

Algunas consideraciones en torno a la libertad de empresa, la fijación de precios y el libre acceso al SPP en la Ley N° 29903: “Ley Reforma del Sistema Privado de Pensiones”

Posted by [Boletín Ita lus Esto](#) • [15 abril, 2013](#) • [Derecho Constitucional](#) , [Derecho Mercantil](#) • [Add Comment](#) • [Edit](#)

Por: Kevin David Alemán Alemán

Con ocasión de la reforma de la ley del *Sistema Privado de Pensiones* del 19 de julio de 2012, se han planteado muchas interrogantes e inquietudes respecto a ello. Este breve trabajo tendrá como fin explicar:

1. si efectivamente se afecta la libertad de empresa de las AFP existentes en el mercado,
2. si existe una indebida fijación de precios, al menos indirecta, por parte del Estado peruano en este mercado, y
3. si la capacidad de elección de los trabajadores, afiliados, consumidores, queda mermada o reducida frente a esta nueva política previsional.

El modelo previsional privado peruano, copia del chileno con matices propios, ha sido objeto de muchas críticas desde su puesta en vigencia en 1993. El blanco principal de estas críticas gira en torno a un conjunto de pretendidos conflictos de intereses en los sujetos involucrados en este mercado, y la gran preponderancia de las AFP en la Bolsa de Valores. Estas críticas se tradujeron principalmente en el plano del valor de comisión que cobran las AFP.

Como bien sabemos, las AFP son personas jurídicas mercantiles. Como tales, reciben la clasificación de “empresarios por la forma”. Concretamente, están constituidas como sociedades anónimas. Su objeto social es exclusivo por disposición legal: «administrar los fondos de pensiones contra contingencias de jubilación, invalidez y vejez[1]». Cada AFP crea fondos -de mayor o menor riesgo-, para obtener beneficios o rentabilidad, a través de la inversión en el Mercado de Valores.

En este contexto, la Ley N° 29903 introduce, entre otros, los artículos 7-A, 7-B, 7-C, 7-D, 7-E al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF. El artículo 7-A contempla que las AFP están sujetas a un procedimiento de licitación de las cuentas individuales de capitalización, en adelante CIC[2]. La ganadora de esta subasta inversa será la que haya ofrecido la comisión más baja. El plazo para la adjudicataria será de 24 meses. En este plazo se le otorgará el derecho de afiliar a los nuevos ingresantes al SPP, se extiende también a los que se trasladen del SNP al SPP. Este mecanismo, ¿puede afectar el derecho fundamental de libertad de empresa? ¿Qué sucederá con las AFP no adjudicatarias?

La libertad de empresa es reconocida expresamente en nuestra Constitución de 1993 en el artículo 59° cuyo primer párrafo dispone lo siguiente: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza (...) la libertad de empresa, comercio e industria.» Por lo que, se debe entender la libertad de empresa como la libertad de realizar una actividad económica. Esta libertad es un “derecho derivado” dentro de una clasificación jurídico-constitucional de los derechos naturales[3]. El fundamento próximo de este derecho trasciende el ámbito puramente individual, y tiene que ver más con una *actividad económica organizada*. De esta manera, la libertad de empresa se compenetra con otros derechos y libertades como: el de asociación, propiedad, contratación, etc., que funcionan a la vez como conceptos externos a la propia libertad de empresa. Como cuestión importante, conviene recordar que el contenido esencial o llamado “límite de los límites” de un derecho fundamental es aquel conjunto de facultades y actuaciones imprescindibles sin las cuales el derecho sería otro y no tal. Específicamente, el contenido esencial de la libertad de empresa en su aspecto dinámico, la entendemos

como *libertad de emprender*, que a su vez se manifiesta en un triple aspecto: *el acceso al mercado, la libre gestión y cesación de la actividad*[4].

