

42-2012AC
Inconstitucionalidad
42-2012/61-2013/62-2013

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas del día veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados han sido promovidos por la ciudadana Lisbeth Emma Edith Abarca Cárdenas –Inc. 42-2012–, así como por los ciudadanos José Israel Huiza Cisneros, José René Pérez, Carlos Mario Martínez, Israel Sánchez Cruz, Ricardo Antonio Soriano, Julio César Hernández García, José Raúl Rivas Luna, Miguel Ángel Alfredo Ramírez Urbina, José Luis Fernando Amaya, Ana María Alas Tobar, Alejandro Hernández Castro, Ana Donaldina Sánchez de González, Elio Karin Castillo González y Salvador Enrique Anaya Barraza –Incs. 61-2013 y 62-2013–, para que esta Sala declare la inconstitucionalidad, por vicio de contenido, de *los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales*, contenida en el Decreto Legislativo n° 98, de 7-IX-2006, publicado en el Diario Oficial n° 171, tomo 372, de 14-IX-2006, *así como de los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones*, emitida mediante Decreto Legislativo n° 927, de 20-XII-1996, publicado en el Diario Oficial n° 243, tomo 333, de 23-XII-1996, modificada por Decreto Legislativo n° 100, de fecha 13-IX-2006, publicado en el Diario Oficial n° 171, tomo 372, de 14-IX-2006, y reformados ambos por Decreto Legislativo n° 1036, de 29-III-2012, publicado en el Diario Oficial n° 6, tomo 394, de 30-III-2012, por la supuesta vulneración a los arts. 2 inc. 1°, 3 inc. 1°, 23 y 50, en relación con el art. 220, y 246 todos de la Constitución (en adelante, Cn).

Han intervenido en los procesos detallados los ciudadanos demandantes, la Asamblea Legislativa como autoridad demandada y el Fiscal General de la República.

Las disposiciones propuestas como objeto de control establecen:

Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales:

“Características de los Certificados de Inversión Previsionales.

Art. 12.- Los Certificados de Inversión Previsionales son títulos valores que tendrán las siguientes características:

c) Devengarán una tasa de interés ajustable semestralmente. Esta tasa de interés será equivalente a la London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días (LIBOR 180 días), reportada por la British Bankers Association al cierre de la semana anterior a la emisión. A esta tasa se le deberá sumar una sobretasa de 0.75%, la que será fija durante el plazo al cual fue emitido el valor. El ajuste semestral se hará con base en la LIBOR indicada anteriormente, reportada la semana anterior al vencimiento del semestre respectivo;”.

“Adquisición por los Fondos de Pensiones.

Art. 17.- Las AFP adquirirán, como inversión de los Fondos de Pensiones, los Certificados de Inversión Previsionales en las condiciones que indique la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Los Certificados de Inversión Previsionales no requerirán de ninguna clasificación de riesgo para que sean objeto de inversión de los recursos que constituyen los Fondos de Pensiones, ni para que éstos los negocien.

En el caso de los Certificados de Inversión Previsionales a que se refiere el artículo 14 de esta Ley, a pesar de lo indicado en el inciso primero del presente artículo, no generarán entrega de dinero de parte de los Fondos de Pensiones al Fideicomiso.”.

Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones:

“Diversificación de las Inversiones por Instrumento.

Art. 91.- La Comisión de Riesgo deberá fijar los límites máximos para la inversión de cada uno de los portafolios del Fondo de Pensiones por tipo de instrumento financiero. Estos límites máximos serán fijados dentro de los rangos porcentuales del activo de cada tipo de Portafolio, que se detallan a continuación:

m) Certificados de Inversión Previsionales, emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, tendrán un límite máximo de 45% del fondo. Las emisiones que se podrán adquirir con los recursos de los fondos de pensiones en forma anual serán equivalentes a las necesidades establecidas y el procedimiento definido en los artículos 13 y 16 de la Ley del Fondo de Obligaciones Previsionales, respectivamente;”.

“Inversión para financiar vivienda.

Art. 223.- Se podrá adquirir títulos valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda con recursos del Fondo de Pensiones, de conformidad a lo establecido en el literal i) del artículo 91 de esta Ley. Para tal efecto, el Fondo Social para la Vivienda deberá definir las características de los títulos valores que emita.

Las Instituciones Administradoras, con los recursos de los Fondos de Pensiones que administren, deberán adquirir valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda con el objeto que los recursos captados con la colocación de los mismos sean utilizados en el otorgamiento de créditos a trabajadores del sector formal, con especial énfasis en trabajadoras jefas de hogar, para la adquisición de vivienda nueva de interés social, con un valor de hasta ciento veintiocho salarios mínimos del sector comercio y servicios. Para dichos efectos, las Instituciones Administradoras deberán invertir el equivalente al tres punto ochenta y cinco por ciento de la recaudación acumulada de cotizaciones previsionales de los tres meses anteriores al mes en que se realice la colocación de los valores emitidos.

Los valores a los que hace referencia el inciso anterior deberán ser emitidos por el Fondo Social para la Vivienda a un plazo de hasta veinticinco años, a una tasa de interés fija, no menor al tres por ciento anual, la cual será objeto de revisiones periódicas por parte de la mencionada Institución, manteniendo en todo momento un diferencial de por lo menos, tres puntos porcentuales con respecto a la tasa de interés activa vigente a la fecha de la revisión, establecida para créditos destinados a la adquisición de vivienda de interés social de un valor de ciento veintiocho salarios mínimos del sector comercio y servicios. El resto de las características de los valores a los que se refiere el inciso anterior serán definidas por el Fondo Social para la Vivienda.

Los valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda de conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del presente artículo, recibirán el mismo tratamiento que los valores emitidos por la Dirección General de Tesorería y el Banco Central de Reserva tienen en la Ley de Mercado de Valores y en esta Ley, estando sujetos únicamente a un límite de inversión equivalente a lo establecido en el segundo inciso de este artículo. La obligación de inversión a las que se refiere el inciso segundo de este artículo persistirá, en tanto razonadamente el Fondo Social para la Vivienda determine la necesidad de realizar las emisiones de valores a las que se refiere esta disposición.”

“Inversión Obligatoria en Certificados de Inversión Previsionales

Art. 223-A.- Los Fondos de Pensiones deberán adquirir obligatoriamente los Certificados de Inversión Previsionales que corresponden al Programa Anual de Emisiones del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, sin que el saldo total adquirido exceda el límite de inversión señalado en el literal m) del artículo 91 de esta Ley. Asimismo, deberán adquirir los Certificados de Inversión Previsionales por los que se sustituyan los certificados de traspaso y certificados de traspaso complementarios, para los cuales no operará dicho límite.”.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite de los procesos, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. a. En el proceso de Inc. 42-2012, la ciudadana Abarca Cárdenas expuso como primer punto que las disposiciones por ella impugnadas se encuentran materialmente vinculadas, entre sí, aunque se hallen en diferentes cuerpos legales; así, expresó que las disposiciones contenidas en los Decretos Legislativos 100/2006 y 1036/2012 tienen como presupuesto el art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, pues éste contiene una imposición a las Administradoras de Fondos de Pensiones para adquirir los Certificados de Inversión Previsional, que corresponden al Programa Anual de Emisiones del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, lo que motivó las reformas a la referida ley. Los Certificados de Inversión Previsional sustituyeron a los Certificados de Traspaso y a los Certificados de Traspaso Complementarios, para los cuales no operaría el límite fijado por el art. 91 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En consecuencia, la ciudadana considera que el vicio constitucional señalado en el art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales genera una inconstitucionalidad por conexión en los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b. En este sentido, expuso que desde el inicio de operaciones del actual sistema de ahorro para pensiones, basado en cuentas individuales, el sistema de reparto anterior –el sistema público de pensiones administrado por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de los Empleados Públicos (ISSS e INPEP, respectivamente)– se volvió financieramente insostenible, ya que acumulaba obligaciones de pago de beneficios a los pensionados que se mantuvieron en dicho sistema, muy superiores a los recursos con los que contaba.

Por tal situación, se impulsaron reformas al nuevo sistema de ahorro para pensiones, modificando en el año 2001 las características del Certificado de Traspaso, convirtiéndolo en un instrumento de largo plazo y con las tasas de interés del mercado; luego, en el año 2003 se creó el Certificado de Traspaso Complementario, con las mismas características del Certificado anterior, y finalmente se creó un fideicomiso para financiar obligaciones previsionales del antiguo sistema de reparto, mediante la aprobación de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

c. Dijo, además, que en el art. 3 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se estableció como objetivo de dicho fideicomiso atender exclusivamente las obligaciones que se generaren del sistema, emitiendo para ello Certificados de Inversión Previsional, cuyos fondos son destinados al pago de la deuda. Asimismo, el art. 4 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales estableció al Ministerio de Hacienda, al ISSS e INPEP como fideicomitentes, a estas dos últimas instituciones a su vez como fideicomisarios y al Banco Multisectorial de Inversiones como fiduciario, consignando un Consejo de Administración para el buen funcionamiento del fideicomiso, integrado por los titulares de los entes mencionados.

Con la creación de este fideicomiso –continuó– prácticamente la modalidad de emisión de bonos soberanos por parte del Gobierno se complementa con la emisión de Certificados de Inversión Previsional, de manera que el Estado traslada técnicamente la responsabilidad del pago de las obligaciones del ISSS e INPEP al Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, designando a las Administradoras de Fondos de Pensiones como únicos inversionistas de las obligaciones emitidas, es decir de los Certificados de Inversión Previsional. Por tal situación, las pensiones existentes y las que se otorguen –con el sistema público– serán financiadas con los ahorros de los cotizantes del nuevo sistema de ahorros con cuenta individual.

Dijo también la actora que a esto debe agregarse la pérdida de rentabilidad que experimentan los fondos de pensiones con la compra de Certificados de Inversión Previsional, ya que las Administradoras de Fondos de Pensiones, por encontrarse obligadas a comprarlos, ven limitada la oportunidad de diversificar la inversión de los fondos en actividades más rentables, lo que ocasionará un impacto directo en las tasas de reemplazo de las pensiones de los cotizantes del sistema ahorro con cuenta individual, al invertirse la mayoría de los recursos de los cotizantes –el 45%– en instrumentos cuya tasa de interés se ha encontrado desde inicios del año 2009 por debajo de la tasa de inflación de El Salvador.

B. Violación al derecho a la propiedad –art. 2 inc. 1° Cn.–

La demandante manifestó que en materia de pensiones, dada la naturaleza jurídica de este beneficio que se concede al trabajador que ha cumplido con los requisitos legales para acogerse al retiro o jubilación, la doctrina comparada le reconoce el carácter de derecho patrimonial adquirido e integrante de la esfera jurídica individual de derechos de los adquirentes.

En este sentido, expresó que, de conformidad con la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, los ahorros de los trabajadores cotizantes son de su exclusiva propiedad y únicamente pueden ser utilizados para pagar pensiones u otros beneficios establecidos en dicho cuerpo normativo al dueño de la cuenta y sus beneficiarios. Estos ahorros conforman en su conjunto un fondo de pensiones en cuentas individuales cuya administración está a cargo de la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones y pasan a ser propiedad de

los cotizantes desde el momento en que le son aplicados los descuentos en sus salarios y el dinero se deposita para formar parte de su patrimonio.

Así, dijo la mencionada ciudadana, en el caso particular de los fondos de pensiones no existe una esperanza de adquirir un derecho; no está a criterio de nadie si un cotizante tiene o no la expectativa de recibir una pensión de vejez, invalidez o muerte, porque este es un derecho adquirido desde el momento en que el cotizante adopta la decisión de contratar una Administradora de Fondos de Pensiones, abrir una cuenta individual, se le realizan descuentos y éstos son depositados en la misma junto con los aportes patronales.

En relación con lo anterior, manifestó la demandante que el objetivo de los fondos de pensiones es que los ahorros de los trabajadores crezcan en virtud de la generación de rendimientos o ganancias, lo cual es importante por cuanto las pensiones y demás beneficios que recibirán a futuro depende en gran medida del dinero acumulado en las cuentas individuales y de la rentabilidad adecuada que se genere por las inversiones realizadas.

De acuerdo con la actora, tal finalidad no se cumple en las disposiciones impugnadas ya que obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a adquirir, como inversión de los fondos de pensiones, los Certificados de Inversión Previsional que se emitan por el fideicomiso aludido en un porcentaje determinado, afectando esa rentabilidad y, consecuentemente, las cuentas individuales conformadas con el producto de las aportaciones de trabajadores y empleadores, es decir, el patrimonio del cotizante. Adicionalmente, al existir obligatoriedad de invertir en títulos cuya tasa de interés durante los últimos años y en el futuro inmediato está por debajo de la tasa de inflación, técnicamente se obliga al cotizante a que pierda su patrimonio ahorrado, afectando de forma directa su pensión futura y desvirtuando los objetivos del nuevo sistema de pensiones al forzarle a financiar, en perjuicio de su patrimonio, el déficit fiscal de corto plazo del Estado.

Finalmente, dijo que es incuestionable que los fondos de pensiones son propiedad privada de los cotizantes, pues son sus titulares, y no el Gobierno ni las Administradoras de Fondos de Pensiones, quienes se benefician o perjudican con las inversiones, y que por ello la Asamblea Legislativa no tiene facultades para legislar en contra de la Constitución, disponiendo de la propiedad de los trabajadores y afectando la seguridad jurídica de los mismos.

