



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 0013-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 27 de mayo de 2013

STC 0001-2013-PI.p Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas de la República contra el artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Magistrados firmantes:

SS.
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA



TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES..... 3

A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL..... 3

B. PETITORIO CONSTITUCIONAL..... 3

C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA..... 4

D. DEBATE CONSTITUCIONAL..... 4

 D.1. Demanda..... 4

 D.2. Contestación de la demanda..... 5

E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS..... 5

II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA..... 7

A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS..... 7

 A.1. Justificación constitucional de la medida adoptada..... 8

 A.2. El derecho fundamental involucrado..... 20

 A.3. La supuesta vulneración del derecho a la libre elección pensionaria a través de la Afiliación Obligatoria..... 25

B. COMISIÓN POR SALDO..... 34

 B.1. Justificación constitucional de la medida adoptada..... 35

 B.2. La garantía institucional involucrada..... 37

 B.3. La supuesta vulneración de la intangibilidad de fondos a través de la Comisión por Saldo..... 41

C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS..... 60

 C.1. Justificación constitucional de la medida adoptada..... 62

 C.2. El derecho fundamental involucrado..... 64

 C.3. La supuesta vulneración de la libertad de contratación a través de la obligatoria contratación de las AFP a un tercero..... 67

III. FALLO..... 75



EXPEDIENTE 0013-2012-PI/TC
STC 0001-2013-PI.p
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 27 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Vergara Gotelli, vicepresidente; Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia , con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, que se agrega

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL

La demanda es interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República, debidamente representados por la congresista doña Martha Gladys Chávez Cossío.

En vista de que una ley es la impugnada, al que le ha correspondido defender su constitucionalidad ha sido al Congreso de la República, a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 040-2005-2006/MESA-CR, de fecha 18 de octubre de 2012.

B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de julio de 2012, en la parte que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones:

NORMAS IMPUGNADAS		TEMA
Ley 29903	DS 054-97-EF	
Artículo 2, que incorpora los siguientes artículos:	7-A	Licitación del servicio de administración de las cuentas individuales
	14-A	Centralización de los procesos operativos
	14-B	Sunat como entidad centralizadora
	24.d	Comisión mixta, que incluye la comisión por saldo



C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan la violación de los siguientes derechos fundamentales, principios y garantías institucionales previstos en la Constitución:

- Derecho a la libertad de contratación (artículo 62)
- Derecho a la pensión (artículo 11)
- Garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social (artículo 12)
- Derecho a la libre competencia (artículo 61)
- Derecho a la información de los consumidores (artículo 65)
- Derecho a la propiedad (artículo 70)
- Principio de solidaridad

D. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los accionantes y el demandado postulan sobre la constitucionalidad de las normas objetadas una serie de razones que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

D.1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- (i) El esquema de "licitación de afiliados nuevos", establecido en el artículo 7-A cuestionado, vulnera el artículo 11 de la Constitución, en vista de que el procedimiento de selección de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) que ofrezca la mejor comisión limita el libre acceso a las pensiones por parte de los nuevos afiliados.
- (ii) El establecimiento de la entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), establecido en el artículo 14-A cuestionado, vulnera el artículo 62 de la Constitución, en vista de que cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú.
- (iii) La facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) como posible entidad centralizadora, establecida en el artículo 14-B cuestionado, vulnera el artículo 61 de la Constitución, en vista de que legitima la existencia de un monopolio, al centralizar todos los procesos operativos en una única institución pública.



- (iv) La comisión sobre el saldo, establecida en el artículo 24.d cuestionado, vulnera el artículo 12 de la Constitución, en vista de que la retribución que percibirán las AFP será cobrada a partir de las cuentas y fondos de cada afiliado; vulnera el artículo 65 de la Constitución, en vista de que afecta el deber de defender el interés de los consumidores y usuarios; y vulnera el artículo 70 de la Constitución en vista que afecta los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entendidos como derecho a la propiedad.

D.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos:

- (i) Lo establecido en el artículo 7-A cuestionado no vulnera el derecho de acceso a una pensión en vista de que éste implica la elección de un determinado sistema pensionario y no la elección de una determinada AFP; para tal caso, se podría alegar una afectación al derecho a la libertad de contratar de cada pensionista, que, sin embargo, no se produce porque la medida implementada, de carácter temporal y relativo, constituye únicamente una intervención en el principio de la autonomía de la voluntad, en la vertiente de la libertad de contratar.
- (ii) Lo establecido en el artículo 14-A cuestionado no vulnera norma constitucional alguna en vista de que la Ley 25897, que creó el sistema privado nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, tanto es así que se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero el que realice la recaudación.
- (iii) Lo establecido en el artículo 14-B cuestionado no implica que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, ni que se vulneren las reglas de la competencia perfecta, pues la entidad no está realizando actividad empresarial alguna, sino más bien una actividad extrafiscal, una actividad económica no empresarial que tiene vínculos con los fines del Estado social.
- (iv) Lo establecido en el artículo 24.d cuestionado no vulnera la intangibilidad de los fondos pensionarios, en vista de que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado.

E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollarse a lo largo de la presente sentencia.

- ¿Es válida constitucionalmente la afiliación obligatoria de los trabajadores que ingresan al sistema privado a la AFP adjudicataria de la licitación? En consecuencia,



- ¿El aumento de competencia entre las AFP lo justifica constitucionalmente? ¿o, es la mejora de las condiciones de los usuarios? ¿O ambas?
- ¿El derecho fundamental supuestamente vulnerado es la libertad de acceso a la pensión o la libertad de contratación?
- ¿Esta medida temporal debe ser entendida en conjunción con otros elementos para la elección de las AFP?
- ¿Qué rol le compete a la SBS?
- ¿Es válida constitucionalmente la comisión por saldo? En consecuencia,
 - ¿La alineación de intereses entre AFP y afiliados y/o la mayor disponibilidad de la remuneración justifican la medida?
 - ¿Las normas impugnadas podrían afectar la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios o también la propiedad sobre los fondos?
 - ¿Es congruente con la Constitución el cambio de esquema de la comisión por saldo en detrimento de la comisión por flujo?
 - ¿Puede exigirse a un afiliado que ha venido aportando según las condiciones iniciales de su contrato que modifique su forma de pago de comisión? ¿Existe una vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las normas?
 - Con este nuevo esquema, ¿es posible que un trabajador se quede sin saldo para afrontar su etapa de jubilación?
- ¿Es válida constitucionalmente la centralización de los procesos operativos de las AFP? En consecuencia,
 - ¿Es la eficiencia del sistema privado y/o la mejora de la calidad de vida de los afiliados lo que avala constitucionalmente la medida?
 - ¿Está en juego la libertad de contratación o la libertad de empresa?
 - ¿En qué medida se está conculcando el derecho de las AFP, a través de una medida que podría considerarse monopólica?
 - ¿Puede ser la Sunat la entidad centralizadora? ¿Eso implicaría una violación al principio de subsidiariedad empresarial del Estado?



II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA

1. El examen de constitucionalidad de fondo a ser realizado en la presente sentencia se dividirá en tres partes, referidas sucesivamente a la incorporación compulsiva de los nuevos afiliados, la inclusión de una comisión por saldo y la centralización de los procesos operativos realizados por las AFP. Cada tema será examinado desde una triple perspectiva, primero determinando la justificación constitucional de la medida adoptada, luego definiendo el derecho fundamental o garantía institucional involucrada y, por último, estableciendo si se ha afectado o no éste con la norma impugnada.
2. Este Colegiado precisó en la STC 0002-2005-PI/TC, que “(...) *En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional – función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad*” (fundamento 2), razón por la cual considera conveniente conocer, para contrastar el examen abstracto de las normas impugnadas, cómo fueron aplicadas las medidas establecidas en la Ley 29903.

A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS

Normas impugnadas

3. La demanda tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad del artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, bajo el epígrafe de “Licitación del servicio de administración de cuentas individuales de capitalización para los trabajadores que se incorporen al SPP”, cuyo tenor es el siguiente: “*La Superintendencia licitará el servicio de administración de las cuentas individuales de capitalización de aportes obligatorios de los trabajadores que se incorporen al SPP. En cada licitación se adjudicará el servicio a la AFP que (...) ofrezca la menor comisión de administración (...) La Superintendencia licitará el servicio de administración de cuentas individuales cada veinticuatro (24) meses (...)*”.

Alegatos de los demandantes

4. A juicio de los demandantes, el esquema de “licitación de nuevos afiliados” es inconstitucional por considerar que mediante este procedimiento de selección a la AFP que ofrezca una mejor comisión, se está coartando la libertad de los nuevos afiliados de elegir el proveedor de servicios previsionales que él considere



pertinente, por lo que termina afectándose el derecho al libre acceso a la pensión, previsto en el artículo 11 de la Constitución.

Alegatos del demandado

5. En contra de lo argüido por los congresistas accionantes, el demandado, además de establecer que el derecho involucrado no es el de acceso a una pensión sino el de la libertad de contratar de cada pensionista, reconocido en el artículo 62 de la Constitución, expresa que la medida busca las mejores condiciones para los afiliados y una mayor competencia entre las AFP, por lo cual la intervención en el principio de la autonomía de la voluntad -en la vertiente de la libertad de contratar- sólo posee un carácter temporal y relativo.

