

42-2012/61-2013/62-2013

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las trece horas y treinta minutos del día veintiséis de julio de dos mil diecisiete.

I. El 23-XII-2014 esta Sala emitió sentencia estimatoria en el presente proceso, en la que se declararon inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Como se sostuvo en las resoluciones de seguimiento de 6-II-2015, 19-II-2015, 27-V-2015 y 8-VII-2015, Incs. 43-2013, 57-2011, 42-2012 y 48-2014, respectivamente, la competencia de este tribunal para establecer si sus decisiones han sido cumplidas o no por sus destinatarios, es una función inherente a la potestad jurisdiccional que la Constitución le atribuye. Por ello, la sala se encuentra habilitada para controlar el cumplimiento de sus fallos, de oficio o a petición de parte. Este alcance de la función jurisdiccional en materia constitucional se encuentra estatuido por el art. 172 inc. 1º frase 2ª Cn., el cual prescribe que la jurisdicción no solo comprende la potestad de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado y esto último, según la sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003, impone a jueces y tribunales el deber de adoptar las medidas necesarias y oportunas para que la ejecución de sus decisiones se haga efectiva, por lo cual se emite la presente resolución de seguimiento.

II. Como ha sido de conocimiento público, el día 18-VII-2017 la Asamblea Legislativa aprobó con 44 votos el Decreto Legislativo n° 733 (D. L. n° 733/2017) por el cual se reforma el art. 91 letra m de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LESAP), en el sentido que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán adquirir los Certificados de Inversión Previsionales (CIP) que emite el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales hasta por un límite máximo de 50% del fondo de pensiones que gestionan y administran. Dicho decreto ya ha sido sancionado por el Presidente de la República y se encuentra pendiente de publicación en el Diario Oficial. Por lo anterior, se vuelve necesario que esta sala analice y constate de oficio la compatibilidad de la reforma señalada con lo establecido en la sentencia definitiva de 23-XII-2014, pronunciada en este proceso de inconstitucionalidad.

III. En la mencionada sentencia, entre otros aspectos, se consideró que la obligación de las AFP establecida en los arts. 17 inc. 1º de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales (LEFOP) y arts. 91 letra m y 223-A LESAP de adquirir los CIP mencionados, constituye una medida proporcional desde un punto de vista constitucional pues, aunque implica limitar la libertad de contratación de dichas entidades en relación con los ahorros previsionales que administran y gestionan, con ello se logra la sostenibilidad del Sistema de

Pensiones Público y, por tanto, la continuidad y regularidad del pago de las pensiones de las personas jubiladas en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos. Sin embargo, al ponderar los derechos fundamentales involucrados, esta sala fue explícita (considerando IV 1) sobre que, frente al peso abstracto de la seguridad social y al derecho derivado de recibir una pensión por vejez, la constitucionalidad de tal medida radicaba en que la afectación a la libertad de contratación no era intensa, porque la inversión de los fondos de pensiones en CIP se establecía hasta un determinado límite máximo, en concreto, de 45% (art. 91 letra m LESAP), debido a que: *“si bien restringe el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permite el financiamiento de las pensiones del Sistema de Pensiones Público y deja un margen de acción a las Administradoras de Fondos de Pensiones para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan”*.

En tal sentido, en la sentencia (considerando V y punto 1 del fallo) se sostuvo que, como consecuencia de la misma, los fondos de pensiones de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones podrían ser invertidos en aquellas actividades que según el criterio financiero de las AFP fueran más rentables en el mercado, a fin de garantizar mayores niveles de beneficio a los pensionados, salvo el porcentaje del 45% de inversión en CIP emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales de conformidad con los arts. 91 letra m y 223-A LESAP, en relación con los arts. 12 letra c y 17 LEFOP.

IV. Al aplicar lo anterior al contenido de la reforma al art. 91 letra m LESAP por el D. L. n° 733/2017, resulta evidente que se ha excedido en 5% el límite máximo que esta sala tomó en cuenta en la sentencia con respecto a la inversión obligatoria en CIP que las AFP debían realizar con los fondos de pensiones, reduciéndose, en consecuencia, del 55% al 50% los fondos disponibles por las AFP para obtener mayor rentabilidad, en beneficio de los pensionados; por lo que debe analizarse la intensidad de la afectación que ello produce en los derechos a la seguridad jurídica y a la seguridad social en su manifestación del derecho a pensión por vejez (arts. 2 inc. 1° y 50 Cn.) de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En los considerandos del decreto legislativo respectivo explícitamente se establece que la finalidad de la reforma es disponer de los recursos necesarios para atender los compromisos generados por el actual sistema previsional y darle estabilidad financiera al mismo. Es decir, se pretende que el gobierno tenga más disponibilidad sobre los ahorros previsionales que administran las AFP para cubrir los próximos compromisos de pago de pensiones de los jubilados en el sistema público. Aunque dicha finalidad es constitucionalmente legítima, la afectación que produce en los derechos fundamentales involucrados sí es intensa porque implica aumentar a niveles de riesgo el porcentaje de inversión obligatoria (de 45% a 50%) de los fondos previsionales en títulos de baja rentabilidad y, además, limita sustancialmente el margen de inversión que las AFP pueden