En atención a la definición dada de la libertad de empresa nos preguntamos si efectivamente la Ley N° 29903 vulnera o no el derecho a la libertad de empresa, al convocar a licitación futuras CIC. Para responder a esta cuestión, debemos aclarar que la libertad de empresa no es un derecho absoluto, por lo que, puede ser limitado (por ser derecho derivado) en determinados supuestos cuando[5]:

- a. el interés general se manifieste y se contraponga con la libertad de empresa;
- b. por propia cualidad del agente realizador de la actividad empresarial esté prohibido debido a conflicto de intereses;
- c. el Estado prohíba a algunas personas la actividad empresarial por ser incapaces;
- d. por políticas criminales, el Estado prohíba en el marco del *ius puniendi* actividades consideradas ilegales;
- e. se requieran requisitos legales o existan restricciones para acceder a la actividad empresarial;
- f. por resolución de una sanción administrativa o penal que así lo declare.

La Ley 29903, como ley ordinaria, puede limitar “legítimamente” la actividad empresarial de las AFP, siempre y cuando no afecte el triple aspecto de la *libertad de emprender*. Concretamente, la ley pone un límite a las AFP no adjudicatarias: no poder afiliarse a nuevos ingresantes al SPP. Se podría observar que el libre acceso al mercado, o incluso la libre gestión queda reducido.

Asimismo, las AFP no adjudicatarias seguirían administrando las CIC que tienen en *stock* [6]. Es posible, también, que los afiliados se trasladen a la AFP adjudicataria en perjuicio de las no adjudicatarias, porque la ganadora es la que cobra la comisión más baja del mercado. Como una posible consecuencia, las AFP no adjudicatarias podrían reducir su lista de afiliados. Por lo que, parecería que esta ley puede afectar la competencia en el mercado.

Se podría concluir apresuradamente que la Ley N° 29930 le daría una ventaja a la AFP adjudicataria, creando un perjuicio a las AFP no adjudicatarias. En esta línea, la AFP ganadora afiliaría a los ingresantes del SPP por 24 meses. Ésta realizaría más contratos con aseguradoras, tendría mayores posibilidades de invertir en nuevos valores, una mayor expansión a mercados extranjeros, etc. Sin embargo, las AFP no adjudicatarias sólo podrían gestionar las CIC que ya tienen a cargo o en *stock* siendo imposible afiliarse a nuevos ingresantes al Sistema de Pensiones. El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1034[7], precisa que: «Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal...» De esta manera la Ley N° 29903 crea una conducta ventajosa para la AFP adjudicataria, pero ésta no es indebida por mandato legal.

La medida tomada como la reforma del Sistema Privado de Pensiones, para entenderla se debe comprender la situación concreta y analizar la cultura previsional del Perú. Las comisiones cobradas por las AFP frente a un incentivo de formalidad empresarial-laboral, supuesto que han hecho tomar una política previsional como ésta.

Por tanto, podemos entender que el contenido esencial de la libertad de empresa no se ve vulnerado permitiendo a todas las AFP -tanto la adjudicataria y las que no- gestionar, administrar con “autonomía plena” de acuerdo a su objeto social, y que cualquier persona pueda constituir una AFP de acuerdo a las disposiciones legales, dejando a salvo el libre acceso al mercado.

Recapitulemos, todas las AFP podrán participar en la licitación de las futuras CIC, siempre y cuando cumplan los requisitos dados por la SBS; las no adjudicatarias, después de la licitación, aún pertenecen al mercado de AFP: pueden seguir invirtiendo en valores importantes, y los “afiliados antiguos”[8] siempre podrán trasladarse a una AFP no adjudicataria.

El segundo punto que analizaremos es el relativo a la fijación de precios. Así un trabajador dependiente lo que aporta a la AFP es: a) un porcentaje de la remuneración, que es el aporte propiamente dicho; b) la comisión a la AFP, como obligación recíproca derivada de un contrato mercantil entre el afiliado y la AFP; c) una prima de seguro.

En el procedimiento de licitación la ganadora será la que ofrezca la comisión más baja de todas. Pero, no sólo la que ofrezca la comisión más baja de todas las concursantes sino, en referencia al artículo 7-C «La comisión ofrecida en licitación para los nuevos afiliados que se incorporen al SPP deberá ser inferior a la comisión por administración de los aportes obligatorios *más baja del mercado en los último doce meses*». Esto quiere decir que, si se quiere concursar se deberá ofrecer la comisión de la AFP más baja del último año, y de ese valor referencial ofrecer menos para poder ganar el concurso.

Complementariamente, El artículo 7-A, tercer párrafo señala que la comisión, respecto al afiliado, no podrá incrementarse por un plazo de 24 meses desde su inserción a la AFP adjudicataria.

