



MARCO LEGAL

# Retiros AFP: camino a la inconstitucionalidad

La jurisprudencia del TC sobre la intangibilidad de las pensiones sugiere que una demanda de inconstitucionalidad contra el retiro de fondos de la AFP podría prosperar.

El Ejecutivo podría lograr que el Tribunal Constitucional (TC) declare inconstitucional la ley que autoriza el retiro de fondos de la AFP. Esto, si los magistrados resuelven una posible demanda siguiendo la línea establecida por ese organismo sobre la naturaleza intangible de los fondos de pensiones. El gobierno podría plantearle al TC que la ley afecta fondos que son intangibles por mandato constitucional, como en el caso de la devolución de aportes de la ONP, y ganar la demanda.

En diferentes sentencias, el TC ha señalado que la intangibilidad protege a los fondos de ser utilizados para fines distintos al pago de la pensión, que está blindada contra cualquier reforma legislativa, y que si bien ese dinero es parte del patrimonio del afiliado, no es una forma de propiedad que le permita disponer de él libremente. Este último punto fue uno de los que fundamentó la decisión del TC de darle la razón por unanimidad al Ejecutivo en el caso de la ONP. "El TC tiene criterios uniformes. Por eso es predecible que los magistrados, si siguen los criterios que ya existen, deberían declarar inconstitucional esta ley", estima Raffo Velásquez, socio de Baxel Consultores.

Para declarar inconstitucional una ley es necesario el apoyo de cinco magistrados. Si asumimos que José Luis Sardón, Ernesto Blume y Augusto Ferrero apoyarán la demanda, tres votos estarían asegurados. Marianella Ledesma y Carlos Ramos Nuñez podrían

completar los cinco votos, a juzgar por cómo fundamentaron su voto en el caso de la ONP. Ledesma consideró que esa norma nació con las mejores intenciones, pero que estas debían materializarse respetando disposiciones constitucionales, como es el caso de la intangibilidad de los fondos. De igual manera, Ramos advirtió que la intangibilidad del fondo permitía proteger el derecho a la pensión.

"Creo que todos van a estar de acuerdo en que es una ley bienintencionada. Pero es antitécnica, violenta la Constitución y genera un daño concreto a quienes la Constitución pretende proteger. Creo que eso lo tiene claro el tribunal. No observo que en esta materia pueda presentarse una discusión significativa, entonces creo que sería declarada fundada", estima Víctor García Toma, expresidente del TC y socio del estudio Benites, Vargas y Ugaz.

Existe la intención de que algún colegio profesional también presente una demanda de inconstitucionalidad, paralela a la del Ejecutivo, de acuerdo con fuentes cercanas a las AFP, para darle más fuerza al caso.

Si bien los gobiernos de Martín Vizcarra y Manuel Merino aprobaron o dejaron pasar cuatro retiros el año pasado, eso no convierte en constitucional la norma actual, coincide los constitucionalistas consultados. "Ahora el impacto es aun mayor", comenta Velásquez. Según estimados del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el retiro podría alcanzar los S/38,000 millones (ver gráfico Impacto...). "Un error jurídico no puede producir un precedente", remata Carlos Hakansson, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Piura. (JRA) ■

**Un error jurídico no puede producir un precedente, señala Hakansson**

Impacto de los retiros de fondos de AFP

Norma	¿Quién lo aprobó?	Fecha	Alcance de afiliados (millones)	Monto retirado (millones de S/)
DU 034-2020	Poder Ejecutivo	1/04/2020	17	2,968
DU 038-2020	Poder Ejecutivo	13/04/2020	11	2,075
Ley 31017	Congreso	30/04/2020	37	19,247
Ley 31068	Congreso	15/11/2020	2.0	4,587
Ley 31192	Congreso	7/05/2021	5.0*	38,086*

\*Alcance y retiro potencial según estimados del Ejecutivo

MEF/Normas Legales