realizar con dichos fondos en títulos no obligatorios con mejores tasas de interés, todo lo cual se traducirá en una afectación a los derechos de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En efecto, según datos de la Superintendencia del Sistema Financiero (<http://www.ssf.gob.sv/>), a junio de 2017 el patrimonio de los fondos de pensiones ascendía a US \$9,674.05 millones, por lo que el aumento en 5% de la inversión obligatoria en CIP equivale a tomar prestados de éstos aproximadamente US \$500 millones, que devengarán entre 3.5% y 4% como tasa vigente, es decir, una tasa de interés inferior a la que el Estado paga por otros títulos que concurren en el mercado financiero, con el agravante que el plazo de tales certificados se ha ampliado a 50 años por Decreto Legislativo n° 656, de 21-IV-2017, publicado en el Diario Oficial n° 73, tomo 415, de 21-IV-2017. A esto debe añadirse que actualmente, de acuerdo con información de la mencionada superintendencia, los fondos de pensiones de los cotizantes del Sistema de Ahorro de Pensiones han superado el límite de inversión obligatoria, del 45% ya que también se invierten en certificados de traspaso, lo que, en conjunto, implica que, sin tomar en cuenta los efectos de la reforma legal analizada, la inversión ya asciende a un 62.23% (cerca de US\$ 6,000 millones) en títulos estatales.

Ante esta situación, permitir el incremento de 5% del máximo de la inversión obligatoria en CIP implicaría, en la práctica, disminuir aún más las condiciones de las pensiones futuras de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones, y dificultaría sustancialmente el aseguramiento para los jubilados de ingresos indispensables para satisfacer las necesidades básicas que exige la vida digna de los jubilados y de su grupo familiar.

Y es que, como se expuso en la sentencia (considerando III 5), la administración e inversión de los fondos de pensiones es un asunto de interés social y por ello debe llevarse a cabo según criterios que procuren la seguridad, liquidez, diversificación de riesgo y rentabilidad de los mismos, evitando la supeditación del bienestar futuro de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones. En tal sentido, aunque permitiría al gobierno solventar un gasto previsible y cumplir con la obligación previsional con los jubilados en el sistema público, la reforma al art. 91 letra m LESAP es contraria a los intereses de los trabajadores porque el objeto de la inversión de los fondos de pensiones es la obtención de rentabilidad adecuada en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo (art. 88 inc. 1° LESAP), lo cual no se garantiza con la reforma recientemente aprobada; por el contrario, los efectos de dicha reforma inciden desfavorablemente, en perjuicio de los pensionados, ya que ven disminuida sustancialmente la rentabilidad de sus ahorros.

Conforme a lo expuesto, se concluye que la reforma que se ha realizado al art. 91 letra m LESAP mediante la aprobación del D. L. n° 733/2017, de 18-VII-2017, contradice los términos de la sentencia 23-XII-2014, pues implica una vulneración a los derechos a la

seguridad jurídica y a la seguridad social en su manifestación del derecho a pensión por vejez (arts. 2 inc. 1° y 50 Cn.) de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones. Por ello esta sala, en el marco de la ejecución de la sentencia en mención (art. 172 inc. 1° Cn.), deberá resolver que *la reforma al citado art. 91 letra m LESAP no producirá efecto jurídico constitucional alguno, por lo que las AFP continuarán teniendo como límite de la inversión obligatoria de los fondos de pensiones en CIP que emite el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, el 45% de la totalidad de los mismos.*

IV. Por tanto, con base en las consideraciones que anteceden y en la obligación que a esta sala le impone el art. 172 inc. 1° frase 2ª Cn., se **RESUELVE**:

1. Declárase que la reforma al art. 91 letra m de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, aprobada mediante el Decreto Legislativo 733, del 18-VII-2017, *contradice la sentencia de 23-XII-2014* pronunciada en este proceso, por lo que *no producirá efecto jurídico constitucional alguno*; pues, por un lado, implica elevar a niveles de riesgo el porcentaje de inversión obligatoria (de 45% a 50%) de los fondos previsionales que las AFP deben realizar en certificados de inversión previsional que actualmente son títulos de baja rentabilidad; y por otro, limita sustancialmente el margen de inversión que estas administradoras pueden realizar con dichos fondos en títulos no obligatorios con mejores tasas de interés. Ello se traduce en una vulneración a la seguridad jurídica y a la seguridad social en su manifestación del derecho a pensión por vejez de los pensionados (arts. 2 inc. 1° y 50 Cn.).

En consecuencia, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán teniendo como límite máximo de la inversión obligatoria de los fondos de pensiones en certificados de inversión previsional, el 45% establecido antes de la reforma que por esta resolución se invalida, por ser contraria a la sentencia pronunciada en este proceso de inconstitucionalidad.

2. Notifíquese a todos los intervinientes.

TO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ ÓSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS

Concurro con mi voto a formar la anterior resolución de seguimiento – Inc. 42-2012/61-2013/62-2013– específicamente en el párrafo primero del numeral 1 de la parte resolutiva; siendo necesario, en mi opinión, realizar algunas consideraciones, en cuanto a la consecuencia plasmada en el segundo párrafo, las cuales a continuación expongo:

I. Es pertinente traer a consideración, que la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad 42-2012, sostuvo que “(...)el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se diseñó como un mecanismo de financiamiento de las pensiones del sistema público, ante el agotamiento de las reservas de pensiones del ISSS y del INPEP, mediante la adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones y que esto ha conllevado a una fuerte interdependencia entre el Sistema de Ahorro para Pensiones y el Sistema de Pensiones Público, ya que las obligaciones por el pago de pensiones de este último son absorbidas por los fondos de pensiones mediante inversiones obligatorias, lo que obliga a que se trasladen fondos privados de los cotizantes actuales del Sistema de Ahorro para Pensiones para realizar pagos que deberían correr por cuenta de dichas instituciones o por el Estado”

“En este sentido, es claro que la creación del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y las reformas legales que se necesitó para su implementación, implica la utilización de los ahorros de los asegurados actuales para financiar las pensiones del sistema público, tanto de los ya jubilados como de las personas próximas a jubilarse, lo cual desvirtúa el régimen de capitalización individual que se pretendió con el Sistema de Ahorro para Pensiones y representa, en la práctica, el funcionamiento del sistema de pensiones como un modelo de reparto, basado en la solidaridad intergeneracional”.

Así la Sala también dijo que “Lo anterior, no conlleva *per se* una vulneración a los derechos a la seguridad jurídica y a la seguridad social de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, *pues, no obstante la finalidad de las reformas, tales derechos pueden ser asegurados siempre que los cotizantes perciban una adecuada rentabilidad por la utilización de sus cuentas de ahorros individuales para pensiones*, lo cual les aportará a través del tiempo los incrementos económicos óptimos y suficientes para obtener eventualmente una pensión por vejez y demás beneficios que les permita jubilarse en condiciones de seguridad y dignidad”.

De ahí entonces, que la vulneración constitucional en el presente caso, conforme a la jurisprudencia constitucional, no deviene en si, del uso del mecanismo de financiamiento a través del uso de fondos del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para pago de

pensionados, sino, de la tasa de rentabilidad que se otorga por el uso de las cuentas de ahorro de los cotizantes.

En ese sentido debe analizarse el fin que persigue la medida legislativa, consistente en incrementar en un 5%, del 45% al 50%, la inversión obligatoria en Certificados de Inversión Previsional y por otro lado el efecto que ello generaría.

Así, en la sentencia, correspondiente al proceso que nos ocupa, Inc. 42-2012/61-2013/62-2013, se sostuvo que este mecanismo implica la utilización de los ahorros de los asegurados actuales para financiar las pensiones del sistema público, tanto de los ya jubilados como de las personas próximas a jubilarse, por lo que se advierte que la medida persigue contar con mayor disponibilidad financiera, para cubrir tales obligaciones en el plazo inmediato. Sin embargo, es un hecho notorio que el incremento del 5% materialmente representa una alta cantidad de dinero, y no se garantiza una tasa de interés adecuada, ya que aún no se encuentra en un nivel ideal.