A.1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

6. El primer nivel de estudio exige la identificación del fin de relevancia constitucional que posee la medida legislativa de afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados a las AFP. De lo expresado por el demandado, podrían existir hasta dos razones. La primera, ligada a la actividad de los agentes económicos en el mercado privado de pensiones. La segunda relacionada con los beneficios a favor de los afiliados. Al igual que el Congreso de la República, esta opinión fue asumida por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, para quien la licitación “(...) *promueve la competencia ex-ante [por parte de las AFPs] y se traduce en menores comisiones para el afiliado, ya que la administración de la cartera es adjudicada a la AFP que ofrezca la menor comisión de administración (...)*”, además de responder “(...) *a atributos deseables del mercado como una baja comisión y alta rentabilidad (...)*” (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

(a) Aumentar la competencia entre las AFP

7. Las normas impugnadas encuentran su razón de ser en una necesidad de aumento de competencia por parte de las AFP. Según el artículo 61 de la Constitución, “*El Estado facilita y vigila la libre competencia (...)*”, protegiendo el llamado proceso competitivo o instituto jurídico de la competencia, en la búsqueda de un mayor bienestar de consumidor. Dentro del mercado permite a los agentes económicos reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores bienes y servicios con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). El derecho a la libre competencia está definido como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos (STC 0018-2003-PI/TC; STC 1405-2010-



PA/TC). Se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales: acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos sin que se pueda impedir o restringir dicha participación; libre iniciativa dentro del mercado para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas; la igualdad (no discriminación) de los competidores ante la ley (STC 0018-2003-PI/TC; STC 3315-2004-AA/TC).

8. En teoría económica existen los denominados fallos de competencia. Una forma de competencia imperfecta es el oligopolio, cuyo abuso debe ser combatido por el Estado (STC 0008-2003-AI/TC). Según el mencionado artículo 61 de la Constitución, el Estado “(...) *Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)*”. De acuerdo a la Constitución, no es que se prohíban los monopolios u oligopolios “(...) *alcanzados mediante el esfuerzo empresarial, frutos de la eficiencia productiva o innovativa en el mercado, sino aquellos derivados de una concertación (los llamados carteles) o de la imposición de una norma legal*” (punto 61 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).
9. En este orden de ideas, la Constitución confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, no siendo admisible la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente respecto de sus consumidores o usuarios, pudiendo determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, o sus competidores, compradores, clientes o proveedores, abusando de su participación significativa en el mercado, desarrollo tecnológico, entre otras (STC 0008-2003-PI/TC). Cualquier intervención pública -entre las que debe contarse la Ley 29903- debe restaurar o regular el mercado, a fin de que “(...) *el precio y la producción de los bienes y servicios [sean] resultado de la interacción entre la oferta (las decisiones de los proveedores) y la demanda (las decisiones de los consumidores)*” (punto 57 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Por ello, la intervención pública no se da con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien de garantizar que éste funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia estén siendo realmente cumplidas; así, puede justificarse una intervención en el ámbito de acceso al mercado cuando el producto o servicio no se encuentre permitido por la ley, o cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (STC 3315-2004-AA/TC).
10. A partir de esta configuración del mandato constitucional, lo que se encuentra prohibido, según el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son “(...) *las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*” (artículo 1). En el modelo jurídico nacional, son dos las



situaciones proscritas relacionadas con el oligopolio (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

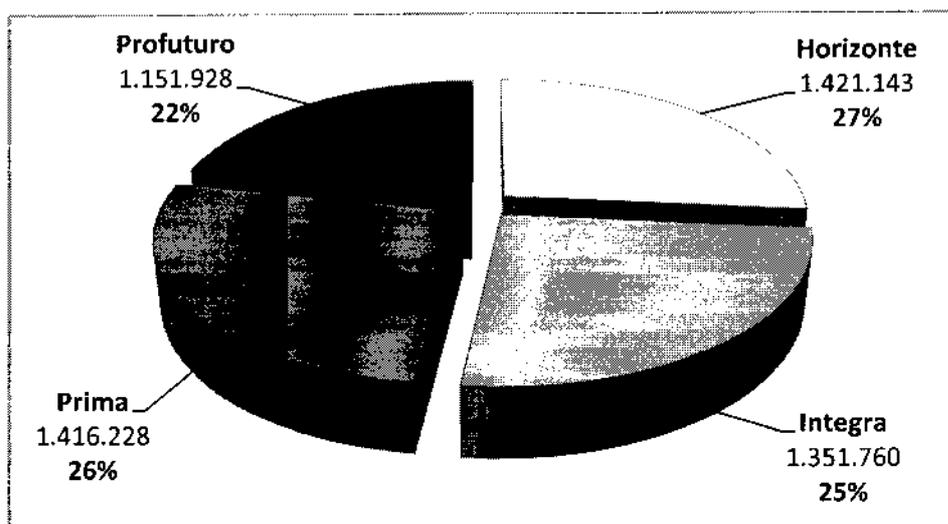
- En primer lugar, están las prácticas colusorias -o restrictivas de la libre competencia-, efectuadas entre empresas que *prima facie* competirían entre sí, respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia que tienen el efecto de restringir o eliminar el proceso competitivo entre sus participantes, dentro de un determinado mercado geográfico y/o de productos, en detrimento de consumidores, competidores y/o proveedores, que como resultado podría producirse un aumento de los precios o una reducción de la producción de manera artificial al margen de los mecanismos naturales del mercado.
- En segundo lugar, está el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, prohibidas explícitamente en el artículo 61 de la Constitución, entendidas como conductas de tipo exclusorio y no explotativo. El término *práctica monopólica* se refiere al hecho de que una empresa con poder de mercado, mediante una determinada práctica y de manera unilateral, limita o restringe la competencia en el mercado, con el objetivo de ampliar su participación o fortalecer su poder de mercado, excluyendo a los actuales competidores o impidiendo el acceso a los potenciales competidores.

11. Bajo estos criterios, los diseñadores de políticas públicas, *policy-makers*, alegan la existencia de un mercado oligopolístico en el país. Al respecto, se puede observar que la SBS ha establecido, tras definir las características del mercado de la industria de las AFP, que ante la ausencia de un cabal escenario de competencia por precios las AFP prefieren competir por publicidad o por gastos comerciales porque les resulta más barato antes que por precios (comisiones), pues les resulta más oneroso (Documento de Trabajo "Competencia y reducción de comisiones en sistema privado de pensiones. El caso peruano", de 2006, *vid.* http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf). Asimismo, un grupo de economistas chilenos, analizando la experiencia de su país, bastante similar a la nacional, explicó que el mercado previsional privado está definido por el bajo nivel de competencia, comportamientos oligopólicos, altas barreras a la entrada por los temas de escala, no percepción de las variables relevantes (comisiones, rentabilidad, calidad del servicio), entre otros, situación que conlleva una progresiva concentración de las decisiones de inversión en el mercado de capitales de las AFP, factor que sumado a la aparente sincronía en las decisiones de inversión por parte de las administradoras -situación conocida como *efecto manada*, configura un escenario que en situaciones de estrés macroeconómico y financiero puede tener consecuencias en términos de la estabilidad de los mercados, siendo necesario promover soluciones públicas creativas que alteren los estadios de inercia para un ahorro obligatorio de afiliados que no tiene capacidad de aglutinar, por sí solos, efectos en la demanda que lo benefician en precios

(“Licitaciones: Imprimiendo competencia al sistema de AFP”, de 2006, *Vid.* http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/06032006130517.pdf).

12. Como justificación de la emisión de las normas impugnadas, se aduce que el mercado oligopolístico privado de pensiones merece ser regulado de una manera más eficiente. El oligopolio se define como aquella estructura de mercado en la cual barreras naturales o legales impiden la entrada de nuevas empresas o el número de empresas competidoras es reducido, lo cual lleva a que los productores tengan incentivos para colaborar fijando los precios o repartiéndose los segmentos del mercado, lo que provoca una situación parecida a la del monopolio. El oligopolio se caracteriza por la presencia de unas pocas empresas dominantes, que en el caso de las AFP serían Integra, Horizonte, Profuturo y Prima, provocando una elevada concentración de la industria por su alta participación en el mercado, que casi está repartido por partes iguales. Una de las posibles consecuencias del oligopolio se presenta en la colusión, a través de la cual todas las empresas se benefician al evitar las guerras de precios y proteger el volumen de afiliaciones.