De modo general, los precios son fijados por distintos fenómenos en el devenir económico de diversos agentes que concurren en el mercado regulado por el ordenamiento jurídico[9]. En el marco económico peruano ¿no habría una fijación de precios por parte del Estado al forzar que las AFP bajen sus comisiones? Este razonamiento debe llevar a tomar más criterios para dar una respuesta.

Las políticas económicas realizadas en la década de 1980, supuesto que hubiera creado un continuo rechazo frente al intervencionismo estatal, y a la fijación de precios. Ya que, éstos tuvieron como consecuencia resultados nefastos para la vida económica de un país. De esta manera las tesis económicas liberales desarrollaron fenómenos donde el mercado se maneja con “relaciones” de oferta y demanda. El Estado también es un agente económico, junto con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, cómo organismo regulador y encargado de la regulación del sistema financiero, en el que juega un rol importante para este mercado. En mi opinión, el Estado junto con la SBS deben llevar la regulación respetando los límites impuestos por el ordenamiento jurídico; a su vez debe garantizar que las prestaciones previsionales sean efectivas y eficaces para los afiliados, ya que en último término frente a un colapso del Sistema Previsional Privado sería el Estado quien debería subsidiariamente responder por aquellas prestaciones por la misma naturaleza previsional de estas.

Más allá, que el Estado también intervenga como agente en la economía, nos encontramos ante un modelo de Economía Liberal de Mercado, y dentro de éste en un modelo de Economía *Social* de Mercado. Modelo que permite la *intervención* del Estado para lograr una igualdad de todos los ciudadanos, no un igualitarismo, sino una igualdad efectiva y real para todos. Esta intervención no debe vulnerar el propio modelo que propugna la constitución, sino que sea racional y proporcional.

Un objetivo de la Ley N° 29903 es fijar, de manera indirecta, la comisión de los nuevos afiliados al SPP. En esta línea, la ley prevé un procedimiento de licitación, que es público, donde las AFP tienen la libertad de concursar o no. Y, dentro de este procedimiento tienen la libertad de presentar la oferta que mayor les convenga. En concreto, la Ley fija límites máximos respecto al valor referencial. El límite cuantitativo que deben seguir las AFP es la comisión más baja que haya cobrado alguna AFP en los últimos 12 meses. Pues la pretendida fijación “indirecta” de precios no es más que una política adoptada frente a las continuas comisiones que cobraban las AFP.

Por último, el tercer tema relativo a la libertad de elección de los afiliados. Este tema ha sido uno de los motivos para que integrantes de un partido político interpongan una acción de inconstitucionalidad a la Ley N° 29903.

Según el artículo 11° de la Constitución «El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.» En principio, las opciones que tienen los trabajadores a las prestaciones previsionales son el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, con sus propias características. Si se opta por el Sistema Privado se tendría que escoger entre todas las AFP de las que hay en el mercado y autorizadas por la SBS. Sin embargo, la Ley N° 29903 determina en el artículo 6° que: «El trabajador que se incorpora al SPP es afiliado de la AFP que ofrezca la menor comisión por administración...» De plano la ley manda al nuevo trabajador, que se afilia al sistema privado, a incorporarse a la AFP ganadora del concurso, pues ésta cobra la comisión más baja. Además, según el artículo 7-A el afiliado no podrá cambiarse de AFP hasta pasados 24 meses desde su incorporación. También, como obligación recíproca, la AFP no podría cobrarle más de la comisión ofertada en el concurso. Entonces, ¿se afecta la libertad de acceso del nuevo trabajador al ingresar al SPP en contravención al artículo 11° de la constitución? Al parecer, habría una vulneración al derecho constitucional a la libertad de acceso a prestaciones previsionales, pero, esto no es tan exacto, porque para optar por el régimen previsional estatal o privado no se necesita más que el trabajador dependiente o independiente quiera afiliarse a uno de ellos. Al final, el trabajador aún conserva su libertad de acceso, a uno u otro sistema. El asunto es sobre la libertad de elección de afiliarse a una determinada AFP, o de cambiarse o trasladarse a otra. Dentro del contexto del SPP, la libertad de elección sólo quedará delimitada a la AFP ganadora del concurso. En mi opinión, el contenido de la Ley se muestra a favor del nuevo afiliado, porque la comisión establecida no podrá incrementarse en todo el plazo que el afiliado esté obligado permanecer en ella. El artículo 7-A segundo párrafo precisa que: «El plazo de permanencia de un afiliado en una AFP adjudicataria, como producto de la licitación realizada, será de 24 meses, contados a partir de la fecha de su afiliación en la mencionada AFP.» Pero esta permanencia de 24 meses por parte del afiliado a una determinada AFP tiene matices: el artículo 7-C, *in fine*, indica que: el afiliado puede cambiarse, si en el transcurso del tiempo de 24 meses hay otra licitación y si la comisión que cobra la ganadora es menor a la actual, en otras palabras, si aún no ha vencido el plazo de 24 meses de permanencia obligatoria, y hay otra licitación y la nueva ganadora ofrece una mejor comisión, se podría cambiar a ésta[10].

