a una relación jurídica contractual con una persona determinada.
- Libertad contractual, por la cual los integrantes de la relación jurídica podrán definir el contenido específico (reglas) que los vinculan y someten.

Estamos ante un aparente conflicto de derechos fundamentales, sin embargo, en el pasado, el Tribunal ha reconocido que el derecho de contratación no es ilimitado ni absoluto, quedando condicionado en sus alcances a límites de orden explícito (licitud del objetivo, respeto al orden público, etc.) e implícito (como la confrontación con otros derechos fundamentales)<sup>11</sup>.

En tal escenario, considerando que la reforma pensionaria tiene por finalidad la obtención de una condición más favorable para el asegurado a través del pago de una menor comisión por administración de la AFP, medida que forma parte de una reestructuración del SPP, en el conflicto aparente entre ambos derechos se debía ponderar el objetivo y efecto de la reforma, inclinándose por la validez de una restricción temporal de la libertad de contratar (elección de la AFP).

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en los fundamentos 23, 36, 44, 48, 53, 57 y 64 del fallo bajo comentario, y partiendo de los elementos que forman el contenido esencial del derecho fundamental a pensión -en particular del "libre acceso", que incluye tanto a la supresión de restricciones para el inicio de cotización en el SNP<sup>12</sup> como la elección entre el régimen estatal y el privado (SPP), para la habilitación de la desafiliación<sup>13</sup>-, precisa que no se incluye el derecho a elegir una AFP específica, una vez que se optó por el SPP, extremo de la relación previsional que sí podía ser delimitado por el legislador.

No es la primera vez que se resuelve en este sentido, pues como consta en el fundamento 116 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC que resolvió las observaciones a la reforma constitucional pensionaria del 2003, al existir un conflicto entre el derecho a pensión y la garantía de la cosa juzgada

---

(10) Por todos: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Libertad de contratar". En: AA.VV. La Constitución comentada. Lima, 2005, Tomo I.

(11) Expediente N° 02670-2002-AA/TC, fundamento 3, literales d y e.

(12) Expediente N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 37, literal a.

(13) Expediente N° 01776-2004-AA/TC

-para los casos de nivelación- el Tribunal señaló que ante un cambio del status quo en beneficio de la mayoría, dichos fallos devenían inejecutables.

En todo caso, la norma prevé que al finalizar el plazo de 24 meses el afiliado se podrá traspasar libremente a otra AFP, por tanto, estamos ante una medida de carácter transitorio que limita un aspecto secundario de la relación previsional.

## 2. La comisión como elemento previsional del SPP

El SPP es un régimen en el cual empresas privadas (AFP) administran el fondo de los afiliados y lo invierten con la finalidad de obtener una rentabilidad que, al sumarla a los aportes mensuales del asegurado (trabajador), le permita obtener una pensión digna.

Por dicha labor, la AFP cobra una comisión, que hasta el 31 de mayo de 2013 era exclusivamente un porcentaje de la remuneración mensual del trabajador (comisión por flujo), que ahora coexiste con un supuesto “mixto”.

En efecto, la norma plantea que la comisión aplicable a los **nuevos** afiliados, es decir, los que serán incorporados a la AFP favorecida con la licitación a que se alude en los puntos precedentes, estará compuesta por dos elementos:

- Una comisión porcentual calculada sobre la remuneración (por flujo).
- Una comisión sobre el saldo de los nuevos aportes (a partir de la licitación).

Para los antiguos afiliados la referida comisión mixta será aplicable solamente en cuanto a sus nuevos aportes, generados a partir del 1 de junio de 2013.

El objetivo -en el mediano plazo- es que la comisión “por saldo” reemplace a la actual comisión “por flujo”, pues desde febrero de 2013 hasta febrero de 2023 el porcentaje de la última irá decreciendo gradualmente cada dos años, de 86.5% a 68.5% (al 2015), luego a 50% (al 2017), 31.5% (al 2019) y 13.5% (2021), para llegar a 0% al 2023, en que la comisión “por saldo” será el 100%.

En la medida que la cuenta individual de capitalización que tiene cada afiliado al SPP está conformada por sus aportes mensuales (fondo per se), la rentabilidad generada por las inversiones de la AFP, y el bono de reconocimiento que pueda tener por sus aportes previos (reconocidos) al SNP, que será redimido (pagado) recién al momento de su jubilación, la observación de quienes cuestionan esta reforma es que al determinar (y pagar) la comisión de la AFP a partir del saldo que tenga el asegurado en su fondo (cuenta) se está afectando la intangibilidad, pues éste sólo puede utilizarse para “fines previsionales”.

La pregunta medular era ¿la comisión por saldo afecta la intangibilidad del fondo pensionario, contraviniendo el artículo 12º de la Constitución?