Por lo que considero que ante la colisión de derechos fundamentales, por una parte el fin que persigue es asegurar en el corto plazo el pago de pensiones y por el otro lado, implica aumentar el porcentaje de fondos que se utilizan, bajo una tasa de interés sin una rentabilidad ideal, para la seguridad social de los cotizantes del sistema de ahorro para pensiones, dicha colisión de derechos, debió ser parte del análisis y ser resuelta a través de un juicio de ponderación, es decir, para valorar los efectos materiales de la resolución de seguimiento debió hacerse un examen o test de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es una herramienta interpretativa que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo sentencia de inconstitucionalidad 60-2015, del 21-IX-2012, “determina si un contenido constitucional ha sido alterado, o dicho de otro modo, es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales —de poca densidad normativa— y las concreciones interpretativas que hace la ley sobre las mismas.

Dicho principio se subdivide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir; a) Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por ende, la aplicación de este subprincipio consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido —la limitación— para fomentar esa finalidad. En el caso objeto de análisis el incremento de 5% por ciento, podría decirse que sí cumple con el fin perseguido, conforme a lo sostenido por esta Sala, que es el de obtener mayor disponibilidad financiera para cumplir los pagos de pensiones de jubilados.

b) El subprincipio de Necesidad, implica que de entre varias medidas para conseguir la misma finalidad, debe utilizarse la menos gravosa al derecho afectado, por lo tanto debe examinarse si la medida legislativa adoptada efectivamente es la menos gravosa. El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada; en el presente caso, considero que el porcentaje que se aumenta, es un hecho notorio que permite disponibilidad de una cantidad sumamente alta, y que pudo optarse por obtener una menor cantidad, como medida alternativa, con menor grado de afectación para los intereses de los cotizantes.

Mediante el último subprincipio, c) Proporcionalidad en Sentido Estricto, mediante este test se trata de verificar si las ventajas que se obtienen, mediante limitación al derecho fundamental, logran compensar los sacrificios que aquella implica para sus titulares. Básicamente, consiste en un juicio de ponderación entre el derecho afectado y el otro principio o derecho que fundamenta la intervención negativa. En líneas generales, puede decirse que mientras más intensa sea la intervención legislativa en el derecho fundamental, mayor peso tendrá éste en el juicio de ponderación; y del mismo modo, que mientras más efectiva sea la medida legislativa para la consecución del fin inmediato, mayor peso habrá que otorgársele a éste en la ponderación. Es decir, si la afectación al derecho es mayor que los frutos alcanzados con la medida, ésta resulta desproporcionada y deberá declararse inconstitucional.

En este caso, considero que la medida legislativa por una parte posibilita el derecho a la seguridad social de los jubilados, al garantizar el pago en el corto plazo de sus pensiones, sin embargo, se hace en una cuantía, por demás alta, colocando en una afectación de intensidad no justificada, respecto a una posibilidad de rentabilidad alta para los cotizantes.

II. Tal como he expuesto en diversos procesos de inconstitucionalidad, por ejemplo sentencia de inconstitucionalidad 48-2014, corresponde a todo Juez Constitucional la obligación de ejercer una efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo dicha facultad la que, en abstracto, motiva a juzgar o declarar una inconstitucionalidad, así como también, obliga a garantizar el cumplimiento de la misma, sin embargo, ese mismo mandato de tutela conlleva a visibilizar los efectos materiales en el tiempo de toda resolución, debiendo preverse cualquier riesgo que vuelva ineficaz o contraproducente, o inclusive lesionar otros derechos fundamentales con la misma resolución.

En ese sentido, en mi opinión, es un hecho público y notorio, el déficit fiscal en las finanzas del Estado, de efectos perjudiciales inmediatos para los jubilados, por lo que aún reconociendo la inconstitucionalidad de la medida legislativa, podría haberse modulado los

efectos de la resolución de seguimiento con medidas alternativas, entre otras, autorizar por una sola vez, en transacción única, el aumento al porcentaje en uno o dos puntos, a efecto de que el Estado obtuviese disponibilidad financiera, para el pago de pensiones a las personas jubiladas, de manera inmediata, sin afectar más allá de lo justificable, los intereses de los cotizantes.

En conclusión, ante la situación fiscal aludida, en la cual es un hecho objetivo la falta de disponibilidad financiera del Estado, debió de modularse los efectos de la resolución de seguimiento, a través de una medida que armonizara, por una parte los derechos entre los cotizantes, a tener un rendimiento adecuado en sus cuentas de ahorro previsional, a largo plazo y por otra los derechos de los jubilados, al pago sus pensiones en un plazo inmediato.