C. Violación a la seguridad jurídica –art. 2 inc. 1º Cn.–

Luego de hacer consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la seguridad jurídica, la ciudadana Abarca Cárdenas expuso que para llevar a cabo la administración de los fondos de pensiones, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones contempla determinadas inversiones autorizadas bajo criterios de seguridad y rentabilidad, procurando la intangibilidad de los activos que componen los fondos de pensiones así como la

búsqueda de un rendimiento satisfactorio. Bajo tales parámetros, desde el comienzo de su operación las Administradoras de Fondos de Pensiones han invertido los recursos de los fondos administrados en certificados de inversión o bonos emitidos por sociedades anónimas, certificados de depósito a plazo fijo emitidos por entes bancarios, fideicomisos financieros, títulos públicos nacionales, entre otros.

En este orden –continuó–, para diseñar sus políticas de inversión, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben procurar un adecuado equilibrio entre la liquidez que necesitan para hacer frente al pago periódico de las prestaciones previsionales a su cargo, y el debido resguardo de los ahorros de sus afiliados para que en el futuro puedan acceder dignamente a los beneficios de la seguridad social.

Lo anterior –añadió–, no se cumple en la normativa impugnada ya que, por un lado, profundiza el hecho de que el pago de pensiones a los jubilados dependa de lo que cotizan los trabajadores actuales, cuando se supone que los ahorros de éstos deberían estar a salvo de la utilización por parte del Estado; y, por otro lado, disminuirá aún más la rentabilidad que tienen los fondos de pensiones, porque se obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a comprar Certificados de Inversión Previsional que pagan una tasa de interés por debajo del nivel de inflación anual. Esta segunda razón se evidencia al verificarse que el Estado, en vez de emitir títulos negociables en mercados organizados a tasas competitivas –como lo hace con los Eurobonos o con Letras del Tesoro Público–, emite Certificados de Inversión Previsional por medio del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales de forma trimestral directamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sin registrar estos títulos en la Bolsa de Valores ni emitirlos en una subasta pública, ya que se emiten a condiciones de tasa y plazo inferiores a las tasas del mercado.

Siguiendo con su exposición, expresó la actora que en las actuales condiciones resulta evidente que no existe seguridad o certeza sobre las condiciones de la inversión que los fondos de pensiones conforme a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones para brindar rentabilidad a los mismos, sobre todo cuando las reformas introducidas a la ley no obedecen a criterios técnicos y únicamente se persigue que el Estado pueda disponer de los fondos de los cotizantes para solventar el déficit presupuestario tendente al pago de las pensiones del antiguo sistema, lo que afecta las cuentas individuales de los cotizantes y, en consecuencia, la seguridad jurídica.

D. Violación al principio de igualdad –art. 3 inc. 1º Cn.–

Sobre este motivo, la demandante dijo que a partir del año 2006 El Salvador inició la venta de Eurobonos, títulos valores emitidos con respaldo soberano colocados fuera del país de origen en mercados internacionales, con la finalidad de cubrir parte de la deuda estatal por la emisión de títulos de corto plazo en el mercado local mediante las Letras del Tesoro Público. Cambiar la deuda de Letras del Tesoro Público por la de Eurobonos equivalía a reestructurar o refinanciar la deuda, a un plazo mayor para pagar y con un costo

financiero manejable, pagando el Gobierno a los inversionistas extranjeros una tasa de interés del 7.00 % o más.

Dijo la mencionada ciudadana que por la compra obligada de Certificados de Inversión Previsional, el Estado paga un interés que se establece al sumar la tasa de referencia para créditos internacionales, conocida como LIBOR –tasa promedio de referencia, determinada a partir de las tasas que reportan algunas de las principales instituciones financieras del mundo– a ciento ochenta días, más un diferencial del 0.75%, lo que actualmente significa tasas de 1.2% y 1.3%.

En este orden, alega que, con respecto a inversionistas extranjeros, existe un trato diferenciado sin fundamento técnico-financiero, al no pagar una tasa igual a los trabajadores salvadoreños por ocupar su dinero ahorrado en los fondos de pensiones, por lo que los Certificados de Inversión Previsional que compran las Administradoras de Fondos de Pensiones deberían recibir una tasa de interés similar a la de los Eurobonos y contar con la misma garantía soberana de pago, estando –según la actora– ante supuestos de hecho semejantes a los que deben serles aplicadas consecuencias jurídicas iguales.

E. Violación al derecho a la seguridad social –art. 50 Cn. en relación con el art. 220 Cn.–

En relación con este derecho, en cita de jurisprudencia de este Tribunal, la actora afirma que en la Constitución salvadoreña la seguridad social tiene como elementos configuradores: (a) la categoría jurídica protegida; (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales; y (c) las medidas protectoras de carácter social. La integración de tales elementos permite concluir que el cumplimiento del postulado constitucional de asegurar a cada persona una existencia digna, exige y origina la seguridad social, con la cual se busca que los individuos puedan hacer frente a las contingencias que ponen en peligro dicha calidad digna de la existencia.

Asimismo, expresó que entendida la seguridad social como un servicio público conforme al art. 50 incs. 1º y 2º Cn., las medidas protectoras de tal derecho responden a una necesidad general o pública, que es la suma de necesidades de seguridad social de todos los miembros de la sociedad, es decir la garantía de una provisión de medios materiales y de otra índole para hacer frente a los riesgos y contingencias patológicas, biológicas o socioeconómicas.

La demandante añadió que tanto el art. 220 como el art. 50 de la Constitución imponen al legislador la carga de regular lo pertinente a la seguridad social, específicamente al retiro, debiendo fijarse los porcentajes de jubilación con base en los lineamientos del número de años de prestación del servicio y los salarios devengados que el Constituyente ha establecido.

Manifestó también la impetrante que de acuerdo con las disposiciones impugnadas, la autoridad demandada afecta el principio de eficiencia económica en el manejo de

pensiones y fondos derivados de la seguridad social, el cual se encuentra dentro del art. 50 Cn. y busca que el Estado o responsable de administrar dichos fondos, brinde una atención debida a las personas cotizantes o que aún no lo han hecho, para que los fondos provenientes de las mismas cuotas sean optimizados. Tal situación no se cumple cuando el Estado impone medidas que afectan la rentabilidad de los fondos de pensiones, mediante la imposición de la obligación de adquirir títulos de bajo rendimiento, limitando la posibilidad de realizar otro tipo de inversiones de mayor rendimiento.

A criterio de la mencionada ciudadana, cuando un trabajador se afilia a una Administradora de Fondos de Pensiones establece con ésta una relación contractual de naturaleza administrativa, de la que se derivan derechos y obligaciones para ambas partes, siendo el principal derecho del trabajador recibir una pensión, dicha relación puede ser modificada unilateralmente por el Estado, pero no puede ir en contra del derecho a una seguridad social digna, como sucede en las disposiciones impugnadas, de tal manera que cualquier modificación sólo puede hacerse respetando y garantizando el carácter progresivo de los derechos sociales o expandiendo el mínimo de derechos reconocidos constitucionalmente.

2. A. a. Por otro lado, en el proceso Inc. 61-2013 los ciudadanos Huiza Cisneros y otros, manifestaron en síntesis que el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones impone la obligación de inversión de los fondos de pensiones –propiedad de los trabajadores– en valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda, denominados en el mercado como Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, lo que constituye una vulneración a los derechos de libertad de inversión como de la libertad económica –art. 102 Cn.–, libertad de contratación –art. 23 Cn.–, de propiedad –arts. 2 y 103 Cn.– y el ‘principio de seguridad social’ –art. 50 Cn.–.

b. Además, afirmaron que, de modo indirecto pero arbitrario e injustificado, el art. 223 inc. 3° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones fija la tasa de interés que se devenga por la inversión en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, tasa en grado exigua, al punto que constituye un acto irrazonable y desproporcionado al estar alejada de los parámetros de los mercados financieros, lo que supone una vulneración al principio de seguridad social –art. 50 Cn.–, al derecho al trabajo –art. 37 Cn.– y al derecho a la propiedad –arts. 2 y 103 Cn.–

Los pretensores señalaron también que, en términos generales, la vulneración a las disposiciones constitucionales indicadas se produce con motivo de que, tanto la obligatoriedad de inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, como la fijación por ley de la tasa de interés es irrazonable y desproporcionada, por lo que las disposiciones impugnadas vulneran asimismo los principios de proporcionalidad y de razonabilidad –art. 246 Cn.–, conceptos relacionales

que más bien operan como instrumentos metodológicos para concretar los límites del contenido que las disposiciones constitucionales imponen a la acción legislativa.

B. a. A continuación, expusieron una serie de consideraciones sobre el rol de la persona humana en la organización estatal y la obligación de ejecución de un control constitucional de la regulación económica y señalaron a la dignidad como su punto de arranque, obligando a un tránsito de las potestades regulatorias del Estado en la economía hacia un énfasis en los derechos y libertades de los particulares en dicho ámbito.

b. Seguidamente, dijeron que la anterior noción conduce al principio de subsidiariedad estatal, indicativo de que el Estado debe ejercer su rol regulador e interventor de las actividades económicas de los particulares, pero única y exclusivamente cuando tal intervención estatal sea necesaria, justificada, razonable, idónea y proporcional.

El referido principio –continuaron–, en la economía, supone un límite, ya que el poder estatal no debe utilizarse para cercenar o dificultar innecesaria o desproporcionadamente la libertad de los particulares, sino sólo para superar supuestos de falta o insuficiencia de las actividades económicas privadas –a manera de correctivos al mercado–. Lo anterior, sostuvieron, no implica que el Estado esté inhibido de intervenir en el ámbito económico, al contrario, se requiere la presencia estatal para garantizar el *mínimum vital* y evitar el falseamiento de los intercambios económicos.

C. Los actores expresaron asimismo que una de las manifestaciones relevantes de la libertad económica –art. 102 Cn.– es la libertad de inversión, indicativa de la facultad de emplear el capital con el ánimo de obtener unos ingresos o rentas a lo largo del tiempo, por lo que comprende como núcleo esencial el derecho de cada particular de invertir en la forma, magnitud y modalidad que mejor le parezca, dentro de los límites razonables que la ley dispone.

D. En cuanto a la libertad de contratación –art. 23 Cn.–, los demandantes indicaron que ésta posibilita a cada persona velar por sus propios intereses, regulando las circunstancias de su existencia mediante dos facultades: (i) libertad de celebrar o no un contrato y, además, de seleccionar con quién se contrata; (ii) libertad de determinar el contenido de los contratos.

E. Al referirse al derecho de propiedad, los impetrantes, con base en jurisprudencia de este Tribunal, dijeron que supone en principio el dominio pleno sobre el objeto, derecho que en nuestro sistema constitucional se encuentra determinado y delimitado por su función social.

F. Al hablar de la seguridad social –art. 50 Cn.–, los ciudadanos sostuvieron que lo relevante de la misma es su objeto último, esto es, el esfuerzo de protección de la persona humana como integrante de un conglomerado, procurándole los medios para hacer frente a las dificultades y contingencias que puedan surgir en la vida, a través de la adopción de determinadas medidas.

Por lo anterior, los actores destacan la exigencia constitucional sobre el uso óptimo de los recursos destinados a la seguridad social y de su eficiente financiamiento, siendo por ello que el art. 50 Cn. hizo especial énfasis en el perfil económico que supone un sistema de seguridad social con equilibrio y sostenibilidad financiera.

G. Sobre el derecho al trabajo –art. 37 Cn.–, manifestaron que éste, como derecho social, debe analizarse en el plano temporal desde dos dimensiones: (i) el presente, ya que el trabajador procura asegurar las condiciones económicas de una existencia digna mientras devenga un salario; y, (ii) el futuro, ya que con el resultado de su esfuerzo, el trabajador puede afrontar contingencias sociales.

H. a. En relación con los objetos de control, los demandantes expresaron que el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece el régimen económico de los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, que posee tres particularidades: (a) la obligación legal impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones de que con dichos fondos –propiedad de los trabajadores– deben adquirir los certificados en mención para otorgar créditos a trabajadores del sector formal; (b) la inversión obligatoria de los fondos de pensiones en títulos del Fondo Social para la Vivienda es equivalente al 3.85% de la recaudación acumulada de cotizaciones previsionales de los tres meses anteriores al mes en que se realice la colocación de los valores emitidos por dicha institución; y (c) la fijación por disposición legal de modo indirecto de la tasa de interés que devengan los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social.

b. Aunado a esto, los ciudadanos enfatizaron el contenido del art. 77 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en cuanto a que el fondo de pensiones –que se genera como resultado del sistema de capitalización individual vigente– es propiedad de los afiliados, independiente y diferente del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

En relación con esto, indicaron la necesidad de que dicho fondo produzca rentabilidad a través de la inversión del mismo según el art. 88 de la ley en mención, lo cual es manifestación de la exigencia constitucional de utilización óptima de los recursos destinados a la seguridad social, lo que significa que cualquier inversión que no procure la adecuada rentabilidad es contraria a los intereses de los trabajadores afiliados al sistema de pensiones y que, además, es necesario diversificar las inversiones por instrumento y evitar su concentración excesiva de los fondos en un solo emisor.