El precepto constitucional establece que los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles, pero ¿qué implica dicho concepto? Como señalamos en

un trabajo anterior<sup>14</sup>, la intangibilidad es la garantía (y prohibición implícita) que obliga a que esos recursos se destinen exclusivamente para fines previsionales, como el pago de las prestaciones de salud, pensiones, y los que fije la ley.

La comisión por administración de la AFP es un componente de los descuentos aplicados al afiliado, por tanto, forma parte de los elementos previsionales que están contemplados dentro de la operatividad del SPP, tanto como el descuento mensual para el pago de la prima del contrato de seguro para la atención de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, probando así su contenido previsional.

El Tribunal precisa en los fundamentos 73 a 75 del fallo bajo comentario, sin un mayor desarrollo técnico y recogiendo casi textualmente lo expuesto tanto por la Comisión de Trabajo, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso de la República y la SBS, que la nueva comisión (por saldo) se “alinea” con los intereses de los afiliados, omitiendo pronunciarse (fundamento 123) por la obligatoriedad de los antiguos asegurados de ratificar su permanencia en la comisión que se venía aplicando, cuando lo lógico era una acción en contrario.

Tampoco es clara la posición del Tribunal con relación a la comisión “por saldo” y la situación de los desempleados, pues tomando como base el ejemplo que la SBS habría expuesto en la vista de la causa (informe de hechos), concluye que no existiría la posibilidad que los fondos se “licuen” (queden en cero), pese a que reconoce que en Chile sí se detectó dicho peligro<sup>15</sup>.

### **III. El control de la constitucionalidad de una reforma**

Para verificar la constitucionalidad de una norma se recurre generalmente a dos herramientas complementarias:

- (i) Verificar si existe afectación al contenido esencial del derecho legislado.
- (ii) Verificar si la norma aprueba el test de razonabilidad y proporcionalidad.

#### **1. Confrontando la reforma con el “contenido esencial”**

Es aceptado por la doctrina constitucional<sup>16</sup> que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, están sujetos a restricciones legales, sin embargo, la facultad del legislador de limitar los derechos tiene como barrera infranqueable al denominado “contenido esencial”<sup>17</sup>.

---

(14) ABANTO REVILLA, César. “La intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social”. En: AA.VV. La Constitución comentada. Lima, 2005, Tomo I.

(15) SUPERINTENDENCIA DE AFP. “Efectos de largo plazo de la comisión fija en el Sistema Chileno de AFP del Gobierno de Chile”, Documento de Trabajo N° 9, 2005.

(16) Por todos: ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid, 1993, Centro de Estudios Constitucionales.

(17) El contenido esencial es el núcleo duro de un derecho o conjunto de elementos mínimos que lo caracterizan, por tanto, la ausencia de uno de éstos vaciaría su definición misma. Por todos: MARTINEZ PUJALTE, Antonio. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Lima, 2005, Tabla XIII Editores.

La labor de determinación del contenido esencial de cada derecho fundamental corresponderá al Tribunal Constitucional, que analiza su origen, fundamentos y desarrollo -a lo largo del tiempo- a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

En lo que refiere al derecho fundamental a la pensión, el fundamento 107 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC<sup>18</sup> ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos:

- El derecho de acceso a una pensión
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- El derecho a una pensión mínima vital

Estos tres elementos constituyen el **núcleo duro** del derecho fundamental a la pensión, por tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que restrinja su correcto ejercicio<sup>19</sup>.

Como hemos visto en los puntos precedentes, la existencia de un proceso en el cual se licitará la afiliación de los trabajadores que se incorporen al SPP por un plazo de 24 meses a determinada AFP -la que ofrezca la menor comisión por la administración-, si bien constituiría una restricción parcial y temporal al derecho de libre contratación, no afecta al contenido esencial del derecho a la pensión, pues en un juicio de ponderación entre ambos derechos debe priorizarse aquel que conlleve un mayor beneficio para el titular (el afiliado), máxime si la medida forma parte de una reforma estructural que tiene como objetivo mejorar a futuro el monto de la prestación de todos los asegurados al SPP: en seguridad social debe privilegiarse la necesidad colectiva respecto de la individual, por tanto, la elección de la AFP a la cual quiero afiliarme es un elemento complementario.

En cuanto a la modificación de la fórmula para determinar el porcentaje de la comisión de la AFP, pasando de una “por flujo” (sobre la remuneración) a una sobre el “saldo del fondo”, consideramos que no afecta al contenido esencial, en la medida que si bien la comisión -al ser un componente de los descuentos que se aplican al afiliado- forma parte de los elementos previsionales contemplados dentro de la operatividad del SPP, no es uno de los elementos del núcleo duro del derecho a la pensión, por tanto, puede ser fijado libremente por el legislador.