Gráfico 1.- Repartición del mercado de afiliados entre las AFP del mercado, a marzo de 2013

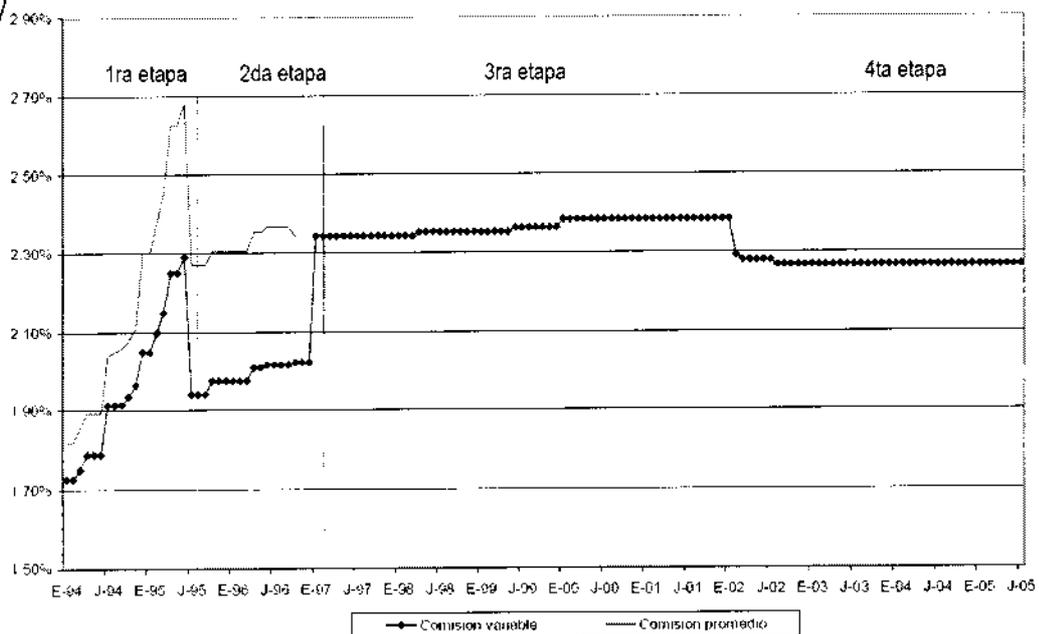


Elaboración: Propia. *Fuente:* SBS (*Vid.* <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaSistemaFinancieroResultados.asp?c=FP-1203>)

13. De otro lado, se ha aseverado que las AFP se pondrían de acuerdo con relación a los precios que cobraban, tanto es así que hasta antes de la emisión de la ley impugnada entre las comisiones recaudadas no existía mucha diferencia, donde el promedio estaba en 1,91%. Con el paso de los años, el monto cobrado por comisiones siempre habrá estado en promedio alrededor de 2% de la remuneración asegurable, sin discrepancias ostensibles entre los distintos operadores.



Gráfico 2.- Etapas en la evolución de las comisiones. Promedio simple de las comisiones variables. Base de remuneración asegurable de S/. 1.000. 1994- 2006



Fuente: SBS, basado en Boletines Estadísticos (Vid. http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/fer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf)

Cuadro 1.- Comisiones por flujo cobradas por las AFP antes de la reforma. A septiembre de 2012

AFP	COMISIÓN
Profuturo	2,14%
Horizonte	1,95%
Integra	1,80%
Prima	1,75%
Promedio simple	1,91%

Fuente: SBS (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>)

14. Pero frente a los argumentos esgrimidos, existen otros que abonan a favor de la tesis de la inexistencia de abuso por parte de las AFP de su posición en el mercado. A su entender, la situación descrita proviene del diseño del modelo previsional privado y el limitado espectro de posibilidades que ha otorgado el propio mercado, antes que de la actividad de los operadores.



15. Expresan que el mercado existente en el país podría considerarse reducido. Así, tal como lo reconocen los considerandos de la Resolución Ministerial 75-2011-EF/10, la cobertura previsional de los trabajadores en el país apenas alcanza el 40% de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada, de los cuales aportan sólo el 20%. De ese grupo una porción importante está en el sistema público y únicamente un grupo en el privado.

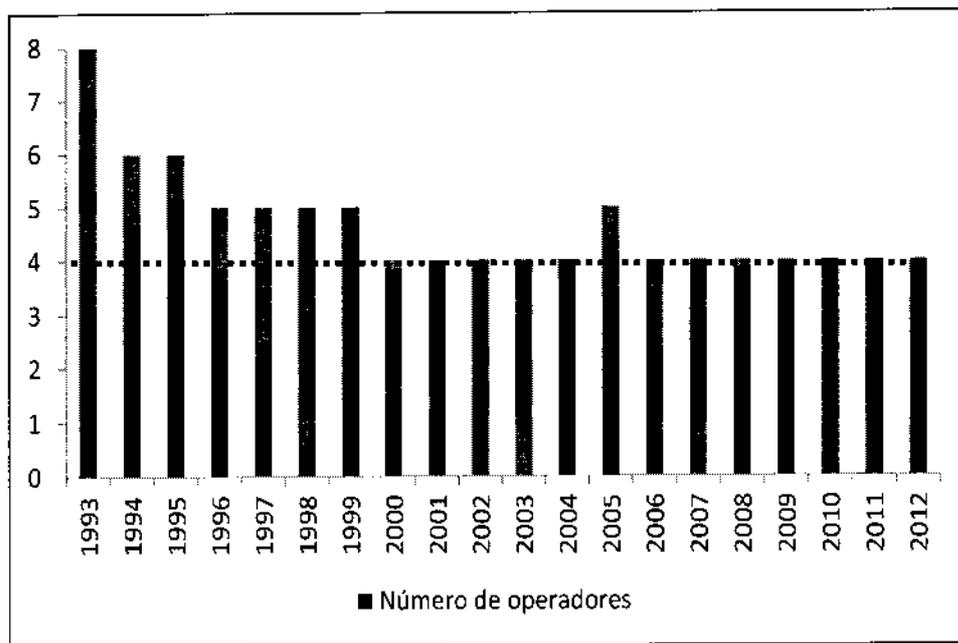
Cuadro 2.- Afiliación a los sistemas pensionarios en la PEA ocupada. En miles de personas. Al 2010

RÉGIMEN	CIFRAS	PORCENTAJE
Sistema privado	2.916,2	65%
Régimen 19990	1.211,4	27%
Régimen 20530	135,4	3%
Otros regímenes públicos	200,0	4%

Fuente: INEI.

16. Del cuadro antes presentado, se puede observar que tan sólo el 13% de la PEA ocupada en el país (es el 65% del 20% aportante) se encuentra en el sistema privado de pensiones, es decir, el mercado no es tan amplio como para que cualquier agente económico ingrese con facilidad al mismo. A cifras similares llega la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, para el cual únicamente el 13,9% del PEA nacional contribuye al sistema privado (sólo el 41,5% de los afiliados efectivamente aportan), cuando el promedio de la región se encuentra en 26,6% (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010).
17. Por más que la licitación para nuevas cuentas busca abrir el mercado, es de notar que éste siempre ha tendido a contar con pocos operadores, según se observa en el siguiente gráfico. Luego de la licitación se creía que el mercado iba a funcionar con una AFP más pero una de las antiguas ha vendido sus acciones entre dos que se encontraban en el mercado, tal como se explicará *infra*. Esta situación sucedió de forma similar al año 2005 cuando ingresó al mercado Prima AFP, que finalmente tuvo que adquirir la AFP Unión Vida.

Gráfico 3.- Evolución histórica de operadores en el sistema privado



Fuente: SBS

18. El tamaño del sistema privado, que según el gráfico anterior, siempre ha contado con alrededor de cuatro AFP, en tal sentido, podría considerarse como el factor causante de las altas comisiones que han venido cobrando las AFP. Un estudio efectuado por el Consorcio de Investigación Económica y Social mostró que el sistema de las AFP era consistente con un modelo de oligopolio generado por costos hundidos endógenos, que seguiría siendo oligopolio aún si el tamaño de mercado fuese infinito (Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos, realizado por Jorge Paz y Rafael Ugaz en 2003).
19. Las AFP tampoco podrían competir con libertad en el mercado toda vez que las restricciones a sus inversiones impediría que la rentabilidad entre una y otra AFP tenga un alto grado de diferenciación, lo cual motivaría que entre los diversos operadores en el mercado no haya la diversificación necesaria entre los productos que ofrecen. Esta situación ha permitido afirmar al exministro de Economía y Finanzas, don Pedro Pablo Kuczynski, que las AFP están sobrerreguladas, pues la inversión de su portafolio en el exterior está limitado a alrededor de 30% de sus activos (Vid. <http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/2949789/ppk-las-afp-en-el-peru-estan-sobrerregulad>). Según el Decreto Supremo 054-97-EF se puede observar lo siguiente:
- Los instrumentos financieros que pueden ser utilizados están predeterminados (artículo 25)



- Hay límites de inversión por cada tipo de fondo (artículo 25-B).
- La política de inversión de cada AFP debe ser puesta en conocimiento del público (artículo 25-C).
- Mediante resolución de la SBS con opinión previa del MEF, se determinarán los criterios aplicables a la rentabilidad mínima, la misma que está garantizada por el encaje legal que se constituye con recursos propios de las AFP y con otras garantías que otorga la AFP (artículo 23).