I. a. Al referirse a la confrontación internormativa, los actores explicaron que la obligación del art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones de invertir en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social contraviene la libertad de inversión, la libertad de contratación y del derecho de propiedad, ya que esto impide tanto a los propietarios de las cuentas de ahorro de pensiones como a los administradores de dichos fondos incidir en la adopción de las decisiones que procuren su óptima utilización,

imposibilitándoles su mejor manejo. Y es que, añadieron, en un sistema de capitalización individual se persigue que los afiliados puedan elegir libremente la Administradora de Fondos de Pensiones de su conveniencia, tanto porque obtenga mejor comisión de administración o porque invierta sus cotizaciones de manera que obtengan una mayor rentabilidad.

b. Asimismo, los demandantes sostuvieron que en razón de que el derecho de propiedad otorga a las personas la facultad exclusiva de utilizar sus recursos y bienes de la forma que deseen, la obligación de inversión en los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social constituye una vulneración al derecho de propiedad de los titulares de los fondos de pensiones –arts. 2 y 77 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones–.

c. La disposición impugnada –aseveraron– es también contraria al art. 50 Cn., que exige la óptima utilización de los recursos de la seguridad social, regla que sólo puede comprenderse bajo la noción de que la intervención de los fondos de pensiones debe cumplir al menos dos requisitos: (i) seguridad de las inversiones, en el sentido de que éstas deben posibilitar la viabilidad financiera del sistema; y (ii) adecuada rentabilidad, indicativa de que los fondos de pensiones deberían lograr el máximo retorno con un nivel de riesgo aceptable.

En este sentido, dijeron, la predeterminación en el inc. 3º del art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones de una arbitraria y desproporcionada tasa de interés a devengar por los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social es contraria a tal exigencia, pues en tanto que el Fondo Social para la Vivienda cuenta con una fuente de financiamiento cautiva, no existe motivo alguno para que se adecue dicha tasa a condiciones de mercado reales.

Al aplicar el test de proporcionalidad a tal situación –continuaron– se tiene que, en cuanto al subprincipio de idoneidad se refiere, de la disposición impugnada no se deriva cuál es el fin constitucionalmente legítimo que se persigue al predeterminar, de modo indirecto, una tasa de interés que no responde a las necesidades del mercado financiero de El Salvador, por lo que la medida no es idónea; sobre la necesidad de la misma, señalaron que de todas las posibles medidas estatales para potenciar la optimización de la inversión de los fondos de pensiones y aun para financiar un sistema estatal de promoción para adquisición de vivienda, la disposición recurre a una acción innecesariamente gravosa para los fondos de pensiones de los trabajadores, siendo un acto irrazonable y desproporcionado.

d. Finalmente, al referirse a la vulneración al derecho al trabajo manifestaron que al implicar éste la facultad de ser dueño del fruto de la labor realizada, en el caso concreto de un sistema de capitalización individual de ahorros con cotizaciones obligatorias, los trabajadores tienen la expectativa legítima de acceder a una pensión decente; por ello, si en razón de la inversión obligatoria en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, financieramente improductivos, se coloca a los trabajadores cotizantes en una situación de

desmejora o hasta de imposibilidad de acceso a una pensión digna, ello supone que en realidad han sido despojados del fruto de su trabajo.

3. A. Asimismo, en el proceso Inc. 62-2013 los ciudadanos Huiza Cisneros y otros, reiteraron en su demanda las consideraciones vertidas por ellos mismos en la demanda de la Inc. 61-2013, en relación con la libertad de inversión como expresión de la libertad económica, la libertad de contratación, el derecho a la propiedad y principio de seguridad social, arts. 102, 23, 2 y 103, y 50, todos de la Constitución.

B. Aunado a esto, expresaron que en los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, así como en el art. 12 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, se establecen dos particularidades de los Certificados que en éstos se señalan: (i) la obligación impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones de adquirir con los fondos de pensiones –propiedad de los trabajadores– dichos certificados para cubrir el sistema público de pensiones –con un límite máximo del 45%– y los certificados de traspaso y de traspaso complementarios –para los cuales no existe ningún límite–; y (ii) la fijación por disposición legal de la tasa de interés que devengan los Certificados.

C. a. Al referirse a la confrontación internormativa, los peticionarios dijeron que la obligación de invertir en Certificados de Inversión Previsionales que establecen los arts. 223-A en relación con el art. 91 letra m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, contraviene la libertad de inversión, la libertad de contratación, el derecho de propiedad y el principio de seguridad social, dado que con ello se impide tanto a los propietarios de las cuentas de ahorro de pensiones como a los administradores de dichos fondos incidir en la adopción de las decisiones que procuren la óptima utilización de tales recursos, imposibilitándoles el mejor manejo de los mismos.

b. Específicamente sobre la libertad de inversión, los pretensores manifestaron que la obligación impuesta por las disposiciones en mención impide que los titulares de los fondos de pensiones puedan incidir en la toma de decisiones sobre los títulos en los que éstos se invierten, así como en la diversificación del riesgo de las inversiones, impidiendo la toma de decisiones en procura de su conservación e incremento. Por otro lado –siguieron–, tal situación vulnera la autonomía de las personas para contratar, en tanto que se les impone la adquisición de una inversión y las condiciones de la misma, impidiéndoles la posibilidad de que las Administradoras de Fondos de Pensiones seleccionen las mejores opciones de inversión.

c. Adicionalmente señalaron que en razón que el derecho de propiedad otorga a las personas la facultad exclusiva de usar sus recursos y bienes como deseen, la obligación de inversión en los Certificados de Inversión Previsionales constituye una vulneración al derecho de propiedad de los titulares de los fondos de pensiones –arts. 2 y 77 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones–.

d. Los ciudadanos expresaron que las disposiciones impugnadas son también contrarias a la seguridad social –art. 50 Cn.– ya que: (i) infringe la exigencia constitucional de óptima utilización de los recursos destinados a la seguridad social, lo que también implica la exigencia de diversificación de riesgo y la no concentración de inversiones en títulos de un solo inversor; (ii) el art. 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones dispone un límite de inversión en Certificados de Inversión Previsionales, 45% de acuerdo con el art. 91 letra m) de la misma ley; sin embargo, la parte final del primer artículo niega tal límite al disponer que las Administradoras de Fondos de Pensiones también deberán invertir en los certificados que sustituyen a los de traspaso y de traspaso complementarios para los cuales no opera dicho límite; (iii) la conjunción de la obligación de inversión y la ausencia de límite de la inversión en Certificados de Inversión Previsionales causa directa de la concentración de inversiones de los fondos de pensiones en dichos instrumentos, lo que hace que, en la actualidad, más del 53% de tales fondos están invertidos en los certificados mencionados y más del 80% lo esté en títulos emitidos por el Estado.

En relación con lo anterior, los demandantes manifestaron que la tasa de interés que fija el art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para las inversiones en los Certificados de es arbitraria y desproporcionada, lo cual hace que se infrinja la exigencia de optimización de recursos de la seguridad social. Ello se debe –según los actores– a que dicha tasa es la LIBOR, que es una tasa interbancaria utilizada en el mercado mayorista de Londres como referencia para intercambios o acuerdos y que, por tanto, no es vinculante para la emisión de títulos en El Salvador; a esto agregaron que el artículo en mención fija una supuesta sobretasa del 0.75% para la LIBOR, lo que a juicio de los pretensores no responde a la tasa de interés del mercado financiero salvadoreño, sino que es una predeterminación arbitraria hecha en la ley.

Por lo anterior, los ciudadanos expresaron que dicha tasa de interés no supera el test de proporcionalidad, debido a que, por un lado, la medida no es idónea para posibilitar el fin de uso óptimo de los recursos de la seguridad social y, por otro lado, porque de todas las posibles medidas estatales para potenciar la optimización de la inversión de los fondos de pensiones y aun para financiar el déficit del sistema de pensiones público, la disposición recurre a una acción innecesariamente gravosa para los fondos de pensiones de los trabajadores.

e. Finalmente, al referirse a la vulneración al derecho al trabajo, los demandantes repitieron sus argumentos al expresar que en razón de la inversión obligatoria de sus ahorros en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, financieramente improductivos, se coloca a los trabajadores cotizantes en una situación de desmejora o hasta de imposibilidad de acceso a una pensión digna.

4. A. Por resolución de 7-XII-2012 pronunciada en el proceso Inc. 42-2012, al advertir esta Sala que el argumento reiterado de la pretensora relacionado con la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de invertir los fondos de pensiones en un porcentaje determinado en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, implica limitarles la posibilidad de diversificar sus inversiones para obtener mayor rendimiento respecto del dinero de los cotizantes, se le previno manifestarse sobre si tal argumento devendría en una posible vulneración a la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones generada por los preceptos objeto de control y que, de ser así, señalara la disposición constitucional correspondiente a la referida libertad, su contenido normativo y expusiera los argumentos necesarios que evidenciaron la confrontación normativa entre ésta y cada una de las disposiciones impugnadas.

B. La ciudadana Abarca Cárdenas presentó escrito de 7-II-2013, en el cual expresó que bajo el planteamiento hecho en la demanda, efectivamente puede advertirse una vulneración a la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en tanto a éstas, siendo entidades de carácter privado dedicadas al manejo de los fondos de pensiones conformados por las aportaciones de sus afiliados, se les obliga con las normas ahora impugnadas a invertir dicho dinero de los trabajadores en Certificados de Inversión Previsionales, afectando así la posibilidad de diversificar las inversiones y obtener mayores réditos, mismos que se traducirían en mejores o mayores beneficios para sus cotizantes.

Según lo anterior –continuó– en adición a los parámetros de control señalados en la demanda, añadió también el art. 23 Cn., que establece como derecho fundamental la libertad de contratación.

C. Por resolución de 22-V-2013, por lo expresado por la actora, tanto en la demanda como en el escrito de subsanación de prevención, esta Sala decidió:

a. Declarar *improcedente* la demanda presentada, en relación con la inconstitucionalidad de los arts. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta vulneración al derecho de propiedad –art. 2 Cn.–, al principio de igualdad –art. 3 Cn.– y a la seguridad jurídica derivada del art. 220 Cn.

b. *Admitir* la demanda presentada, en relación con la inconstitucionalidad de los arts. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta vulneración a la libertad de contratación –art. 23 Cn.–, en tanto que a través de las disposiciones impugnadas se obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a contratar con el Estado a través de la compra de los Certificados de Inversión Previsionales.

c. *Admitir* la demanda presentada sobre la petición de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la

supuesta vulneración a la seguridad jurídica –art. 2 Cn.– en relación con la seguridad social –art. 50 Cn.–, en tanto que con las disposiciones impugnadas, se obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a invertir un 45 % de los fondos de pensiones en Certificados de Inversión Previsional, instrumentos con baja rentabilidad a futuro y que con ello no se garantiza a los trabajadores el cumplimiento de las prestaciones de seguridad social en relación con el retiro o las contingencias e imprevistos tales como invalidez y muerte; y, además, porque debido la carencia de algunos requisitos, así como de los estudios técnicos necesarios que pudieran garantizar la seguridad de la inversión de las Administradoras de Fondos de Pensiones en los Certificados de Inversión Previsional –seguridad jurídica–, genera falta de certeza sobre la posibilidad de cumplimiento de los postulados de la seguridad social, que el Estado está en la obligación de procurar.

5. En cuanto a la Inc. 61-2013 se refiere, por resolución de 26-VI-2013, este Tribunal decidió:

a. Declarar *improcedente* la demanda presentada con respecto a la inconstitucionalidad solicitada del art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta vulneración al derecho de propiedad –arts. 2 y 103 Cn.–, a la libertad de inversión como manifestación de la libertad económica –art.102 Cn.– y al derecho al trabajo –art.37 Cn.–.

b. *Admitir* la demanda presentada en cuanto a la inconstitucionalidad solicitada del art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, ante la presunta vulneración a los arts. 23, 50 y 246 Cn. –libertad de contratación y seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad–, ya que la disposición impugnada obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a contratar con el Estado para la adquisición de los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, en un porcentaje determinado y dicha inversión es contraria a la obligación de optimización de los recursos derivados de la seguridad social, pues se genera falta de certeza sobre la posibilidad de cumplimiento de sus postulados, que el Estado está en obligación de procurar, ya que –de acuerdo a los demandantes– predetermina la tasa de interés a devengar por dichos títulos –tasa exigua, irrazonable y desproporcionada–, siendo que con ello se incumplen los subprincipios de necesidad e idoneidad.

6. De igual manera, sobre la Inc. 62-2013 se refiere, por resolución de 1-VII-2013, este Tribunal decidió:

a. Declarar *improcedente* la demanda presentada con respecto a la inconstitucionalidad solicitada de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta vulneración al derecho de propiedad –arts. 2 y 103 Cn.– y a la libertad de inversión como manifestación de la libertad económica –art.102 Cn.–.

b. Declarar *improcedente* la demanda presentada en cuanto a la inconstitucionalidad solicitada del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por la presunta vulneración a los derechos al trabajo –art. 37 Cn.– y a la propiedad –arts. 2 y 103 Cn.–.

c. *Admitir* la demanda en relación con la inconstitucionalidad solicitada de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta vulneración a la libertad de contratación y seguridad social –arts. 23 y 50 Cn.–, ya que las disposiciones impugnadas obligan a las Administradoras de Fondos de Pensiones a contratar con el Estado para la adquisición de los Certificados de Inversión Previsionales, estipulando un límite aparente que –en términos de los pretensores– no existe, siendo dicha inversión contraria a la obligación de estatal de optimizar los recursos derivados de la seguridad social, pues se genera sobre la posibilidad de cumplimiento de sus postulados.

d. *Admitir* la demanda en cuanto a la inconstitucionalidad solicitada del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por la supuesta vulneración a la seguridad social –art. 50 Cn.– en relación con el principio de proporcionalidad –art. 246 Cn.–, ya que la baja rentabilidad que generan los Certificados de Inversión Previsionales, debido a la imposición de una tasa de interés que no responde al objetivo perseguido de óptima utilización de los recursos derivados de la seguridad social, genera el incumplimiento de los postulados de dicho principio y, además, no cumple con los subprincipios de necesidad e idoneidad.