Dejando de lado el artículo 7-C, los afiliados de la AFP adjudicataria podrían traspasarse a otra AFP, si se incurre en las siguientes situaciones del artículo 7-E: la rentabilidad neta de la comisión por tipo de fondo de la AFP adjudicataria sea menor al comparativo del mercado, y cuando se solicite o se declare en quiebra, disolución, o se encuentre en proceso de liquidación, siempre y cuando se presente una solicitud a la nueva AFP y con control de la SBS.

Me parece que, no es tan cierto que se limite la capacidad de elección de los afiliados al SPP, porque esta ley sólo es aplicable a los nuevos ingresantes al SPP, por lo que, los afiliados antiguos podrían cambiarse si lo quisieran a la AFP adjudicataria u a otra.

Concluimos, resultando que esta ley en el primer punto, no afecta la libertad de empresa de las AFP no adjudicatarias, ya que por ley se está restringiendo por un término determinado, 24 meses, la adquisición de nuevos afiliados, mas no la gestión o administración de los fondos de aquellas AFP no adjudicatarias. La ley en el segundo punto, no fija el precio de la comisión que se va a cobrar a los afiliados, sino determina un valor referencial máximo del cual las AFP pueden entrar al concurso y hacerse de la administración de las CIC, por lo tanto, al menos directamente no cabe la posibilidad de fijar precios. Y finalmente en el tercer punto, la ley no restringe el libre acceso a las prestaciones previsionales, sino que el afiliado se encuentra obligado por ley a

permanecer en la AFP adjudicataria por un determinado tiempo, en su beneficio, siempre y cuando no sucedan ciertas situaciones antes mencionadas.

Kevin David Alemán Alemán es alumno de X ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura y colaborador de la Revista Ita Ius Esto.

[1] Art. 1 de la Ley N° 29903 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

[2] Son cuentas que contienen los aportes propiedad de cada afiliado que en su conjunto conforman el fondo del cual las AFP son administradoras.

[3] HERVADA, Javier; *Introducción crítica al derecho natural*, Udep, Piura, 1999, pp. 113-114.

[4] Vid. ZEGARRA, Álvaro; *Notas de Derecho Mercantil: Parte General*, Piura, revisión marzo 2012, §17 pp. 9-11

[5] Vid. ZEGARRA, Álvaro; *Notas de Derecho Mercantil ...pp. 17*

[6] CIC en stock son las CIC que tienen a cargo las AFP no adjudicatarias después de cada licitación.

[7] Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas.

[8] Afiliados antes de la entrada en vigencia de la Ley 29930.

[9] Para entender los modelos teóricos de fijación de precios, o el modelo de fijación de precios basado en el equilibrio de oferta y demanda se requiere un estudio específico en esta materia, para consulta: Kotler, P., Armstrong, G., Saunders, J., WONG, W., Miquel, S., Bigné, J. E., & Cámara, D. (2000). *Introducción al marketing*. Segunda edición europea. Prentice Hall.

[10] En el contexto actual: los afiliados de Prima AFP que ganó la licitación de prueba con 1.6% de comisión pueden cambiarse a la nueva ganadora, AFP Hábitat que ganó con 0.5488% de comisión.

Etiquetas: **AFP**, **Mercantil**, **SPP**