20. Este problema, sin embargo, es menor en comparación con otros países de la región, puesto que las carteras de pensiones en el país están relativamente diversificadas, aunque ello se ha debido a la mala gestión de la deuda pública, que generó que a inicios de los noventa no existiese un mercado de bonos públicos. Según el Banco Mundial, tal situación, junto con orientaciones estrictas sobre inversión, permitieron la diversificación de la cartera en los mercados de capital (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

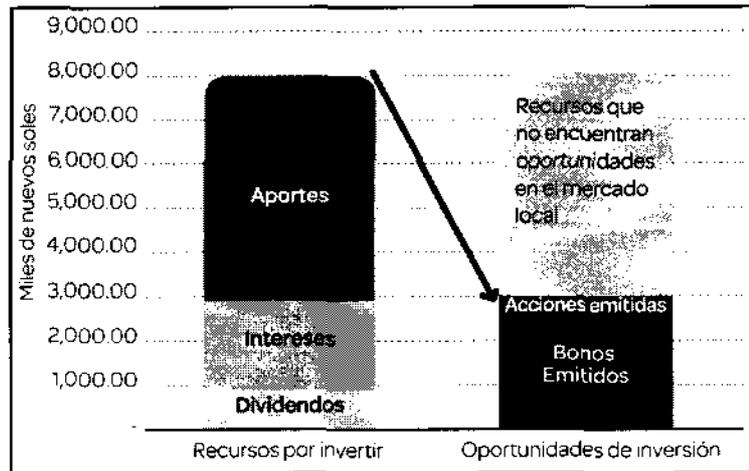
Gráfico 4.- Porcentaje de tenencias. Comparativo de la región. A diciembre de 2002.

País	Títulos del Estado	Instituciones financieras	Bonos de empresas	Capital social	Fondos de inversión	Títulos extranjeros	Otros
Argentina	76,7	2,6	1,1	6,5	1,8	8,9	2,4
Bolivia	69,1	14,7	13,4	0,0	0,0	1,3	1,5
Chile	30,0	34,2	7,2	9,9	2,5	16,2	0,1
Colombia	49,4	26,6	16,6	2,9	0,0	4,5	0,0
México	83,1	2,1	14,8	0,0	0,0	0,0	0,0
Perú	13,0	33,2	13,1	31,2	0,8	7,2	1,5
Uruguay	55,5	39,6	4,3	0,0	0,0	0,0	0,5

Elaboración: Banco Mundial 2006.

21. De otro lado, tal como lo presenta el siguiente gráfico, existe aún bastante margen de inversión de las AFP en el país, pero que no encuentran oportunidades en el mercado local.

Gráfico 5.- Desbalance entre ingresos de AFP y oportunidades de inversión en el país. Al 2010



Elaboración: Prima AFP (Vid. <http://e.gestion.pe/128/impresa/pdf/2012/02/02/24183.pdf>). Fuente: SBS, SMV.

22. Revisadas las posturas al respecto, debe analizarse si existe o no un oligopolio que abusa del carácter del mercado previsional privado. Entrando de forma indirecta al análisis del caso del sistema privado de pensiones, Indecopi, en tanto ente rector de la competencia en el país, expresó que *“En mercados en los que la competencia resulta tecnológica y económicamente posible -como es el caso de la administración de fondos de pensiones- los precios constituyen el resultado de decisiones adoptadas de manera descentralizada por ofertantes y demandantes de bienes y servicios. Son estos agentes quienes deciden cuánto desean comprar y vender, con qué características y condiciones de calidad y a qué precios”* (punto 75 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). La naturaleza del mercado privado pensionario, por ende, exige una intervención en pos de mayor competencia: *“(…) Si bien el número de empresas que operan en el sistema y sus respectivas participaciones en el mercado sugieren la existencia de un mercado concentrado, ello no implica la imposibilidad de incorporar mecanismos de competencia que dinamicen el mercado”* (Informe 81-2012/CPC-INDECOPI). La Defensoría del Pueblo ha sido mucho más categórica al afirmar que el mercado previsional privado *“(…) es un sistema oligopólico donde hay escasa competencia por el carácter del mercado y las empresas logran obtener ganancias extraordinarias (…)”* (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005).

23. Por los argumentos expuestos, a este Colegiado, sin entrar a definir la existencia o no de un mercado de fondos privados de pensiones oligopólico, le parece



admisible validar el aumento de competencia como una finalidad constitucional de la norma impugnada, pues existe consenso en la necesidad de dinamizar el mercado.

(b) Mejorar las condiciones para los usuarios

24. La segunda justificación esgrimida fluye de la defensa del interés de los usuarios, establecida en el artículo 65 de la Constitución según el cual *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”*. La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC).

25. A partir de este derecho se produciría, según alega el demandado, una variación en la cultura de las AFP, puesto que *“(…) las AFP incurren en importantes gastos y esfuerzos comerciales como estrategia efectiva para atraer clientes ante la insensibilidad de la demanda al precio. Esta estrategia a su vez promueve una sobredimensión del gasto comercial que se traduce en ineficiencia productiva y constituye uno de los factores que limita la posibilidad de reducción de comisiones”*, razón por la cual la afiliación obligatoria buscaría menores comisiones y mayor rentabilidad (acápite I.a de la contestación de demanda). El nuevo marco normativo establecido a partir de los artículos impugnados de la Ley 29903, por tanto, posibilitaría una mejor protección de los intereses de los usuarios y consumidores.

26. Una explicación a lo alegado puede ser encontrada en la *teoría de la agencia*. Según ésta, el principal delega autoridad al agente para que actúe en su beneficio e interés, concepto que se materializa en el momento en que un trabajador contrata a

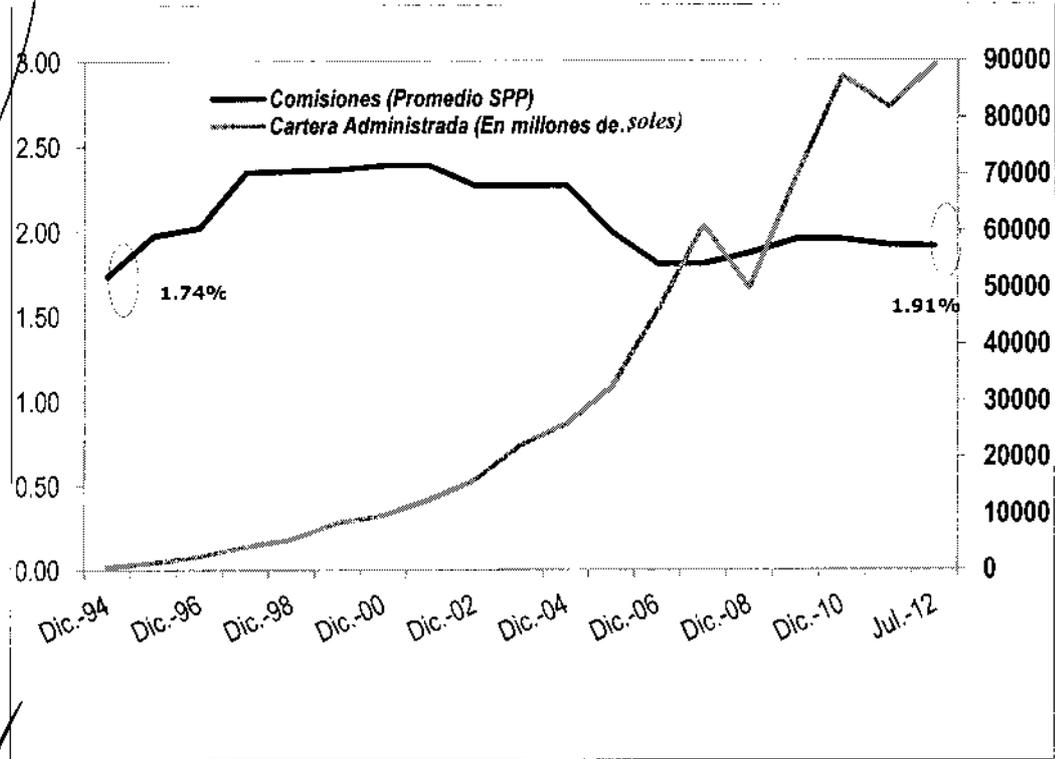


una AFP con el objeto de que ésta administre y, en su caso, aumente su fondo pensionario. Sin embargo, la teoría económica cuestiona cómo puede el actor principal estar seguro de que el agente actuará realmente de acuerdo a sus intereses. En ese sentido, se distinguen hasta tres diferentes perspectivas para dar respuesta a esta interrogante, basadas en mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos. El primero está referido a la supervisión que ejercería el actor principal o un sujeto y/o entidad especializada en la materia sobre el agente, con el objeto de que observe su labor y señale ciertas pautas a seguir (en mayor beneficio del principal), que en el caso concreto es la SBS, que ha cumplido con dicha labor al supervisar a las AFP que operan en nuestro mercado. La cooperación pretende que tanto principal como agente resulten beneficiados con su relación contractual, obteniendo de ella lo que desean, por lo que el principal exigiría un cobro adecuado de comisiones, además de una correcta administración e incremento de su fondo pensionario, mientras que una AFP exigiría, en cambio, mayor autonomía y mejores comisiones y/o incentivos.