7. Por su parte, la Asamblea Legislativa presentó sus informes de modo extemporáneo en todos los procesos acumulados, es decir fuera del plazo establecido en el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, por lo que la oportunidad para hacerlo precluyó y las razones que haya manifestado para justificar la constitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas no serán analizadas.

Lo anterior se debe a la línea jurisprudencial consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad. Así, se recuerda que el proceso de inconstitucionalidad, como todo proceso, está constituido por una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente, todas destinadas a la realización de determinados actos procesales. Tal aspecto es el que justifica la idea de preclusión, con arreglo a la cual los actos procesales –si los intervinientes quieren que produzcan los efectos que están llamados a cumplir– necesariamente deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad que la ley o la resolución judicial determinen.

En términos generales –como se expuso en la Sentencia de 16-XII-2013, Inc. 7-2012–, uno de los supuestos para que opere la preclusión es el del vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del

proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde; cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, en cuyo caso el planteamiento que se haga posteriormente no deberá ser considerado por el Tribunal. De esta forma, cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, la Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional a fin de que esta lo rinda en el término de diez días hábiles (arts. 7 y 79 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Constitucionales), por lo cual, de no rendirlo en el plazo indicado, precluye la oportunidad para hacerlo.

8. El Fiscal General de la República, al corrérsele el traslado que prescribe el art. 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, emitió su informe justificando la constitucionalidad de los artículos impugnados de la siguiente manera:

A. En cuanto al proceso Inc. 42-2012, sobre la vulneración a la libertad de contratación como parte de la pretensión de la demandante, dijo que tal derecho no es absoluto pues lo limita tanto la ley como el orden público, que es formado por principios jurídicos institucionales que sirven de fundamento a la conservación del orden social y que funciona como garantía.

La demandante –dijo– ha malinterpretado la norma impugnada, pues ha entendido que en ésta se obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a invertir un 45% del fondo de pensiones en Certificados de Inversión Previsional, lo cual no es cierto pues lo que regula el art. 91 letras m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones son límites máximos o ‘techos’ de los portafolios de dicho fondo.

Dijo además que no es cierto que no se garantiza a los trabajadores el cumplimiento de las prestaciones de seguridad social a futuro, pues si bien es cierto que los Certificados de Inversión Previsional tienen baja rentabilidad en comparación con los títulos que circulan en el mercado de valores al menos se le garantiza al cotizante una utilidad segura, ya que estos certificados son títulos de renta fija, lo que significa que no existe riesgo alguno o extremadamente mínimo de pérdida, sobre todo por ser emitidos por el Estado.

A lo anterior añadió que, de acuerdo al mismo art. 91 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, dicha inversión de fondos no es arbitraria, pues tanto el Consejo de Administración del Fideicomiso como la Superintendencia del Sistema Financiero hacen estudios financieros con base a las necesidades de las obligaciones previsionales del ISSS e INPEP, por lo cual, a su criterio, no es admisible el alegato de la actora sobre que no se realizan estudios técnicos para asegurar la inversión, además de no ser necesarios –aseguró–, pues contratar con el Estado siempre será favorable al no correr éste el riesgo de caer en quiebra como cualquier sociedad o entidad en la que se pueda invertir.

Expresó que tal situación es una ventaja tanto para el cotizante del sistema de pensiones como para el Estado, pues se le garantiza al cotizante que siempre tendrá ganancias por sus inversiones en Certificados de Inversión Previsional, pues son títulos a

renta fija que generan la misma utilidad independientemente de las fluctuaciones del mercado, y el Estado utiliza lo recaudado de la inversión en Certificados de Inversión Previsional única y exclusivamente para el pago de pensiones.

Concluyó manifestando que los Certificados de Inversión Previsional cumplen una función social pues con ellos se pagan las pensiones del antiguo sistema –ISSS e INPEP– y precisamente por ello el legislador estableció un techo del 45% de inversión, al considerar que con ese porcentaje se suple la necesidad de dicho pago de pensiones.

B. En relación con las pretensiones vertidas en los procesos Incs. 61-2013 y 62-2013, expresó lo siguiente:

a. En cuanto a la libertad de contratación, dijo que este es un derecho que permite a las personas dirigir sus conductas de la manera más conveniente a sus intereses, asumiendo para ello riesgos connaturales a sus decisiones económicas. Tal libertad –dijo– posee algunas restricciones justificadas en el ordenamiento jurídico, lo cual en el caso de los fondos de pensiones ocurre al permitir la intervención de instituciones administradoras, para evitar que los inversionistas se perjudiquen a sí mismos y generar así las mejores condiciones de inversión y rentabilidad en beneficio de los pensionados o ahorrantes, en atención a su futura pensión.

b. En ese orden –continuó–, en lo referente a la seguridad social expuso que en los sistemas de pensiones de capitalización individual, las inversiones de los fondos de pensiones que se forman con los aportes individuales de cada trabajador deben tener el único objetivo de lograr su máxima rentabilidad, limitando el nivel de riesgo.

Y es que, expuso, los demandantes de recursos financieros compiten en los mercados por los recursos de los inversionistas y de manera especial por los recursos de los fondos de pensiones, circunstancia que permite a sus administradores elegir cuál es la mejor combinación de riesgos, y por tanto de tasa de interés, para la generación de los ingresos requeridos a futuro, lo cual se pierde irremediabilmente cuando la ley limita la libertad contractual, obligando asumir ciertos riesgos sin que éstos sean compensados adecuadamente por medio de la tasa de interés.

c. El riesgo de las inversiones, manifestó, es un elemento inherente a los mercados financieros, lo que implica que ninguna inversión financiera puede generar una certeza total del pago de capital e intereses; en este sentido, será la debida combinación de tasa de interés la que permitirá que el fondo de pensiones se proteja de la posibilidad de que una o más inversiones no generen los réditos necesarios para cumplir el fin que justifica la existencia de los fondos de pensiones; sin embargo –prosiguió–, si la ley restringe demasiado a las Administradoras de las pensiones y, además, limita la cantidad de dinero que puede generarse a partir de ciertas inversiones, se somete a la indefensión a los inversionistas y tiende a disminuir la rentabilidad de los fondos de los ahorrantes.

d. Sobre la seguridad jurídica, expresó que ésta se relaciona con la seguridad social de cara a la obtención de ingresos, a efecto que las personas tengan una pensión digna para subsistir al final de sus vidas; empero, si las normas respectivas, como las sometidas a análisis, generan condiciones de riesgo alto y perjuicios económicos, éstas podrían eventualmente considerarse como un ataque directo a la seguridad jurídica de los pensionados.

e. En específico en cuanto al art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones, expuso que al determinar esta disposición la tasa de interés que se puede generar a partir de la inversión que ahí se regula –es decir, en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social–, se obliga a que, independientemente de si el dinero es abundante o escaso en nuestra economía, se pague una tasa de baja rentabilidad.

Aunado a esto, añadió que si bien la Constitución declara de interés social la construcción de viviendas –art. 119– y que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social –art. 101–, esto no justifica el menoscabo al derecho fundamental a la propiedad privada que tienen los dueños de los fondos de pensiones, que se pretenden orientar al financiamiento subsidiado de vivienda; en consecuencia –señaló–, la regulación de inversiones no debe ser usada como instrumento para promover algún otro objetivo económico y social, distinto a la finalidad del sistema previsional.

Asimismo, dijo que la proporcionalidad y razonabilidad no se cumplieron por el legislador en el caso del art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, pues ante el conflicto que –según su criterio– existe entre la necesidad de contar con vivienda mínima en El Salvador y la necesidad de generar pensiones dignas en el futuro, tuvo que haberse resuelto a favor del Sistema de Ahorro para Pensiones, por lo cual concluyó que la disposición impugnada vulnera la libertad contractual y afecta la seguridad social de los cotizantes y pensionados en dicho sistema previsional, en relación con la seguridad jurídica y el principio de la proporcionalidad.

f. Finalmente en cuanto al art. 91 letra m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, manifestó que originalmente dicho artículo estaba destinado para dar márgenes de inversión a las Administradoras de Fondos de Pensiones, con la intención de que el dinero de las pensiones se invirtiese con prudencia y eficiencia; sin embargo, dijo, la letra m) es un agregado posterior que se desvía claramente de las finalidades apuntadas, por cuanto con el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales creado y entregado por el Estado al Banco Multisectorial de Inversiones –ahora Banco de Desarrollo de El Salvador–, lo que se hace es separar una parte de su patrimonio y desvincularse de su responsabilidad frente a los pensionados y, por tanto, los valores emitidos por el fideicomiso en mención no tienen respaldo estatal. Esta situación, adujo, atenta contra la seguridad social de los pensionistas.

Consistente con ese razonamiento –continuó–, con lo establecido en el art. 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones no sólo se han dejado atrás los criterios de prudencia, razonabilidad e idoneidad para la generación de las pensiones a futuro, sino que también se deben comprar forzosamente y sin el límite del 45% indicado en la disposición, lo que supone un mayor riesgo para los fondos de pensiones. Esto se debe a que si bien dicho artículo impugnado –añadió–, indica un límite a la tasa de interés, este no es tal, sino que es un límite variable de los intereses a pagar, ya que se conforma por una tasa de interés internacional –LIBOR– más una sobretasa que es fija –0.75%–.

Por lo anterior, concluyó que la existencia de normas que obligan a invertir en ciertos activos financieros y que predeterminan el valor de la tasa de interés de los mismos vulnera la libertad de contratación y genera una serie de consecuencias de difícil reparación en el tiempo con respecto a la riqueza de que dependerán los pensionistas, atacando en consecuencia la seguridad jurídica. Consecuente con esto, dijo, hay vulneración a la seguridad social y a la proporcionalidad y razonabilidad que deben observar las normas, dado que las mismas no son justificadas legislativamente al generar un beneficio escaso frente a los perjuicios incalculables consistentes en la imposibilidad de producir pensiones en el largo plazo.

II. Al haber expuesto los argumentos de los sujetos intervinientes en este proceso: (1) se identificarán los problemas jurídicos que deben ser resueltos y, después, (2) se indicará el desarrollo lógico de esta sentencia.

1. De lo anterior, se deduce que los problemas jurídicos que deben ser resueltos en esta decisión son los siguientes: (i) determinar si la obligación legal impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones de adquirir en porcentajes determinados –con recursos de los fondos de pensiones que administran y gestionan–, los Certificados de Inversión Previsional que se emiten por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, así como los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social que emite el Fondo Social para la Vivienda, constituye una vulneración a la libertad de contratación de tales Administradoras; y (ii) si, como consecuencia de lo anterior, tal inversión obligatoria en ambos tipos de certificados mencionados vulnera la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, al afectar la rentabilidad de las cuentas individuales que conforman los fondos de pensiones y genera falta de certeza en las inversiones que de los mismos hacen las Administradoras de Fondos de Pensiones y en la posibilidad de cumplimiento de los postulados de la seguridad social.

2. Con base en lo antes expuesto, el *iter* de la resolución de fondo será el siguiente: (III) (1) se expondrá los parámetros permisibles al legislador en cuanto a la limitación derechos fundamentales; (2) luego se hará un análisis jurisprudencial sobre el derecho a la seguridad jurídica establecido en los arts. 1 inc. 1º y 2 inc. 1º Cn.; (3) se harán consideraciones sobre la seguridad social en los términos del art. 50 Cn.; (4) se analizará el

contenido de la libertad de contratación reconocida en el art. 23 Cn.; (5) se vinculará todo lo anterior con los sistemas de pensiones y sus modelos de implementación; y, (6) se seguirá con una breve reseña de las reformas previsionales y su devenir en el caso salvadoreño; (IV) acto seguido se hará el análisis de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por los actores, resolviendo los problemas jurídicos identificados; y, finalmente, (V) se emitirá el fallo y se harán consideraciones sobre los efectos y alcances de este pronunciamiento.

III. 1. Como expuso este Tribunal en la Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 57-2005, es menester recordar que *el legislador tiene una doble función en cuanto a los derechos fundamentales*; por un lado, la función de *configuración*, que opera ante la ausencia o insuficiencia de desarrollo constitucional para dotar al derecho del contenido material en sus elementos configuradores –titulares, destinatarios y objeto de protección material en función del supuesto de hecho y bien jurídico regulado–, así como en su ejercicio y garantía materiales; y, por otro lado, la función de *limitación o intervención* de los mismos, que implica *un acto normativo que modifica alguno de sus elementos configuradores, ya sea en cuanto a los sujetos del mismo –titulares o destinatarios–, su ámbito de protección material –el objeto en función del supuesto de hecho, del bien jurídico regulado y el sector material que se protege físico o ideal– y la justificación a los límites –si los hay–*.

Ahora bien, las limitaciones a un derecho fundamental que se establezcan mediante ley formal deben: (i) ser establecidas atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; (ii) respetar la proporcionalidad; y (iii) no alterar su contenido esencial –art. 246 inc. 1º Cn.–.

(i) En atención a lo anterior, es menester mencionar que aunque la Constitución no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador para limitar a los derechos fundamentales, este Tribunal en la Sentencia de 14-II-95, Inc. 17-95, afirmó que *las restricciones formuladas por el legislador a los derechos fundamentales sólo pueden imponerse para asegurar la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común*.