## 2. Aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad

Este mecanismo constituye una metodología de análisis que se utiliza para la solución de problemas de interpretación constitucional.

---

(18) Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de junio de 2005. En dicho proceso se discutió la constitucionalidad de la reforma pensionaria aprobada por la Ley N° 28389 y su norma de desarrollo (Ley N° 28449), resolviéndose a favor del Estado.

(19) Dejamos constancia que en los fundamentos 107 y 108 del referido fallo el Tribunal ha precisado que junto a estos elementos coexisten otros vinculados al derecho a pensión que sí pueden ser modificados por el legislador: (i) el contenido **no esencial**, dentro del cual están las normas sobre reajustes y topes -o pensión máxima-; y (ii) el contenido **adicional**, relativo a las normas sobre pensiones de sobrevivientes (derecho derivado).

Conocida como la teoría los “límites implícitos”<sup>20</sup>, tiene por finalidad determinar la justificación (o no) de la imposición de determinada medida legal a través de la aplicación secuencial de tres principios, por tanto, la desaprobación de uno de ellos hace innecesaria la verificación del siguiente. A saber:

- a) Principio de idoneidad o adecuación, de acuerdo con el cual la injerencia en un derecho fundamental deberá ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: **(i)** la legitimidad del objetivo; y **(ii)** la idoneidad de la medida sub examine.
- b) Principio de necesidad, el cual significa que para que la injerencia en un derecho fundamental sea necesaria, no deberá existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado, por tanto, requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.
- c) Principio de proporcionalidad strictu sensu, que precisa que para que la injerencia en el derecho fundamental sea legítima el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho, comparándose dos intensidades: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha utilizado este test en diversas oportunidades, pero al tratarse de una discusión respecto a la validez de la reforma pensionaria, nos parece adecuado remitirnos al fundamento 114 del Expediente N° 00050-2004-AI/TC, en el cual se señaló expresamente lo siguiente:

114. Con los resultados obtenidos en los tres principios revisados, toca ahora analizar si la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es un medio razonable para lograr la justicia e igualdad en el ámbito pensionario.

A juicio de este Tribunal, la reforma **permite la realización de los valores superiores justicia e igualdad en materia pensionaria**. En ese sentido, la Ley N° 28389 es acorde con la finalidad constitucional antes mencionada, más aún si no se contrapone con el criterio de reajuste periódico de las pensiones que prevé la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de acuerdo con una distribución equitativa del monto de la misma.

Siendo ello así, **el Estado asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar el derecho fundamental a la pensión en términos de justicia distributiva e igualdad**. Ahora bien, la

---

(20) Por todos: BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Madrid, 2003, Centro de Estudios Constitucionales.

aplicación del test de la razonabilidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta reforma en sentido peyorativo del derecho fundamental a la pensión, permite llegar a la conclusión de que la Ley N° 28389, que reforma la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, **no comporta una reformatio in peius**.

La intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que **con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible**, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas.

De otro lado, aplicado el test de razonabilidad, a través de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad strictu sensu, se concluye que **la reforma constitucional no priva a las personas del derecho a la pensión, y mucho menos les impide su acceso**. Por el contrario, lo que se busca es que el goce de ese derecho se realice mediante la materialización de valores superiores como la justicia e igualdad.

Efectuada esta glosa de los argumentos que el Tribunal Constitucional tomó en cuenta al evaluar una reforma previa, podemos concluir que la Ley N° 29903 ha aprobado el test de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a los extremos comentados (licitación y comisión), puesto que:

- a) Las medidas utilizadas tienen un objetivo legítimo -buscar una mejora en las condiciones aplicadas a los afiliados del SPP- y son idóneas para la obtención del mismo (principio de idoneidad o adecuación).
- b) La injerencia ha sido necesaria, y ha sido planteada a nivel legislativo en la medida que -pese a formar parte de los elementos que conforman las características periféricas del derecho a pensión- la licitación y comisión de las AFP no conforman el núcleo duro del citado derecho, por tanto, sí pueden ser reguladas por el legislador (principio de necesidad).
- c) Finalmente, la injerencia ha sido legítima en el grado de realización del objetivo, pues su aplicación es equivalente o proporcional a la limitación (o afectación) del derecho fundamental (principio de proporcionalidad).

Resumiendo los argumentos del Tribunal recogidos en el fallo citado, la reforma:

- Permite la realización de los valores superiores justicia e igualdad en materia pensionaria.
- El Estado asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar el derecho fundamental a la pensión.
- No comporta una reformatio in peius del status quo actual.
- Consigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible.
- No priva a las personas del derecho a la pensión, mucho menos les impide su acceso al SPP.

Lo expuesto en los puntos precedentes, nos lleva a la conclusión de que la Ley N° 29903 **no** es inconstitucional, como ha reconocido el Tribunal.