27. En el tema materia de análisis, mayor importancia adquiere el mecanismo de los incentivos. El actor principal podría obtener algunos indicadores respecto del esfuerzo, interés y motivación del agente, a partir de la contribución de un incentivo a este último. Si el agente toma sus riesgos y consigue un mayor ingreso, corresponderá también que su comisión se incremente. En caso de que no tome riesgo alguno, su retribución no sería tan alta como en el caso de que sí lo obtuviera. En este aspecto en particular, un incentivo lo constituye, por ejemplo, el proceso de licitación pública que ganará la AFP que ofrezca una menor comisión, según dispone la ley impugnada. Aparte de la afiliación compulsiva a través de una licitación, se sustenta en el sistema de comisión por saldo, donde el afiliado tiene la seguridad de que la AFP a la que contrató, administrará e incrementará su fondo pensionario, a partir del cual este último cobrará su comisión por los servicios prestados, tal como se explicará *infra*.
28. La realidad también nos puede dar una pauta sobre la falta de coherencia entre las comisiones cobradas a los trabajadores afiliados y los beneficios de las AFP. El primero de los gráficos a presentar es el referido a la relación existente entre las comisiones y el crecimiento de los fondos de pensiones. En él se observa que si bien los segundos han aumentado ostensiblemente lo que debió devenir en menores comisiones, éstas casi se han mantenido en el tiempo, incluso con un cierto grado de aumento.



Gráfico 6.- Evolución de comisiones y fondo de pensiones. De 1994 al 2012

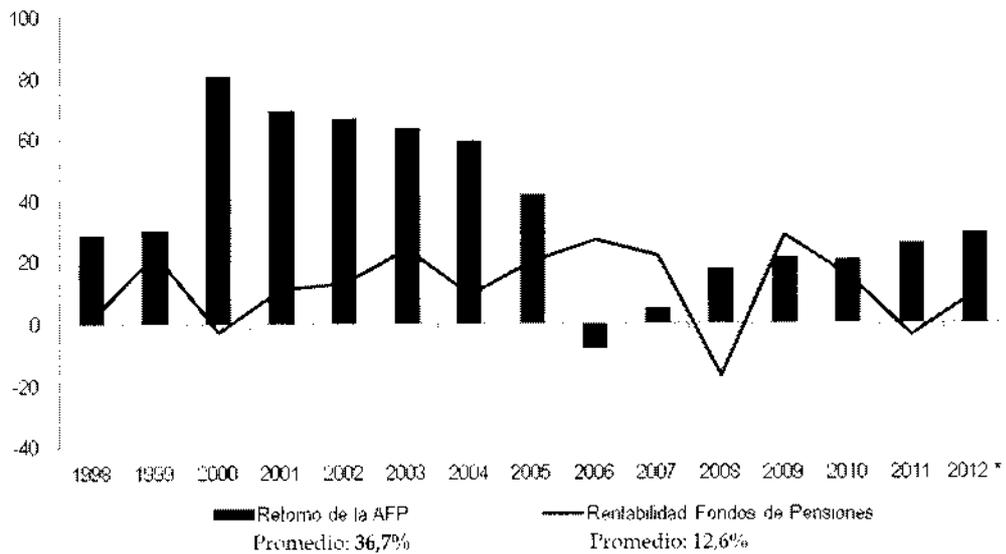


Fuente: SBS

29. Otro gráfico, al cual se regresará más adelante, es el que demuestra la poca relación entre la rentabilidad de los fondos y los rendimientos de las AFP. En un horizonte temporal menor (a diferencia del anterior que parte de 1994, en éste va desde 1998), se puede observar que las cifras demuestran que en promedio los retornos de las AFP durante la última década y media han crecido en un volumen importante, en cierta forma relacionados con el cobro de las comisiones por administración de las cuentas individuales, mientras, por su lado, los fondos de los afiliados nunca se han desarrollado a su ritmo.



Gráfico 7.- Evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos. De 1998 al 2012



Fuente: SBS

30. De lo expresado, el interés de los usuarios por pagar menores comisiones avalaría, a juicio del Tribunal Constitucional, una intervención como la precisada en la cuestionada Ley 29903. Tras determinar que dicha finalidad resultaría constitucionalmente legítima, es válido afirmar que la licitación por dos años de las cuentas individuales de los nuevos afiliados cumpliría objetivos acordes a la Norma Fundamental.

A.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOLUCRADO

31. Determinados los objetivos, corresponde a este Colegiado definir cuál es el derecho fundamental que está en juego. En una demanda se plantea únicamente la vulneración de la libertad de contratar y la otra alega tanto la violación de ésta como la del derecho al acceso a la pensión.

(a) Entre libertad de acceso a la pensión y libertad de contratación

32. En su jurisprudencia, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el acceso a la pensión y la libertad de contratación. Parte de señalar que si bien la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, en vista de que las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo (STC 0050-2004-AI/TC y otros), en el caso de la afiliación al sistema privado, existe un contrato que rige la relación entre la AFP y



sus afiliados. Al respecto, expresa que *“La invocación a la libertad contractual supone (...) un mecanismo que favorece un fin específico, esto es la consolidación del SPP. Sin embargo, la Constitución no ha establecido ninguna disposición que reconozca tal preferencia, pese a que en la situación reinante en la década pasada pudo aceptarse la promoción de las afiliaciones. La neutralidad en la actividad económica del Estado en este tema resulta indispensable, puesto que toda vez que existen entes públicos y privados compitiendo en el mercado, cualquier medida legislativa que intervenga para favorecer determinado sistema, puede eventualmente ser considerada contraria a tal neutralidad. Por su parte, el libre acceso a las prestaciones de pensiones supondría la posibilidad de que el recurrente consiga mayores beneficios tangibles en el disfrute de su derecho a la pensión. En consecuencia, el optimizar el libre acceso a la pensión permite mayores ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada principio (...)”* (fundamento 34.d de la STC 1776-2004-AA/TC).

33. Frente a este argumento, el procurador público del Congreso niega cualquier vulneración al libre acceso a la pensión por considerar que su contenido no salvaguarda la elección dentro del sistema privado, sino únicamente la elección entre este sistema y el público (contestaciones de demanda). No puede alegarse, *ergo*, la vulneración del artículo 11 de la Constitución porque la ley impugnada no implica la elección de una determinada AFP. Sustenta su postura en que la STC 1776-2004-AA/TC en su fundamento 17 efectivamente habla del ‘acceso a los sistemas de pensiones’, redacción que le hace suponer lo que asevera.
34. Esta interpretación, no obstante, es antojadiza y equívoca. Con cargo de ser explicado en el siguiente punto de la presente sentencia, la STC 1776-2004-AA/TC importa la posibilidad de elegir a cuál AFP el trabajador va a afiliarse dentro del sistema privado de pensiones, si bien requiere la firma de un contrato, implica necesariamente el ejercicio del derecho al libre acceso a las pensiones. Por tanto, constreñir al bolsón de nuevos afiliados al sistema a afiliarse a la AFP que gane la licitación implicaría una coacción irregular a su capacidad de decidir sobre la entidad que desea que administre su cuenta individual de capitalización (CIC) con base en el aludido artículo 11.
35. De lo afirmado, no es que sea impropio alegar que la norma impugnada está afectando la libertad de contratar. Según este derecho, la persona puede *“(...) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*, resultando importante añadir que *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”* (artículos 2.14 y 62 de la Constitución). Este derecho, basado en la autonomía de la voluntad, incluye la *“(...) libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata (...)”* (fundamento 2 de la STC 2185-2002-AA/TC), además de contener la autodeterminación de los afiliados de poder elegir al cocelebrante del contrato (STC 1535-2006-PA/TC).



36. Pese a esta explicación, a juicio de este Colegiado, si bien la decisión sobre con quién los nuevos afiliados contratan está involucrada en la licitación de las cuentas, el análisis debe realizarse a partir del libre acceso a las pensiones, en virtud de la especial obligación del Estado a la supervisión del eficaz funcionamiento del sistema, previsto en el artículo 11 de la Constitución y en el deber que tiene de promover el bienestar general fundamentado en la justicia, según el artículo 44 de la Constitución, lo cual hace diferenciar la afiliación a una AFP de cualquier otro contrato.

(b) La libertad de acceso a la pensión como parte del derecho a la pensión

37. Definido el derecho fundamental en juego (el libre acceso a las pensiones) es preciso efectuar una mayor explicación acerca de su contenido. De conformidad con el artículo 11 de la Constitución, “El Estado garantiza el libre acceso (...) a pensiones (...)”, norma jurídica de textura abierta que consagra un derecho fundamental, como principio desde la teoría argumentativa, de configuración legal, cuya finalidad central es posibilitar al individuo a cubrir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’ cuando concluya su etapa productiva-laboral (STC 0050-2004-AI/TC y otros), un seguro contra diversos riesgos, en particular contra la incertidumbre por la expectativa de vida luego del retiro del mercado laboral por edad avanzada. Como derecho social, la pensión se considera como un derecho de configuración legal (STC 1417-2005-PA/TC), no una limitada norma programática (STC 0050-2004-AI/TC y otros), sino que engloba una serie de medidas por parte del Estado. A partir de esta interpretación constitucional emana la intervención pública en materia previsional.