Empero, reconociendo que no puede exigirse al legislador que cada uno de sus productos normativos esté orientado específicamente a la satisfacción de alguno de esos valores, puede afirmarse que *los márgenes estructurales de acción en que se enmarca su actividad le permite perseguir cualquier fin legítimo que no esté proscrito en la Ley Suprema o que no sea manifiestamente incongruente con su fundamento filosófico*.

(ii) De igual forma, reiterando lo expuesto en la Inc. 57-2005, las limitaciones a los derechos fundamentales deben respetar el *principio de proporcionalidad*, lo que implica el alejamiento de la arbitrariedad y el acercamiento a la justicia, prohibiendo todo tipo de intromisión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no tenga justificación alguna,

basándose en el respeto y la debida ponderación de tales derechos y el carácter vinculante de su contenido axiológico.

La proporcionalidad conlleva las exigencias de la *idoneidad* de las medidas restrictivas, con relación al logro del fin legítimo propuesto; la *necesidad* de dicha restricción, en el sentido de que entre varias medidas adecuadas para conseguir la misma finalidad, el legislador haya seleccionado la menos gravosa para el derecho correspondiente; y la *proporcionalidad en sentido estricto*, entre la interferencia al derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación o restricción.

(iii) Finalmente, como se reiteró en la Sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007, los límites o restricciones que se realicen por ley, además de orientarse a un fin constitucionalmente legítimo y ser razonables, deben *respetar el contenido esencial* del derecho –el límite de los límites–; es decir, las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, sin las cuales se desnaturalizarían sus elementos configuradores. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, que lo dificultan más allá de lo razonable o que lo despojan de la necesaria protección.

2. En cuanto a la *seguridad jurídica*, la jurisprudencia de este Tribunal –entre otras, la Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99– la ha concebido como la condición *sine qua non* del Estado de Derecho resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.

Así entendida, la seguridad jurídica tiene dos manifestaciones: la primera, como una *exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico* a través de sus normas e instituciones; y la segunda, como *exigencia subjetiva de certeza del Derecho en las situaciones personales*, en el sentido que los particulares puedan organizar sus conductas presentes y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.

3. A. La *seguridad social*, reconocida en el art. 50 Cn., ha sido definida por la jurisprudencia de este Tribunal –verbigracia en Sentencias de 23-VIII-98 y 26-II-2002, Incs. 4-97 y 19-98– como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que, de otra manera, implicarían la desaparición o fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte.

De igual forma, en el art. 9 número 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales –“Protocolo de San Salvador”–, se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 9, establece que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De lo anterior se advierte, por lo tanto, en la seguridad social, una estructura triádica, cuyos elementos configuradores son: (i) la dignidad de la persona humana como categoría jurídica protegida; (ii) los riesgos, contingencias o necesidades sociales; y (iii) las medidas protectoras de carácter social.

(i) Sobre la dignidad humana, en el texto constitucional se encuentran algunas disposiciones que implican la manifestación de este valor constitucional, por ejemplo los arts. 101 inc. 1º y 37 inc. 2º Cn., en los que se hace referencia a la “existencia digna” de las personas, lo cual significa no sólo la conservación de la vida humana, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, que facilite la procura de las condiciones materiales e inmateriales necesarias para el goce efectivo de los derechos fundamentales.

(ii) El segundo elemento se refiere a las situaciones de diversa índole que afectan o ponen en peligro la existencia digna, entre las que se encuentran: las patológicas –enfermedades, invalidez, accidente de trabajo–; las biológicas –como la maternidad, vejez y muerte–; y las socioeconómicas –como el desempleo y las cargas familiares excesivas–.

(iii) En tercer lugar las medidas protectoras, que son las que cubren la insuficiencia de recursos personales o familiares que pueden ser asumidas por la sociedad, según criterios de solidaridad, y comprenden, entre otras: asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes.

B. De igual forma, la seguridad social se concibe, según el art. 50 Cn., como un *servicio público* debido a su utilidad para todos los miembros de la sociedad al satisfacer una necesidad general o pública, y se caracteriza por la tecnicidad, regularidad y continuidad requeridas en su prestación, cuya titularidad recae en el Estado, quien puede, no obstante, gestionarlo de forma directa, indirecta o mixta.

En cuanto a la *obligatoriedad* de dicho servicio público que señala el art. 50 inc. 1º Cn., tal condición se determina tanto de los sujetos protegidos –los trabajadores cotizantes–

como de los otros obligados al pago de la seguridad social –el Estado y los patronos respectivos–.

C. Ahora bien, siguiendo el criterio establecido en la Sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004, los derechos relativos a la seguridad social y las prestaciones que de los mismos emanan, se entienden como *derechos adquiridos* al cumplirse en su totalidad los supuestos legales habilitantes para su exigencia, como ocurre con los supuestos de afiliación y cotización a un determinado esquema, así como con la edad y tiempo de servicio en los casos de pensión por vejez.

En este sentido, debe entenderse que si los requisitos de ley no han sido satisfechos, el derecho a recibir una pensión aún no se encuentra ‘adquirido’, sino que, al contrario, se está en presencia de una *situación jurídica objetivamente protegible*.

D. Por otro lado, dado que la Constitución no establece límites a la seguridad social, del contenido del art. 50 Cn. se desprende que se trata de un *derecho de configuración legal*, ya que el Constituyente delega en el legislador la regulación de su ejercicio.

Por tal motivo, es dable afirmar que el derecho a la seguridad social puede ser limitado o restringido en su ejercicio por medio de leyes en sentido formal –es decir leyes emitidas por el Órgano Legislativo cumpliendo su procedimiento de formación–, siempre que esté de por medio la garantía de otros derechos, principios y valores constitucionales, como la seguridad jurídica y el bien común, y que tal restricción sea proporcional.

4. En cuanto a la *libertad de contratación* establecida en el art. 23 Cn., esta Sala ha indicado en su jurisprudencia –v.gr. en la Sentencia de 31-VIII-2006, Amp. 308-2003–, que la misma es una manifestación del derecho general de libertad, entendido como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos –libertad negativa–; así como la posibilidad real de las personas de orientar su libre voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones consentidas sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado –libertad positiva, autodeterminación o autonomía–.

En el sentido expuesto, la contratación debe tener como fundamento el principio de la *autonomía de la voluntad* como fuente particular de producción jurídica, que indica la facultad que la ley reconoce a los individuos para reglamentar por sí mismos –libremente y sin intervención del Estado– el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente, todo lo cual –conforme se manifestó en la Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99–, determina el *contenido esencial de la libertad de contratación* en el sentido de: (i) decidir si se quiere o no contratar; (ii) elegir con quién se quiere contratar; y, (iii) determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes.

No obstante lo anterior, se vuelve necesario reiterar que el reconocimiento constitucional de la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad que conlleva, no

implica que la iniciativa privada es absoluta e ilimitada, sino que la misma admite restricciones en atención al bien común, la justicia, libertad e igualdad y en general respetando los derechos fundamentales, que no altere su contenido esencial y que atiendan las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así, se afirma la *necesidad de una presencia razonable y mesurada por parte del Estado en el ámbito contractual* para asegurar el interés público y el bienestar general, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, sobre todo cuando ésta se relaciona con la prestación de servicios públicos.

5. A. Ahora bien, dentro de la estructura de la seguridad social, se reconoce como uno de sus elementos integrantes a los *sistemas de pensiones*, definidos como mecanismos de protección social que los Estados utilizan para brindar seguridad a los trabajadores ante los inminentes riesgos potenciales derivados de la reducida capacidad de trabajo o de la disminución en las oportunidades laborales durante la vejez, o ante contingencias tales como invalidez y muerte.

De acuerdo con esto último, las pensiones comúnmente ofrecidas por los sistemas previsionales son las siguientes: (i) *pensiones por vejez*, que tienen como objetivo proveer estándares dignos de vida en la vejez comparables a los experimentados por los trabajadores mientras estén activos; (ii) *pensiones por invalidez*, que protegen a los individuos y a sus familias, en caso de incapacidad temporal o permanente que les impiden recibir ingresos laborales; y, (iii) *pensiones por sobrevivencia*, otorgada a los beneficiarios de los cotizantes al sistema por el evento de su fallecimiento.

B. Ante tales contingencias, el diseño y operación de los *sistemas de pensiones, como esquema de beneficios vinculados al empleo* requiere la consideración de mecanismos y modelos concretos para administrar y recolectar recursos que conforman los *fondos de pensiones*.

Siguiendo el orden de ideas, los *fondos de pensiones* constituyen una modalidad de ahorro por medio de inversión, pudiéndose beneficiar de los mercados financieros y, en particular, de los mercados bursátiles, que llevan consigo la inversión a través de sujetos que gestionan de manera profesional y rentable sus inversiones. Según lo expuesto, el régimen financiero de los fondos de pensiones tiene como presupuestos el *ahorro obligatorio por medio de aportaciones* y la *transformación de las aportaciones en inversiones* para generar rendimiento a los ahorrantes y evitar la depreciación monetaria.

Como se observa, los fondos de pensiones cumplen una función económica principal en relación con la previsión social, que consiste en proporcionar los recursos para los mecanismos de dicha previsión en relación con la seguridad social obligatoria, así como una función secundaria o indirecta con respecto al sistema financiero.

Precisamente en atención a tales funciones se vuelve de interés social la correcta administración e inversión del patrimonio de los fondos de pensiones, lo cual lleva a

establecer criterios genéricos de inversión, que obedezcan a los principios de seguridad, liquidez, rentabilidad, diversificación y congruencia de plazos adecuados a sus finalidades, tal como lo señala el art. 88 inc. 1º de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

C. a. Por lo expuesto, cabe distinguir, en relación con los fondos de pensiones, por un lado a los titulares –cotizantes y pensionados–, que tienen la propiedad sobre el dinero depositado, y por el otro a los entes de custodia de los depósitos que, dependiendo del modelo implementado, pueden coincidir o no con los entes gestores que llevan a cabo la administración de los fondos.

En consideración a lo anterior, según la manera cómo los ahorrantes se relacionan con los fondos de pensiones, se distinguen modelos de gestión de los mismos, siendo los más usuales los *modelos de fondo colectivo* –o “*de reparto*”– y los *modelos de fondo de propiedad individual* –o de “*capitalización plena e individual*”– arts. 1 y 2 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b. Los *sistemas de reparto “puros”* se entienden como aquellos en los que los pasivos son financiados mediante pagos continuos que se transfieren de los grupos económicamente activos a los económicamente inactivos de la población. En estos casos la Administración Pública asume la responsabilidad incondicional del pago de pensiones y también asume el riesgo financiero del pago de beneficios.

Los caracteres de un sistema de fondo colectivo o de reparto, tradicionalmente utilizado en el sistema público de pensiones, son los siguientes: (a) son de *prestación definida*, determinada por la ley; (b) es de *cotización no definida*, pues tiende a aumentar en el tiempo; (c) *régimen financiero sin reservas de fondos por adelantado* y en los cuales el costo de los beneficios anuales y gastos administrativos se cubre con las contribuciones realizadas cada año; y, (d) su *administración es pública*.

Los sistemas de reparto toman como base de su funcionamiento el principio de equivalencia, el cual parte del supuesto de que las estructuras poblacionales no sufren alteraciones esenciales en el tiempo y que, por tanto, los ingresos percibidos por cotizaciones son suficientes para cubrir las obligaciones contraídas con los sectores pensionados, sólo dejando cierto remanente para el pago de gastos de los encargados de administrar el régimen.

c. Por otro lado, en los modelos de *capitalización plena e individual* los sistemas de pensiones no acumulan reservas, sino que son los individuos quienes las acumulan, a través de contribuciones obligatorias realizadas por ellos mismos y por sus empleadores, ahorros para conformar un fondo que determinará –en conjunto con la rentabilidad del mismo– el nivel futuro de su pensión. Como se observa, este modelo reposa en el concepto de propiedad individual sobre los aportes, difiriendo cada trabajador una parte de su salario actual para su consumo futuro, con sus respectivos intereses, siendo los individuos quienes asumen el riesgo financiero correspondiente de su pensión.

Así, retomando lo señalado en el art. 77 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en un sistema de capitalización plena e individual, el conjunto de las cuentas individuales de ahorros para pensiones forman el fondo de pensiones –el cual es propiedad exclusiva de los afiliados– además de otros elementos como la reserva de fluctuación de rentabilidad, los certificados de traspaso que se hubieren hecho efectivos y las rentabilidades de sus inversiones.

Dichos sistemas de capitalización individual se caracterizan porque (a) tienen una *cotización definida*, que aunque es fija puede aumentar por el envejecimiento poblacional; (b) son de *prestación no definida*, porque se determina por el monto salarial y cotizaciones aportadas y también por la rentabilidad de la inversión y factores macroeconómicos; (c) el *régimen financiero es individual*, ya que las cotizaciones individuales de los asegurados se depositan en sus cuentas individuales, el fondo en éstas se invierte y su rentabilidad se agrega, y la pensión se calcula con base en el fondo acumulado al momento del retiro y tablas de mortalidad sobre la expectativa de vida; y, (d) la *administración es privada*, pues se realiza a través de terceros.