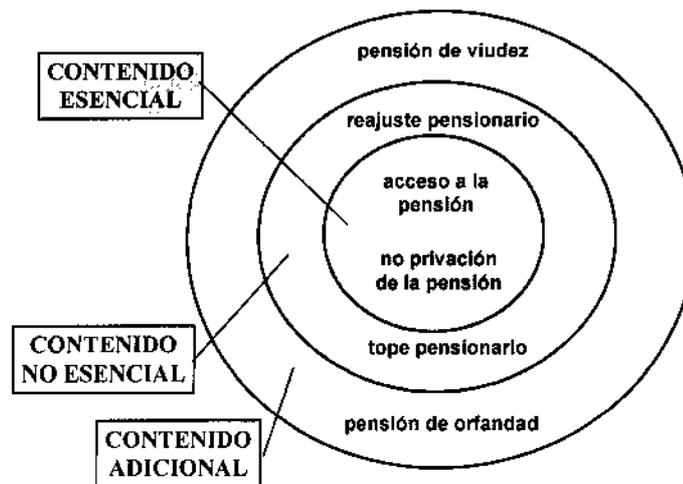
38. La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona “(...) frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama 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 y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos (STC 0011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia, expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social.

39. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la pensión tiene sus fundamentos en los principios de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), de igualdad

(artículo 2.2 de la Constitución), de solidaridad (STC 0011-2002-AI/TC), de progresividad (artículo 2 de la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) y de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución).

40. El derecho fundamental a la pensión, a juicio de la STC 0050-2004-AI/TC y otros, tiene un triple contenido: uno esencial (acceso a la pensión, no ser privado arbitrariamente de ella y pensión mínima vital), uno no esencial (compuesto por los topes y los reajustes pensionarios) y uno adicional (beneficiarios). El concepto del contenido esencial, proveniente de la teoría de derechos fundamentales, y afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, es trasladado posteriormente al ámbito procesal, a partir del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, configurándose el contenido constitucionalmente protegido del derecho, desarrollado por la STC 1417-2005-PA/TC (fundamento 37), conformado por el libre acceso al sistema, la obtención de una pensión y el mínimo vital.

Gráfico 8.- El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Propia (STC 0050-2004-AI/TC y otros)

41. Más allá de otros bienes y derechos constitucionales que pueden tutelarse indirectamente -como la igualdad-, la protección del derecho fundamental a la pensión en sede constitucional se encuentra constituida por lo siguiente:
- El acceso a un monto pensionario (STC 0050-2004-AI/TC y otros), cuando tras culminar su etapa laboral cumpla con los requisitos exigidos por las disposiciones legales (STC 1417-2005-PA/TC).



- No ser privado arbitrariamente de la pensión (STC 0050-2004-AI/TC y otros), que incluye la protección ante las injustificadas suspensiones y nulidades de la pensión (interpretación extensiva de la STC 1417-2005-PA/TC).

Contar con una pensión mínima vital, ligado al principio de dignidad. Si bien se basa en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho (STC 0050-2004-AI/TC y otros), para el caso de los procesos de tutela de derechos se prefirió establecerlo en un monto fijo, que asciende a S/. 415,00 (STC 1417-2005-PA/TC). La problemática de la diversidad de montos establecidos para la pensión mínima en los sistemas previsionales en el país se encuentra en la STC 0659-2007-PA/TC.

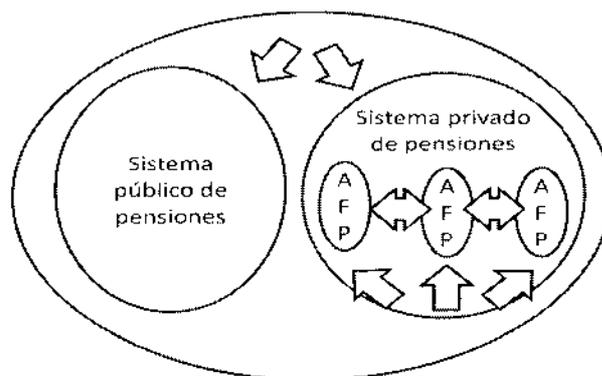
- El libre acceso por parte de los trabajadores a los sistemas previsionales, de acuerdo al régimen laboral en que se encuentre (STC 1417-2005-PA/TC).

42. Este Tribunal ha desarrollado en diversas sentencias el contenido del derecho al libre acceso a las pensiones a partir del artículo 11 de la Constitución que, como ya se indicó, a la letra señala lo siguiente: “*El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de (...) a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (...)*”. En la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado definió como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el derecho-regla del acceso a la pensión, bajo el signo de una universalidad reinterpretada como ‘proceso de generalización’, concepto precisado en la STC 1417-2005-PA/TC, al señalar que no sólo incluye el obtener un monto pensionario sino también ser parte de un régimen de aportación dentro de un sistema previsional en calidad de afiliado (fundamento 37.a).

43. Posteriormente, se amplía dicho contenido al sistema privado en vista de que en las precitadas sentencias hacían referencia con exclusividad al sistema público. Según la STC 1776-2004-AA/TC, el sistema privado no implica una afiliación forzosa, sino un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público. La afiliación implica una decisión racional por parte del trabajador de optar por qué tipo de ahorro desea: un ahorro colectivo en el sistema público o uno privado, en el sistema privado. Permitted que las personas puedan moverse entre los sistemas público y privado, según las reglas establecidas en la STC 1776-2004-AA/TC y en la STC 0014-2007-PI/TC. El libre acceso a la pensión, por tanto, incluía la libre elección de la AFP de los afiliados, argumento que justamente sirvió para ampliar su contenido al del retorno parcial, que se estableció bajo las causales de ausencia de información, de titularidad no ejercida y de los trabajadores cuya labor implica riesgo para la salud y la vida (STC 1776-2004-AA/TC; STC 7281-2006-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC), situación reconocida en su momento por la Ley 28891 y la Resolución SBS 11718-2008.

44. Dentro del libre acceso a las pensiones se incluye la libre afiliación a una AFP. En la mencionada STC 1776-2004-AA/TC, si bien amplía el concepto del libre acceso a las prestaciones, por la naturaleza de lo impugnado en ese caso (el retorno de los aportantes del sistema privado al público), señala que tal derecho-regla incluye justamente la libertad de traslado entre los sistema público y privado, incluso estableciendo que es constitucional el plazo de 10 días para la elección, pero deben estar plenamente informados siguiendo el artículo 65 de la Constitución (STC 0014-2007-PI/TC). En ningún momento de la sentencia expresa, como lo afirma el demandado, que éste es el único contenido del derecho. Incluso, para justificar este traslado se basa en “(...) las posibilidades que sí han sido aceptadas dentro del ámbito legal”, dentro de las cuales se encuentra el traslado dentro del sistema privado, la misma que se expresa en que “(...) el afiliado está en la capacidad de cambiar de AFP en el momento que así lo decida (...)” (fundamento 25 de la STC 1776-2004-AA/TC). De esta forma, desde la precitada sentencia, el Tribunal ha venido reconociendo que el libre acceso a la pensión también incluye la posibilidad de que el trabajador pueda optar no sólo por uno de los sistemas pensionarios, sino que también, en caso de haber escogido el privado, por la AFP en la cual va a estar afiliado.

Gráfico 9.- El contenido del derecho fundamental al libre acceso a la pensión



Elaboración: Propia

A.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN PENSIONARIA A TRAVÉS DE LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA

45. Los congresistas demandantes alegan que el artículo 7-A impugnado atenta contra la Constitución “(...) en la medida que el afiliado se verá obligado a afiliarse a la AFP que ofrezca la menor comisión violando su derecho a que él pueda elegir libremente a qué AFP desea afiliarse en función a sus preferencias y criterios personales, resulta a todas luces inconstitucional, pues está direccionando su afiliación hacia una determinada AFP aun cuando fuera por tiempo determinado (24 meses)” (acápito 4.1 de la demanda). Esto significa, a juicio del congresista



don Javier Bedoya de Vivanco, que se está reconociendo “(...) un acceso orientado, dirigido, encasillado” (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

(a) La afiliación obligatoria como medida de interferencia limitada

46. Con relación al examen de la ley impugnada, es preciso señalar lo que el legislador democrático consideró como la mejor manera de proteger los objetivos constitucionales que la afiliación obligatoria buscaba. En el debate realizado en el seno de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, se dieron opciones distintas a la afiliación obligatoria temporal para lograr los objetivos constitucionales propuestos:

- En caso de comprobarse el abuso de la posición oligopólica, el Estado estaría habilitado a la fijación de precios, línea utilizada para proponer que “(...) intervenga el Estado para establecer cuánto tienen que cobrarnos por comisiones (...)”, referido a una comisión *flat* mínima que cubran los gastos de las AFP por administrar los fondos más una por éxito (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).
- También se plantea que la comisión se fije vía un *default* legal, planteado “(...) para que sea cada cuatro meses, cerrando en abril, en agosto y en diciembre, donde la Superintendencia de Banca y Seguros indicará cuál es la AFP de menor costo, y ahí se irán los trabajadores automáticamente por default, siempre que, obviamente, no opinen lo contrario” (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde).
- Por último, también se barajó la posibilidad de que las AFP puedan devolver las comisiones cobradas si incumplen la política de inversión (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

47. La obligatoriedad de las personas para que pertenezcan a un determinado sistema previsional, tal como está establecido en la STC 1417-2005-PA/TC, se da porque hay circunstancias que preceden a este tipo de intervención pública, máxime si deben atacarse situaciones incompatibles con los valores y principios constitucionales (STC 0014-2007-PI/TC). Si bien el Estado colabora y orienta la libre iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución), a través del diseño de políticas públicas que fomenten un desarrollo equilibrado de la sociedad, se constriñe a contrarrestar las fallas del mercado.

48. Si todo trabajador guardase de manera planificada y racional la mayor cantidad de dinero posible durante su vida laboral en alguna de las entidades existentes para



administrar sus fondos, la intervención pública, de forma directa (administración) o indirecta (supervisión), tendría escasa justificación. Pero la realidad ha demostrado que la situación fáctica supera a la ideal. La decisión de la persona para reservar parte de su sueldo para su jubilación se ve mediatizada por una función de utilidad, que depende de la tasa de sustitución intertemporal y la tasa de descuento, que hace que la mayoría de veces el trabajador termine valorando la utilidad futura como menor que la presente, realizando un ahorro nulo. El nivel de provisión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuándo subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro. Por ello, tomando en cuenta las distintas fallas del mercado que están en juego, especialmente la asimetría informativa (artículo 65 de la Constitución), y dentro de ella, la aversión al riesgo, se produce una intervención a través de la obligatoriedad del ahorro, la misma que toma en cuenta la complejidad de la planificación, reflejada no sólo en la incertidumbre en la esperanza de vida, sino también en el costo económico y el tiempo para calcular cuál sería el ahorro necesario.

49. La intervención pública previsional debe cumplir con diversos objetivos mínimos indispensables, de corte social y económico, coherentes con los elementos del derecho fundamental a la pensión desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo señalado por la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra en 2011, a través del Informe Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, referida a los objetivos principales de la seguridad social:

- Aumentar el nivel de cobertura, en vista de que un sistema pensionario ha de lograr el máximo grado posible de protección al segmento de la sociedad en la última etapa de su vida tras cumplir su ciclo laboral y luego de una trayectoria razonable de aportaciones, especialmente si se encuentran en una eventual situación de desprotección. Este objetivo está en correlación con el acceso a las pensiones, establecido en la STC 1417-2005-PA/TC.
- Lograr un monto adecuado de pensiones, es decir, que las prestaciones de los pensionistas sean suficientes para cubrir las necesidades de dicha población durante la vejez, a través de un alto nivel de ahorro y de rendimiento del fondo, en términos de la sustitución que implica la pensión con relación a la remuneración recibida mensualmente por la persona en su época de trabajador, concepto relacionado con la transferencia de la capacidad adquisitiva individual de los periodos activos a los pasivos, que suaviza el consumo a lo largo del ciclo de vida. Este objetivo surge de la dignidad pensionaria que redundaría en una pensión mínima, según la STC 0050-2004-AI/TC y otros.
- Distribuir el ingreso de los pensionistas, con transferencias desde los sectores con mayores ingresos hacia los de menores, lo que implicará mitigar la pobreza en la población adulta mayor. Este objetivo tiene sustento en el principio de solidaridad establecido en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.



- En vista de que se ha convertido en el más importante programa de transferencias de renta del sector público, procurar que el sistema sea sostenible, sin déficit de financiamiento. Este objetivo surge del principio de sostenibilidad financiera establecida en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.

Adicionalmente, el diseño de la intervención pública estriba en que el trabajador activo pueda ahorrar para conseguir los fondos necesarios en su etapa de descanso. Por tal razón, una adecuada política pública en materia previsional debe tener también como objetivo:

- Posibilitar que la mayor cantidad de personas en edad de trabajar puedan encontrarse afiliadas a los sistemas previsionales existentes en el país y que puedan aportar dentro de él. Este principio tiene sustento en la ampliación del sentido del libre acceso a las pensiones, fijado en la STC 1417-2005-PA/TC y la promoción del ahorro por parte del Estado, establecido en el artículo 87 de la Constitución.

50. Por tanto, si se consideraba que el mercado previsional privado debía ser dinamizado, era preciso ampliar la cobertura para que se incremente el poco más del 10% de la PEA ocupada que aproximadamente conforma el mercado, lo cual hubiese permitido el ingreso de nuevos operadores y con mayor competencia lo cual tendría como consecuencia que las comisiones tenderían a bajar. En esta línea, es de resaltar que la impugnada Ley 29903 recoge nuevos supuestos de afiliados, como son los independientes que no superan los 40 años (artículo 8) y los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, a través de la nueva regulación sobre el Sistema de Pensiones Sociales (artículo 3, que modifica el Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente). Adicionalmente para que aumente la PEA ocupada formal es preciso que se proponga una reforma laboral completa, congruente con una reforma pensionaria global, que incluya los diversos pilares de forma ordenada y coordinada, para que en vez de medidas parciales se propongan un cambio sustancial en la vida de los adultos mayores pensionistas. Asimismo, para mejorar el monto adecuado de las prestaciones a recibir, sobre todo en el ámbito del mercado pensionario privado, es preciso que también se debata una reforma del mercado financiero, especialmente de capitales para que, respetando los aportes realizados por los trabajadores afiliados a una AFP, por estar protegidos por el derecho a la pensión y la garantía institucional de la seguridad social, la rentabilidad del fondo tenga la posibilidad de crecer lo más que sea posible.

51. Frente a estas propuestas, sin embargo, la mayoría de la Comisión Permanente optó por aprobar la licitación obligatoria. A través de ésta, se produce una especie de intromisión al derecho al libre acceso a las pensiones, la cual es temporal, no para toda la vida laboral del afiliado. Sobre el tema, el entonces viceministro de Economía, don Fernando Toledo Arburúa, expresó que *“El Banco Central de Reserva (BCR), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la*



Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) han afirmado que este es el mecanismo idóneo para generar competencia pues además se aplica en Chile y favoreció una reducción de las comisiones en ese país, pero los congresistas consideran que esto no es así” (Vid. <http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/mef-afirma-que-comisiones-de-afp-peruanas-son-las-mas-altas-de-la-region>). Como lo precisa el Poder Ejecutivo, con esta fórmula se “(...) evita que algún operador intente ‘descremar’ el mercado al intentar seleccionar, mediante estrategias de marketing, a los afiliados de menor perfil de riesgo (...)” (acápito 1.1.2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE).

- 52. El término de la licitación, según lo establece el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, es únicamente de 24 meses, es decir, sólo durante ese lapso el afiliado está impedido de cambiar de AFP. Transcurridos los dos años establecidos en la ley se habilita nuevamente la libre elección de la pensión por parte del trabajador. Una limitación de este tipo implica una injerencia media sobre el derecho fundamental involucrado, sobre todo si hay objetivos que cumplir.
- 53. En vista de que el proceso de licitación ya fue llevado a cabo, corresponde revisar qué ha pasado en la realidad y ver qué tanto se han cumplido las metas previstas. En julio de 2012 fue publicada la impugnada Ley 29903, y fue en octubre cuando se aplicaron las normas para la primera asignación (prelicitación) de los nuevos incorporados entre el 24 de setiembre y el 31 de diciembre de 2012, sin admitirse aún el ingreso de nuevos operadores al sistema. La asignación era un “(...) procedimiento mediante el cual los trabajadores que se incorporen al SPP, son afiliados a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración del fondo de pensiones, de que trata el inciso a) del artículo 24 de la Ley del SPP, por un plazo de permanencia obligatorio determinado y sujeto a los mecanismos de salida que se determinen según ley y reglamentaciones correspondientes” (artículo 3.d del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Pensiones, incorporado por Resolución SBS 6641-2012). La asignación fue otorgada a AFP Prima, que redujo su comisión por remuneración de 1,75% a 1,60%. El proceso originó asimismo la disminución de las comisiones promedio por remuneración aplicadas por las demás AFP, reduciéndose de 1,91% a 1,83%.

Cuadro 3.- Impacto de la asignación de AFP sobre las comisiones por flujo. A setiembre de 2012

AFP	COMISIÓN ANTES DE LA REFORMA	COMISIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA
Profuturo	2,14%	2,10%
Horizonte	1,95%	1,89%
Integra	1,80%	1,74%



Prima	1,75%	1,60%
Promedio simple	1,91%	1,83%

Fuente: SBS (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>)

54. Siguiendo las reglas establecidas en el Decreto Supremo 137-2012-EF, en diciembre de 2012 se realizó la primera licitación de afiliados. Fue la AFP Hábitat, ingresante al mercado, a la que se le consideró adjudicataria del bolsón de afiliados, al ofrecer la comisión mixta más baja. En la actualidad, los nuevos afiliados seguirán ingresando automáticamente a AFP Prima, que ganó un proceso de asignación hasta que la AFP Habitat esté constituida y entre en operaciones.

Cuadro 4.- Impacto de la asignación y licitación de AFP sobre las comisiones por flujo y mixta.