Estos terceros administradores en comento en los sistemas de capitalización individual son las Administradoras de Fondos de Pensiones, instituciones previsionales, de carácter financiero, que tienen como objeto exclusivo administrar el fondo de pensiones y gestionar en nombre de los trabajadores y los beneficiarios protegidos por el sistema las prestaciones y beneficios otorgados por ley, encargándose para ello –según los arts. 23 y 24 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– de recaudar las cotizaciones y aportaciones correspondientes, de abonarlas en las respectivas cuentas individuales de ahorro para pensiones e invertir dichos recursos de acuerdo a la ley.

d. Independientemente del modelo de gestión que se adopte, es necesario enfatizar que las *inversiones* de los fondos de pensiones son el medio por el cual se permite el funcionamiento de un sistema y el otorgamiento de pensiones justas y adecuadas a los trabajadores para cubrir sus necesidades durante la vejez, o bien a causa de discapacidad o muerte.

En los modelos de capitalización plena o individual –cuya características se describen en el art. 2 letra b) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones–, se persigue que las inversiones de tales fondos garanticen mejores pensiones a los trabajadores y sean capaces de brindar, por tanto, condiciones óptimas de seguridad social, mediante una eficaz inversión de estos ahorros, según criterios de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo que lo multiplique como capital y genere adecuadas tasas de rentabilidad en el largo plazo.

6. A. El cambio hacia sistemas privados de pensiones experimentado en nuestro país supone, entre otros aspectos, (i) la extinción abrupta o progresiva de los sistemas de pensiones previos; (ii) la asunción por el Estado de los costos de transición; y (iii) la generación de un sistema de ahorro obligatorio hasta la jubilación, administrado

íntegramente por sociedades privadas en competencia –las Administradoras de Fondos de Pensiones–, con una regulación a cargo del Estado. Los fondos aportados por los trabajadores cotizantes de los sistemas privados se invierten en títulos de renta fija –básicamente en bonos estatales–, en el sistema financiero y en títulos de renta variable –básicamente de empresas privadas– y en menor grado, en el extranjero.

Excepcionalmente, las reformas de los sistemas persiguen el cumplimiento de la deuda, es decir las obligaciones de pago en concepto de pensiones que no alcanzan a ser cubiertas por fondos provenientes de contribuciones, reservas o impuestos y que, por tanto, deben ser asumidas por el Estado en su rol de garante del sistema de pensiones y que forman parte del déficit público.

B. a. En el caso de El Salvador, hasta 1996 existió un sistema basado en un esquema tradicional de reparto, año en el cual se aprobó la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que entró en vigor en 1998, implementándose a partir de ese momento una reforma estructural mediante la cual se cerraron los dos programas públicos de pensiones de prestación definida que existían para trabajadores del sector privado bajo el ISSS, y para trabajadores y empleados públicos bajo el INPEP –colocándolos bajo el Sistema de Pensiones Público– y se adoptó el Sistema de Ahorro para Pensiones, modelo de cotización definida y de gestión privada por medio de Administradoras de Fondos de Pensiones, de capitalización plena con cuentas individuales propiedad de los afiliados, con aportes de trabajadores y empleadores en el que el Estado asume un rol como fiscalizador y regulador.

A su entrada en vigencia, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, de acuerdo a una división por edades, reguló: (a) que los menores de 36 años ingresarían al Sistema de Ahorro para Pensiones, dado que por su edad estas personas se beneficiarían plenamente del proceso de capitalización de sus aportes; (b) que el grupo de personas desde los 36 años pero menores de 50 en el caso de las mujeres y 55 para los hombres, tendrían la opción de permanecer en el Sistema de Pensiones Público o de migrar hacia el sistema privado–los “optados”–, considerando el monto de la pensión probable en cada uno de los esquemas; y, (c) que las mujeres y hombres de 50 y 55 años, respectivamente, o mayores, permanecerían en el Sistema de Pensiones Público. Adicionalmente, en dicho cuerpo normativo se reguló que, en lo sucesivo, los trabajadores que se encontraran dentro de la Población Económicamente Activa (PEA) y que fueran asegurables, habrían de afiliarse al Sistema de Ahorro para Pensiones por medio de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Debido a esas regulaciones, los estudios en la materia –Fundaungo, “Diagnóstico del Sistema de Pensiones en El Salvador (1998-2010)”– señalan que en el año 2010 el Sistema de Ahorro para Pensiones tenía 97% del total asegurado en todo el sistema, mientras que el restante 3% estaba en el Sistema de Pensiones Público.

Para los afiliados que estaban en el Sistema de Pensiones Público que se trasladaron al Sistema de Ahorro para Pensiones y que tenían un mínimo de doce cotizaciones, la ley –

arts. 184, 185, 229 a 232 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– creó los certificados de traspaso y de traspaso complementarios, como documento de reconocimiento monetario del tiempo cotizado por dichos trabajadores “optados” en los esquemas administrados por el ISSS e INPEP, que se transfieren a las Administradoras de Fondos de Pensiones correspondientes a efecto de financiar su pensión junto con el saldo acumulado en las cuentas individuales.

b. Debido al agotamiento de las reservas técnicas desde el año 2000 en el ISSS, y desde 2002 en el caso del INPEP, el déficit del Sistema de Pensiones Público se financió por el Fisco hasta el año 2006, en el cual se creó el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –con un plazo indeterminado–, como un mecanismo de financiamiento de las pensiones del sistema público y de la deuda, designándose al Banco Multisectorial de Inversiones como fiduciario o administrador, al ISSS e INPEP como fideicomitentes y fideicomisarios y solamente como fideicomitente al Ministerio de Hacienda –art. 1 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales–.

Para el financiamiento de dicho fideicomiso, la Ley del Fideicomiso de Obligaciones (arts. 3, 11 y siguientes) contempló la emisión de Certificados de Inversión Previsional como títulos de obligación negociables, los cuales pueden ser adquiridos o intercambiados por las Administradoras de Fondos de Pensiones con la finalidad de pagar y canjear la deuda de pensiones; estableciéndose, asimismo, que los certificados de traspaso y los certificados de traspaso complementarios fuesen sustituidos por Certificados de Inversión Previsional, extendiendo el plazo de 15 a 25 años y devengando una tasa de interés variable.

De acuerdo a la normativa pertinente, existen dos tipos de Certificados de Inversión Previsional. Por un lado, se encuentran los “Certificados A”, destinados al pago de pensiones por vejez, invalidez común y sobrevivencia del Sistema de Pensiones Público y de otros beneficios, incluyendo asignaciones y pagos anuales en concepto de pensión de aguinaldo, así como los beneficios contemplados para afiliados optados al Sistema de Ahorro para Pensiones que se pensionen por vejez después de la reforma de 2006. Por su parte, los “Certificados B” que son intercambiados por títulos previsionales existentes, es decir los certificados de traspaso y certificados de traspaso complementarios.

c. Aunado a esto, debe mencionarse que desde el inicio de operaciones del Sistema de Ahorro para Pensiones en 1998 hasta 2005, los fondos de pensiones estaban obligados a mantener una inversión mínima en valores emitidos por el Fondo Social para la Vivienda – los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social–, con la finalidad de utilizar los recursos obtenidos para el otorgamiento de créditos a trabajadores del sector formal para la adquisición de viviendas nuevas de interés social.

Como lo señalan estudios en materia de pensiones –ASAFONDOS, “Diagnóstico del Sistema de Pensiones en El Salvador y Formulación de Propuestas de Mejora y

Aseguramiento de su Sostenibilidad”–, a diciembre de 2000, las inversiones en títulos emitidos por dicha institución representaba un 24% del fondo de pensiones, mientras que en octubre 2012, había disminuido a un 3.23%. Sin embargo, en marzo de 2012 se estableció nuevamente la obligatoriedad de inversión en instrumentos emitidos por esa entidad, tal como se refleja en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

C. De acuerdo con los artículos 23 y 24 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, el objeto exclusivo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el modelo previsional de capitalización plena o individual, es la administración de los fondos de pensiones, así como gestionar y otorgar las prestaciones y beneficios que establece la Ley, para lo cual recaudan las cotizaciones y aportaciones correspondientes, las abonan en las respectivas cuentas individuales de ahorro para pensiones e invierten los recursos de acuerdo a lo que dispone dicho cuerpo legal.

Como se explicó, en el modelo de capitalización plena o individual, el monto de la pensión de cada afiliado depende principalmente del saldo de las cuentas individuales en mención, el cual, conforme al artículo 18 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, es la sumatoria de los aportes obligatorios del trabajador y empleador, así como de los aportes voluntarios de éstos, los *rendimientos* que se acrediten y otros aportes, siempre y cuando cumplan los requisitos de la citada Ley.

Específicamente, en cuanto a los rendimientos que obtienen las cuentas individuales, éstos surgen de la *rentabilidad de las inversiones que las Administradoras de Fondos de Pensiones realizan* de tales fondos, en ejercicio de la libertad de contratación, tal como lo regula el artículo 88 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, lo cual depende a su vez de ciertas condicionantes como la dinámica de los mercados locales de trabajo, las características del entorno institucional, las regulaciones mismas del sistema de pensiones, el funcionamiento de los mercados de capitales, la situación fiscal del país y los mercados financieros internacionales.

Como se observa, la rentabilidad de un fondo de pensiones y de las cuentas individuales que lo conforman, depende directamente de la capacidad y oportunidad que las Administradoras de Fondos de Pensiones tengan para contratar e invertir los mismos y de la consideración del entorno financiero doméstico e internacional, así como de los límites que el marco jurídico respectivo imponga en consideración al bien común y al interés general, tomando en cuenta que las Administradoras de Fondos de Pensiones perciben una comisión por la gestión de los fondos que administran y de la rentabilidad que éstos obtienen por las inversiones que se realicen producto de tal gestión.

IV. Efectuadas las anteriores consideraciones, corresponde analizar los motivos de inconstitucionalidad alegados, de acuerdo con los términos en que fueron admitidas las demandas en los procesos acumulados.

En este sentido, en cuanto los procesos Incs. 42-2012 y 62-2013, se analizará la inconstitucionalidad alegada de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por presuntamente contravenir la libertad de contratación –art. 23 Cn.–, así como la seguridad jurídica –art. 2 inc. 1º Cn.–, en relación con el derecho a la seguridad social –art. 50 Cn.–; asimismo, se analizará la supuesta inconstitucionalidad del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, por contravención de la seguridad social –art. 50 Cn.–, en relación con el principio de proporcionalidad –art. 246 Cn.–.

Posteriormente, en lo relativo a lo argüido en el proceso Inc. 61-2013, se analizará el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por vulnerar supuestamente la libertad de contratación y la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad –arts. 23, 50 y 246 Cn., respectivamente–.

1. A. Vulneración de la libertad de contratación –art. 23 Cn.– por parte de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

a. En este motivo, los argumentos de los demandantes radicó en esencia en que la vulneración señalada ocurre en la medida en que tales disposiciones imponen a las Administradoras de Fondos de Pensiones la obligación de contratar e invertir un porcentaje determinado del capital de los fondos en los Certificados de Inversión Previsional emitidos para financiar el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, lo que afecta la posibilidad de diversificar las inversiones y la obtención de mayores réditos para los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En síntesis, el argumento de los actores consiste en que el contenido de los artículos objeto de control impide que las Administradoras de Fondos de Pensiones inviertan de forma libre y diversa los recursos del fondo de pensiones que administran y que, en consecuencia, obtengan rentabilidades adecuadas para el mismo y diversifiquen el riesgo de sus inversiones, según lo establecen los arts. 24 inc. 1º y 88 inc. 1º de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b. Para determinar la validez de tal argumento, se vuelve necesario indagar primero en los *finés perseguidos por el legislador* en la configuración del articulado impugnado al crear el fideicomiso aludido, para lo cual se acudirá a los considerandos de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –ya que los mismos por técnica legislativa deberían sostener las razones para su emisión–, pues lo expresado por la autoridad demandada en sus intervenciones no puede ser tomado en cuenta por haberse presentado los informes respectivos de manera extemporánea.

En lo concerniente a este motivo, al acudir a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se observa de sus considerandos II, IV y V dos fines concretos: (i) asegurar la eficiencia, sostenibilidad y continuidad del financiamiento del Sistema de

Pensiones Público; y (ii) brindar con ese financiamiento garantías a los afiliados al Sistema de Pensiones Público respecto de la deuda que con ellos tiene el Estado.

De esto se advierte que la finalidad del legislador al establecer la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –con base en la cual se reforma la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– fue procurar el mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de Pensiones Público y de la continuidad y regularidad del pago de las pensiones por vejez a los jubilados con dicho sistema.

c. Determinado lo anterior, corresponde evaluar si este fin perseguido implica efectivamente una limitación o intervención a los elementos configuradores del derecho a la libertad de contratación y si, en todo caso, tal limitación respeta los supuestos de la proporcionalidad, para lo cual debe retomarse los elementos que integran su contenido esencial.

En atención a este último aspecto, es de hacer notar que el art. 17 inc. 1° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones una obligación de adquisición de Certificados de Inversión Previsional emanados por el fideicomiso mencionado y que, en consecuencia, los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones imponen un ‘monto máximo’ en que dichos certificados serán adquiridos.

Lo anterior constituye ciertamente *una intervención sobre el ámbito de protección material del derecho a la libertad de contratación*, en específico sobre su *objeto de protección*, ya que con la obligación impuesta normativamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones se limita un elemento integrador de su contenido esencial, esto es, la autodeterminación sobre el objeto de las contrataciones que realizarán como inversión de los fondos de pensiones que administran.

d. Siguiendo el orden, al haber determinado la finalidad del legislador y la intervención que esto constituye en la libertad de contratación, corresponde evaluar su razonabilidad, es decir su coherencia con la proporcionalidad.

Así, es de hacer notar que conforme a la finalidad de mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de Pensiones Público y de la continuidad y regularidad del pago de las pensiones por vejez a los jubilados en el mismo, la medida de obligar a las Administradoras de Fondos de Pensiones a adquirir Certificados de Inversión Previsional del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –y la consiguiente interferencia a la libertad de contratación– se considera como *idónea*, pues con ella ciertamente se pretende lograr el financiamiento requerido para el cumplimiento de esta deuda.

Debido a la idoneidad de la medida, debe ahora comprobarse si la misma era *la menos lesiva para los derechos fundamentales intervenidos* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad*, para contribuir a la realización del fin perseguido.

En el asunto en examen, ninguno de los sujetos intervinientes en el proceso ha alegado algún medio alternativo al impugnado que fuera menos lesivo de los derechos en consideración; sin embargo, este Tribunal estima que, entre las posibilidades de intervención en la libertad de contratación, la medida no sólo fue idónea sino necesaria para lograr el financiamiento de los cotizantes y jubilados con el Sistema de Pensiones Público y el cumplimiento de la deuda que el Estado tiene con este sector poblacional, ya que la adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional se estableció hasta cierto límite máximo de inversión.

Por lo anterior, es procedente *verificar el cumplimiento de la proporcionalidad* en sentido estricto, es decir, *si la importancia de la realización del fin perseguido por la medida justificaba la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente*.

En este sentido, se procederá a *ponderar* la intervención en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, con respecto al grado de satisfacción del fin perseguido, es decir de la seguridad social de los cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

Con respecto al *grado de afectación* que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estima que si bien dicha libertad ha sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta *no ha sido una afectación intensa*, ya que, como se observa en el texto del art. 91 letra m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Inversión Previsional se estableció hasta un determinado límite máximo de 45%, lo cual, 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.

Aunado a lo anterior, por su vínculo directo e indisoluble con el principio *pro homine* contenido tanto en el preámbulo como en el art. 1 Cn. y, en consecuencia, con las condiciones indispensables y sustanciales para una existencia digna, *la seguridad social y el derecho derivado a recibir una pensión por vejez poseen un peso abstracto que debe ser considerado necesariamente frente a la importancia de la libertad contractual*, por lo cual ésta puede admitir intervenciones estatales justificadas y razonables, como en este caso, en razón del bienestar del sector poblacional que se ha jubilado en el Sistema de Pensiones Público o que está próxima a hacerlo.

e. A partir de todo lo expuesto, este Tribunal considera que *la limitación en la libertad de contratación que conllevan las disposiciones impugnadas es razonable y, por ende, compatible con el sustrato axiológico de la Constitución*—y así será declarado en esta sentencia—, pues tal limitación se encuentra orientada precisamente hacia el bien común y la

solidaridad intergeneracional, al perseguir con ello asegurar la continuidad y regularidad del financiamiento de la seguridad social en su manifestación del derecho a la pensión por vejez para las personas que quedaron en el Sistema de Pensiones Público al entrar en vigencia el Sistema de Ahorro para Pensiones.

B. Vulneración de la seguridad jurídica –art. 2 inc. 1º Cn.–, en relación con el derecho a la seguridad social –art. 50 Cn.–, por parte de los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

a. En cuanto a la supuesta conculcación de la seguridad jurídica –art. 2 inc. 1º Cn.–, en relación con el derecho a la seguridad social –art. 50 Cn.–, la parte demandante alegó que esto ocurre porque la normativa impugnada obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones a comprar títulos de bajo rendimiento –los Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales–, lo cual incide negativamente en las condiciones de inversión y en la rentabilidad de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, así como del debido resguardo de los ahorros de las cuentas individuales de los afiliados, lo que, en consecuencia, impide hacer efectivos los postulados de la seguridad social para dicho sector de la población.

b. En este punto, de la literalidad de los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y 91 letra m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, se observa que a pesar que se impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones la obligación de invertir en Certificados de Inversión Previsional los fondos de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, el legislador optó por establecer un límite máximo para dicha inversión y que, además, eligió para esta operación una tasa de interés –la LIBOR 180 días– que a la fecha de creación del fideicomiso de obligaciones previsionales tenía índices de rentabilidad aceptables en el mercado financiero internacional.

Por tales motivos, *se deduce que la finalidad perseguida por el legislador con respecto a los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones fue garantizarles un margen de ganancias por la inversión de sus ahorros.*

A partir de esto, debe determinarse si tal fin implica o no una intervención lesiva de los elementos configuradores de la seguridad jurídica en relación con la seguridad social y si, en todo caso, dicha intervención se encuentra justificada por su razonabilidad en virtud de la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima.

Por lo tanto, puede afirmarse que, en atención al ámbito material de protección de los derechos constitucionales presuntamente vulnerados, una norma reguladora del derecho a obtener una pensión por vejez será vulnerada en su contenido esencial y contravendrá la seguridad jurídica: (i) *si no se ha configurado claramente en su texto la manera en cómo sus efectos inciden en derechos adquiridos y situaciones jurídicas protegibles;* (ii) *si no*

permite el libre acceso a un sistema de pensiones y a realizar los aportes respectivos al mismo; (iii) si se deniega, obstaculiza o retrasa irrazonablemente la obtención del derecho a una pensión por vejez una vez cumplidos todos los supuestos habilitantes conforme a la ley para ello; y, (iv) si su interpretación y aplicación disminuye sensiblemente en la realidad las condiciones de la pensión a recibir por vejez, volviendo imposible el aseguramiento de un 'mínimo vital' para el jubilado, es decir una porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y su grupo familiar.

c. Debe recordarse 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.

d. 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.

Así, en este caso, *el factor para establecer la limitación a los derechos fundamentales aludidos es la determinación del nivel de rentabilidad y de beneficios que los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones reciben por la inversión obligatoria que de sus fondos de pensiones realizan las Administradoras de Fondos de Pensiones por prescripción legal y el impacto que esto generará al momento de su jubilación*, es decir, si

en las normas impugnadas se han establecido y mantenido adecuadas tasas de reemplazo de la inversión de los fondos de pensiones para su suficiencia y sostenibilidad.

e. En este orden, es necesario recordar lo que establece el art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, según el cual los Certificados de Inversión Previsional, como títulos valores, devengan una tasa de interés ajustable semestralmente, equivalente a la *London Interbank Offered Rate* de ciento ochenta días –LIBOR 180 días–, reportada por la *British Bankers Association* al cierre de la semana anterior a la emisión respectiva, a la cual se le debe sumar una sobretasa de 0.75%, que será fija durante el plazo al cual fue emitido el valor.

Dicha tasa LIBOR 180 días ha mostrado una *tendencia al decrecimiento* a través del tiempo; así, en el año de promulgación de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –2006– el promedio de LIBOR 180 días fue de 5.27%, en el año 2010 alcanzó valores mínimos históricos, cercanos al 0.50%, siendo su promedio a noviembre de 2014 entre 0.32% y 0.33% aproximadamente.

Este *comportamiento decreciente de la tasa LIBOR* en los últimos años, además de la alta concentración en instrumentos de deuda pública y la poca diversificación de las inversiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *provoca que la rentabilidad sobre el fondo de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones sea evidentemente negativo* y que, en consecuencia, se comprometan las *tasas de reemplazo* o niveles de ingreso adecuados de las pensiones que recibirán las personas que se jubilarán en el sistema de cotización individual definida.

De acuerdo a lo expuesto, tomando como base la baja rentabilidad que actualmente tienen los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, estudios recientes (CEPAL: *Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados*, 2011) han estimado en el caso de El Salvador una tasa de reemplazo entre el 28% y el 32% para hombres y entre el 30% y el 34% para mujeres, dependiendo del salario considerado; entendiendo por tasa de reemplazo el indicador del rendimiento de los sistemas que relaciona los montos de las pensiones con los salarios sobre la base de los cuales se realizan los aportes o las contribuciones a lo largo del ciclo laboral de los individuos (si bien esta tasa en mención se deriva de los sistemas de beneficio definido, como el de reparto, su consideración continúa siendo importante para determinar los ingresos a recibir por pensiones por vejez, invalidez y muerte).

Esta tasa de reemplazo es inferior a lo establecido en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Seguridad Social, de 1952, donde se indica un porcentaje de 40% para pensiones por vejez como respeto al principio de suficiencia de la seguridad social en este rubro.

f. La determinación de la baja rentabilidad de acuerdo a la tasa LIBOR 180 días que actualmente perciben los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones por la inversión en Certificados de Inversión Previsional y, por tanto, la baja tasa de reemplazo que dichos fondos recibirán en consecuencia, implica una *intervención tanto en el ámbito material de protección como en el contenido esencial del derecho a obtener una pensión por vejez como manifestación de la seguridad social, en relación con la seguridad jurídica*, ya que las normas impugnadas inciden negativamente sobre el nivel de rentabilidad adecuada de sus ahorros previsionales y, además, una afectación material de las pensiones por jubilación de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna al ocurrir los supuestos de su jubilación.

g. Establecido lo anterior, corresponde determinar la proporcionalidad de dicha intervención en los derechos fundamentales aludidos.

En este punto es pertinente señalar –como se expuso en la Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009–, que el examen de idoneidad que realizan los tribunales constitucionales debe ser respetuoso con la libertad de configuración del legislador. Por ello sólo puede llegarse a la conclusión de que la medida impugnada es idónea si contribuye o fomenta *de algún modo* la obtención de su fin legítimo inmediato.

Al haberse establecido que la finalidad perseguida de las normas impugnadas es garantizar a los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, ganancias por la inversión de sus ahorros es en Certificados de Inversión Previsional, debe reconocerse que a pesar que la tasa LIBOR 180 días ha presentado en los últimos años una tendencia negativa y decreciente en cuanto a réditos, las inversiones de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones ciertamente reciben una “rentabilidad”, lo que permite asegurar que en alguna medida se cumple con el fin propuesto y que, por tanto, *dicha intervención es idónea*.

Establecida la idoneidad de la medida impugnada, debe pasarse al análisis de necesidad, esto es, comprobar si la misma era *la menos lesiva para los derechos fundamentales intervenidos* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad* para contribuir a la realización del fin perseguido.

Aplicado lo anterior, se trataría de suponer otras medidas alternativas a la tasa de referencia LIBOR 180 días que sean idóneamente equivalentes o, en el mejor de los casos, más idóneas para cumplir con la finalidad señalada.

A pesar que los demandantes no propusieron alternativas de tasas internacionales de referencia existentes en el mercado financiero internacional que sean más estables que la LIBOR 180 días, con parámetros para su establecimiento más acordes con la realidad financiera y con beneficios para los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, este Tribunal estima que la comprobada tendencia decreciente en

términos de rentabilidad de la tasa adoptada desde la creación del Fideicomiso en el 2006 a las reformas a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones ocurridas en el año 2012 demostraban que la misma otorgaba niveles negativos de rentabilidad y que, por tanto, era menester optar por una tasa más idónea y benigna con la finalidad perseguida.

Por lo anterior, *la intervención no fue necesaria con respecto al fin propuesto*, pues dentro de las diversas tasas interbancarias de referencia existentes en el mercado financiero internacional, el legislador optó para los Certificados de Inversión Previsional que se adquieren obligatoriamente por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales por una tasa con evidentes tendencias decrecientes de rentabilidad, gravosa respecto de las ganancias y tasas de reemplazo adecuadas para los fondos de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones, sin haber previsto una vía de ajuste o actualización en caso de tendencias tan negativas.

h. Por tanto, se concluye que la intervención que las normas impugnadas ocasionan en los derechos a la seguridad jurídica en relación con la seguridad social –en su manifestación del derecho a la pensión por vejez– es *desproporcionada* y, por ende, *inconstitucional* –y así será declarado en esta sentencia–, ya que el mantener la tasa LIBOR 180 días con respecto a los Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso en cuestión incide negativamente en la rentabilidad que obtendrán los ahorros de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones y sobre sus tasas de reemplazo, afectando materialmente las pensiones de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna a los pensionados y sus familias, al ocurrir los supuestos de su jubilación.

C. Vulneración a la seguridad social –art. 50 Cn.–, en relación con el principio de proporcionalidad –art. 246 Cn.–, por parte del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

Al haber determinado en el apartado que precede la falta de proporcionalidad de las disposiciones impugnadas con respecto a la seguridad social, no cabe duda que lo dicho también se predica del contenido del art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, ya que es *precisamente en este artículo y literal que se establece la tasa referencial de interés LIBOR 180 días*, el cual, como se dijo, es el factor que provoca la baja rentabilidad que actualmente perciben los fondos de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones por la adquisición de Certificados de Inversión Previsional para el financiamiento del Sistema de Pensiones Público, debido a su tendencia decreciente y a las bajas tasas de reemplazo que genera.

En efecto, debido a las condiciones ya señaladas y explicadas con respecto a la tasa de interés LIBOR 180 días y su aplicación en cuanto a las inversiones del fondo de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, se obstaculiza el

cumplimiento de la exigencia constitucional de la eficaz y óptima utilización de los recursos provenientes de la seguridad social, por lo que, en este sentido, el aludido art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales también es inconstitucional y así será declarado en esta sentencia.

D. a. Ahora bien, en relación con este motivo, este Tribunal advierte que, no obstante no fue cuestionada por los actores, *existe otra disposición en la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales que también contempla la utilización de la tasa referencial LIBOR 180 días y que, por tanto, coincide junto con las disposiciones impugnadas en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional.*

De no advertirse tal circunstancia implicaría la incompatibilidad de dicha disposición, que tiene el mismo reproche de inconstitucionalidad, con la resolución estimatoria y, sobre todo, con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar.

b. Respecto de la inconstitucionalidad por conexión –como se ha sostenido en sentencias de 1-IV-2004, 23-X-2007 y 29-VII-2010, Incs. 52-2003, 35-2002 y 61-2009–, este Tribunal ha manifestado que, como excepción al principio de congruencia, ésta tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de una decisión adoptada; es decir, que si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede mantenerse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional.

Tal consecuencia puede darse –sin ánimo de taxatividad– en caso que la declaratoria de inconstitucionalidad se extienda hacia otras disposiciones que coinciden, junto con la impugnada, en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional; así también, cuando la vigencia de las disposiciones hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria, y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por constituir *disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.*

c. Así, se observa que el art. 14 incs. 1º, 3º, 5º y 6º de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales indica que: “El BMI como Fiduciario también emitirá Certificados de Obligaciones Previsionales, hasta por el monto de los títulos es que reciba de los fondos de pensiones, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 3 de esta Ley. Estos otros títulos serán transferidos directamente al Fideicomiso, al monto valorizado a la fecha de su transferencia. [...] Los Certificados de Inversión Previsionales que se emitan a cambio de los títulos previsionales a que se refine el primer inciso, tendrán las mismas características indicadas en el artículo 12 de la presente Ley, con

excepción del literal c del mismo artículo 12, ya que el devengo de intereses se realizará así: [...] Del cuarto año en adelante, devengarán una tasa de interés ajustable semestralmente. Esta tasa de interés será equivalente a la London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días (LIBOR 180 días) reportada por la British Bankers Association al cierre de la semana anterior a la fecha del reajuste. A esta tasa se le deberá sumar una sobretasa de 0.75%, la que será fija durante el resto del plazo. [...] La tasa de interés de los Certificados de Inversión Previsionales que se establezca no podrá ser superior a la LIBOR a 180 días a la fecha del reajuste más la sobretasa de 0.75% antes indicada.”.

d. En este sentido, *por su íntima relación con los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, este Tribunal advierte en el art. 14 incs. 5° y 6° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales la aplicación de los mismos argumentos que han llevado a declarar la inconstitucionalidad de estas dos disposiciones impugnadas*, razón por la cual se considera que este último *también vulnera, por conexión, en los incisos detallados, la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, en su manifestación del derecho a la pensión por vejez*, establecidas en los arts. 2 inc. 1° y 50 Cn., respectivamente, y así será declarado en esta sentencia.

2. Vulneración a la libertad de contratación, la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad –arts. 23, 50 y 246 Cn., respectivamente–, por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

A. En cuanto a este motivo alegado en el proceso Inc. 61-2013, los demandantes en el mismo reprocharon de inconstitucional la obligación contenida en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, pues se impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones la adquisición de los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social que emite el Fondo Social para la Vivienda, con la utilización de los fondos de pensiones que administran y gestionan, lo que vulnera, en consecuencia, la libertad de contratación, la seguridad social y el principio de proporcionalidad.

B. a. Para determinar la vulneración alegada a la libertad de contratación reconocida en el art. 23 Cn., es necesario, como se hizo en el número 1 de este considerando, determinar las finalidades del legislador con el establecimiento de la obligación de inversión detallada, excluyendo el contenido de los informes de la autoridad demandada por aplicación de la preclusión procesal.

Al respecto, resulta claro del texto del mismo art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que la finalidad de obligar a la Administradoras de Fondos de Pensiones a invertir en los certificados en mención es la obtención de recursos para poder otorgar créditos a trabajadores del sector formal hasta un monto determinado, para que éstos puedan adquirir viviendas nuevas.

Dicha finalidad, como se expresó en la Sentencia de 2-VII-1998, Inc. 5-93, es legítima por cuanto se refiere a la satisfacción de necesidades de sectores mayoritarios de la

población, en consonancia con lo establecido en el art. 119 Cn., donde el Constituyente declaró de interés social la construcción de viviendas y consignó la obligación del Estado de procurar que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de su vivienda.

b. No obstante, dicha finalidad constituye una *intervención sobre el ámbito de protección material del derecho a la libertad de contratación ya explicado*, en específico sobre su *objeto de protección*, ya que con la obligación impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones se limita un elemento integrador de su contenido esencial, esto es, la autodeterminación sobre el objeto de las contrataciones que realizarán como inversión de los fondos de pensiones que administran.

c. Ahora bien, en análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la intervención referida, se observa en primer lugar que en atención a la finalidad señalada sobre procurar la obtención en propiedad de viviendas de interés social a determinados sectores de la población, la obligación regulada en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones *es idónea*, ya que, como se expresó, con dicha inversión de los fondos de pensiones el Fondo Social para la Vivienda puede obtener recursos económicos para el otorgamiento de los créditos para la adquisición de tales viviendas.

d. Al haber comprobado la idoneidad de la medida, corresponde determinar si la misma era necesaria, es decir si era *la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido* entre todas las medidas alternativas que tuvieran *mayor o igual idoneidad*, para contribuir a la realización del fin perseguido.

En este orden de ideas, esta Sala estima que la obligación establecida a las Administradoras de Fondos de Pensiones de invertir en un porcentaje determinado en los títulos emitidos por el Fondo Social para la Vivienda –3.85% de la recaudación acumulada de cotizaciones previsionales de los tres meses anteriores a la colocación de los mismos– fue una medida *necesaria* para posibilitar la obtención de recursos para financiar la compra de vivienda de interés social en beneficio de sectores mayoritarios de la población.

e. Por lo anterior, es procedente *verificar el cumplimiento de la proporcionalidad* en sentido estricto, es decir, *ponderar* la intervención en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con respecto al grado de satisfacción del fin perseguido por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En cuanto al *grado de afectación* que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estima que si bien dicha libertad ha sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta *no ha sido una afectación intensa*, pues, tal como lo regula el citado art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social se estableció en un porcentaje fijo del 3%, lo cual, si bien restringe el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permite el financiamiento de créditos al sector

laboral formal para la compra de vivienda nueva y la reducción del déficit habitacional, cumpliendo así lo establecido en el art. 119 Cn., y deja un margen de acción a tales Administradoras para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan.

En este sentido, la intervención a la libertad contractual que regula el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se considera justificada y razonable, en razón del fin perseguido en la misma, por lo que este punto de la pretensión será *desestimado* en esta sentencia.

C. a. Ahora bien, en cuanto al alegato de vulneración a la seguridad social y la proporcionalidad, debe considerarse, por un lado, las condiciones de la tasa de interés establecida en la disposición impugnada, así como la necesidad de los fondos de pensiones afectados de producir rentabilidad por su inversión, a efecto de lograr condiciones dignas para los cotizantes que tienen la expectativa de obtener una pensión por vejez adecuada; así, según el inc. 3° del citado art. 233, dicha tasa es fija, no menor al tres por ciento anual, revisable periódicamente por el Fondo Social para la Vivienda, manteniendo siempre, al menos, un diferencial de tres puntos con respecto a la tasa de interés activa vigente a la fecha de la revisión.

b. En atención a la tasa de interés fijada por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, puede afirmarse que la medida es *idónea*, por cuanto la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social *ciertamente recibe una rentabilidad determinada*, en las condiciones señaladas, en atención al derecho a la seguridad social en su manifestación de derecho a pensión por vejez.

c. Por otro lado, debe señalarse que la tasa de interés que indica la disposición impugnada se ha establecido por la ley en un porcentaje no menor al 3% anual y que se encuentra sujeta a revisiones periódicas, al contrario de lo que señalan los demandantes, no se considera exigua, sino que es un mínimo razonable en relación con el rendimiento brindado por tasas como la LIBOR 180 días –para el caso de los Certificados de Inversión Previsional– o de los reportados por otras tasas internacionales de referencia en los que invierte el Estado salvadoreño.

En este orden de ideas, este Tribunal no comparte el argumento de los actores en cuanto a que con la tasa de interés asignada en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se incumple la exigencia del art. 50 inc. 2° parte final Cn., relativa a la óptima utilización de los recursos de la seguridad social, al considerarse una medida proporcional que otorga una rentabilidad y beneficios razonables a los fondos de pensiones en mención.

Por lo anterior, se *desestimará* este punto de la pretensión.

V. En consideración a la inconstitucionalidad determinada, al haberse establecido que la baja rentabilidad que reciben las inversiones de los fondos de pensiones de los

cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones en el mecanismo de adquisición obligatoria de Certificados de Inversión Previsional se debe a la opción legislativa en las normas impugnadas por la tasa LIBOR 180 días, y que esto vulnera la seguridad jurídica y la seguridad social en su manifestación de derecho a la pensión por vejez, *se vuelve necesario que el Órgano Legislativo haga las adecuaciones necesarias a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, así como a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para lograr la inversión de dichos fondos de pensiones en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo*, como lo señala el art. 88 de ese cuerpo normativo, evitando la supeditación del bienestar futuro de los actuales afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones por la no optimización de los niveles de rentabilidad de ahorros previsionales, sin descuidar el bienestar de los actuales cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

En este sentido, como consecuencia de la presente sentencia, los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones podrán ser invertidos – salvo los porcentajes del 45% de inversión en Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y del 3.85% en Certificados de Deuda para Vivienda de Inversión Social, establecidos en los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– en aquellas actividades que, según el criterio financiero de las respectivas administradoras, sean más rentables en el mercado, a fin de garantizar mayores niveles de beneficio a los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones; todo de conformidad con las leyes aplicables.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. *Decláranse inconstitucionales*, de un modo general y obligatorio, el art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, y los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en lo relativo a la utilización de la tasa de interés *London Interbank Offered Rate* de ciento ochenta días (LIBOR 180 días) que devengan los Certificados de Inversión Previsionales emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, que deben adquirir obligatoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones con los fondos de pensiones que administran y gestionan, por vulneración de la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, en su manifestación del derecho a pensión por vejez, establecidas en los arts. 2 inc. 1º y 50 de la Constitución, respectivamente, ya que mantener dicha tasa incide negativamente en el nivel de rentabilidad que obtendrán los ahorros de los cotizantes al Sistema de Ahorros para Pensiones y sobre sus tasas de reemplazo, afectando materialmente las pensiones de dicho

sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna al ocurrir los supuestos de su jubilación.

En consecuencia, el Órgano Legislativo deberá hacer las adecuaciones necesarias a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, así como a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para lograr la inversión de dichos fondos de pensiones en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo, evitando la supeditación del bienestar futuro de los actuales afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones por la no optimización de los niveles de rentabilidad de ahorros previsionales, sin descuidar el bienestar de los actuales cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

En este sentido, como consecuencia de la presente sentencia, los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones podrán ser invertidos – salvo los porcentajes del 45% de inversión en Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y del 3.85% en Certificados de Deuda para Vivienda de Inversión Social, establecidos en los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– en aquellas actividades que, según el criterio financiero de las respectivas administradoras, sean más rentables en el mercado, a fin de garantizar mayores niveles de beneficio a los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones, todo de conformidad con las leyes aplicables.

2. *Declárase inconstitucional* el art. 12 letra c) de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, únicamente en lo relativo a la utilización como tasa referencial de interés la del London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días (LIBOR 180 días), por vulneración a la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad, arts. 50 y 246 de la Constitución, respectivamente, en tanto que dicha tasa, debido a su baja rentabilidad, no permite cumplir con la exigencia de utilización óptima de los recursos de la seguridad social, incidiendo negativamente en el nivel de rentabilidad que obtendrán los ahorros de los cotizantes al Sistema de Ahorros para Pensiones y sobre sus tasas de reemplazo, afectando materialmente las pensiones de dicho sector poblacional.

3. *Declárase* que el art. 14 incs. 5° y 6° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –únicamente en lo relativo a la utilización como tasa referencial de interés la del London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días (LIBOR 180 días)– *es inconstitucional*, por vulneración de la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, en su manifestación del derecho a pensión por vez, establecidas en los arts. 2 inc. 1° y 50 de la Constitución, respectivamente, en virtud de su *conexión material* con los arts. 12 letra c) y 17 inc. 1° de la mencionada Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales.

4. *Declárase* que en el art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, y arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones *no existe la inconstitucionalidad alegada*, por la supuesta vulneración de la libertad de

contratación establecida en el art. 23 de la Constitución, por considerar que los fines perseguidos por el legislador en las disposiciones impugnadas son legítimos en el marco del orden constitucional, pues con ello se asegura la continuidad y regularidad del financiamiento de la seguridad social en su manifestación del derecho a la pensión por vejez para las personas que quedaron en el Sistema Público de Pensiones al entrar en vigencia el Sistema de Ahorro para Pensiones.

5. *Declárase* que en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones *no existe la inconstitucionalidad alegada*, por la supuesta vulneración de la libertad de contratación establecida en el art. 23 de la Constitución, por considerar que los fines perseguidos por el legislador en las disposiciones impugnadas son legítimos en el marco del orden constitucional, pues con ello se posibilita la obtención de recursos para el financiamiento de créditos a un amplio sector poblacional para la compra de vivienda nueva de interés social.

6. *Declárase* que en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones *no existe la inconstitucionalidad alegada*, por la supuesta vulneración a la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad, establecidos en los arts. 50 y 246 de la Constitución, pues la tasa de interés que asigna dicha disposición para la inversión de los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social, es razonable y proporcional y permite, en consecuencia, la óptima utilización de los recursos de la seguridad social.

7. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes, a las Administradoras de Fondos de Pensiones y al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

8. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial

7