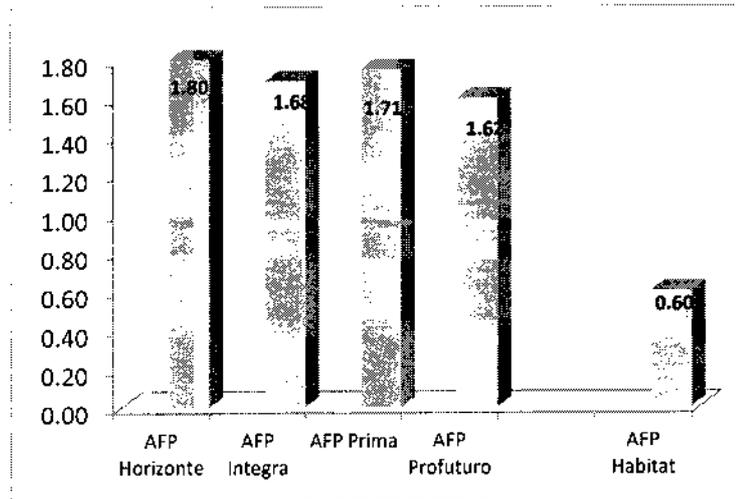
AFP	COMISIÓN POR REMUNERACIÓN			COMISIÓN MIXTA	
	Antes de la reforma	Después de la asignación	Después de la licitación	Propuesta de comisión por remuneración	Propuesta de comisión anual por saldo
Profuturo	2,14%	2,10%	1,84%	1,49%	1,20%
Horizonte	1,95%	1,89%	1,85%	1,65%	1,40%
Integra	1,80%	1,74%	1,74%	1,55%	1,20%
Prima	1,75%	1,60%	1,60%	1,51%	1,90%
Habitat				0,47%	1,25%
Promedio				1,33%	1,39%

Fuente: SBS

55. Como puede observarse, la AFP Hábitat ha podido ingresar al mercado tras obtener una cartera inicial de afiliados que ha aumentado de manera significativa el atractivo de entrar a la industria sin que ello haya significado que se detone una guerra comercial destructiva. Gracias a la norma impugnada, obtuvo una masa crítica, *critical mass*, que es el volumen de producción mínimo necesario para entrar a competir, suficiente como para ingresar al mercado previsional privado.

56. Del cuadro anterior se puede colegir que la reforma del sistema privado ha logrado que, al ingresar una nueva AFP, ésta ofrezca una comisión sobre el flujo equivalente a la tercera parte del promedio de lo que cobran las otras AFP.

Gráfico 10.- Impacto de la primera licitación en la comisión por flujo



Fuente: SBS

57. De manera simultánea, el proceso de licitación ha permitido una segunda disminución de la comisión por remuneración. Así, la comisión por remuneración en el sistema pasó de 1,83% a 1,76%, debido a que AFP Profuturo y AFP Horizonte bajaron sus comisiones, de 2,14% a 1,84% en el primer caso y de 1,89% a 1,85% en el segundo. Recientemente, en mayo de este año, AFP Integra ha anunciado que su comisión por flujo bajará a 1,60%, disminuyendo la comisión mixta a 1,45%.
58. Así como los datos fácticos parecen dar razón al demandante respecto del efecto que tendrían las normas impugnadas con relación a la reducción de las comisiones, aunque es muy complejo el análisis relativo a la comisión mixta, el argumento de que con la licitación también habría dinamizado la competencia, en el mercado previsional privado, en un primer momento fue comprobado. Tal como se acaba de mencionar, AFP Hábitat ganó la licitación y se encuentra presta a ingresar al mercado, y recientemente la SBS le autorizó su funcionamiento, por un procedimiento de vía rápida, *fast track*. Sin embargo, en los últimos días, AFP Horizonte ha sido traspasada por partes iguales a AFP Profuturo y AFP Integra, por lo que el mercado en estos momentos está compuesto por tres operadores y próximamente otra vez por cuatro.

(b) La comisión como única consideración para la afiliación

59. De las disposiciones impugnadas fluye que la licitación tiene como referencia únicamente el pago de comisiones, es decir, el Estado se subroga en el lugar del trabajador sólo observando la comisión a ser cobrada por la AFP. Esta decisión puede ser cuestionada por tomar en cuenta únicamente para la licitación uno de



los criterios que los trabajadores deben analizar cuando deciden a qué AFP afiliarse o a cuál trasladarse.

60. Es preciso recordar que este Colegiado ha precisado que hay que tomar en cuenta que el sistema privado implica un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público (STC 1776-2004-AA/TC). Asimismo, siguiendo lo establecido en el artículo 65 de la Constitución, este Tribunal también expresó que el Estado está obligado a proteger la “seguridad” del usuario, “(...) una de cuyas manifestaciones, desde luego, es la seguridad jurídica que debe estar presente en el momento de su afiliación a su sistema previsional, en el correcto entendido de que debe contar con todos los elementos de juicio relevantes que le permitan pronosticar el goce de un quantum pensionario acorde con el principio-derecho fundamental a una vida digna que dimana del artículo 1 constitucional” (fundamento 18 de la STC 0014-2007-PI/TC).
61. Que la Ley 29903 se haya fijado como criterio privativo para subrogarse en el lugar del trabajador la búsqueda de menores comisiones, parece no ser coherente con lo establecido por el fundamento transcrito. Por tal razón, las normas impugnadas deben ser interpretadas juntamente con el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903. Según este dispositivo, “Los trabajadores que se hayan incorporado a la AFP adjudicataria, solo podrán traspasarse a otra durante el período de permanencia obligatorio, cuando aquella se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) La rentabilidad neta de comisión por tipo de Fondo de la AFP adjudicataria sea menor al comparativo del mercado (...)”.
62. Junto con la comisión, el legislador se preocupó indirectamente no sólo por la comisión a pagarse sino también por la rentabilidad neta de comisión. Un segundo elemento está tomando en cuenta el Estado para decidir por el trabajador, en la idea de que de esta forma se protegen mejor sus intereses. En caso de que dicha rentabilidad sea inferior al *benchmark* del mercado, la obligatoriedad de la afiliación desaparecería. Esto es lo que el demandado llamó “limitación relativa”. El Poder Ejecutivo, en dicho sentido, precisó que “(...) esta medida rompe la inercia del mercado al instaurar un mecanismo que replique un ambiente en donde la demanda responde a atributos deseables del mercado (baja comisión y alta rentabilidad)” (acápito 1.1.1 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE). Esta postura es compartida por un economista dedicado a la investigación en una reconocida universidad nacional, quien aconsejó a los nuevos afiliados fijarse en la rentabilidad en vez de en la comisión, pasado el plazo de permanencia obligatorio, pues “Un punto de aumento en la rentabilidad hace que la pensión suba como diez, mientras que un punto de reducción en la comisión que se cobra va a afectar muy poco la pensión. Por ello, prefieran ir a la AFP que tenga más rentabilidad y no a la que cobre menos” (Vid. <http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028>).



63. La gran pregunta que fluye en este momento es cómo puede enterarse el trabajador de que la AFP adjudicataria de su CIC no cumple con el estándar antes explicado. Genéricamente, se ha establecido en la Décimo Octava Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, una mayor responsabilidad de las AFP. Se les exige mejores esquemas de orientación e información a los “trabajadores efectivamente afiliados” al ser ésta una “(...) una condición de exigencia de la provisión del servicio” (acápito d).
64. A juicio de este Colegiado, la única forma en que las normas impugnadas sean declaradas constitucionales es que el afiliado sea adecuadamente informado sobre la situación de sus fondos, por lo que una medida como ésta es juzgada como insuficiente. Para ello, el Estado, como sujeto pasivo del derecho a la pensión, debe asumir ciertas obligaciones y responsabilidades constitucionales tales como las establecidas en el artículo 87 de la Constitución que reconoce a la SBS su calidad de ente contralor de las empresas administradoras de fondos de pensiones (STC 1776-2004-AA/TC). Esta responsabilidad es coherente con la asignada en el artículo 11 de la Constitución.
65. En el caso de la información requerida, esta exigencia a favor de los usuarios, prevista en el artículo 65 de la Constitución está en relación directa con el derecho fundamental a la información, previsto en el artículo 2.4 de la misma. La información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho, pues a partir de ella la población tendrá el conocimiento como para aprender a discernir y tomar las decisiones más adecuadas en su vida, habiéndose configurado como la piedra angular de la democracia (Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5, Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas) y del mercado (STC 1776-2004-AA/TC).
66. Cuando una persona ingresa al portal de la SBS (*Vid.* <http://190.102.151.31/0/home.aspx>) y da *click* en el botón Sistema Privado de Pensiones, encuentra una serie de datos, a saber: Variables SPP, Valorización de Instrumentos, Productos Previsionales y Multifondos. La pregunta que correspondería hacerse es cómo dentro de esa amplia gama de referencias, útiles sin lugar a dudas, podrá guiarse para decidir si la rentabilidad neta de comisión de la AFP a la cual fue afiliado compulsivamente es inferior al *benchmark* del mercado. Todo puede resultar confuso para los nuevos afiliados, no familiarizados con los conceptos utilizados por el sistema privado.
67. Por tal razón, hay que tener en cuenta la posición constitucional de la SBS, que como garante de las pensiones en el ámbito privado, le corresponde un rol activo en el sentido de informar a los nuevos afiliados, más allá de lo que las AFP puedan realizar. Por ello se le exige que cumpla esta función de la siguiente manera:



- Que la información que provea sea objetivamente veraz y suficiente con relación a todos los aspectos relevantes de cada sistema. Se sigue en este punto lo señalado en la STC 0014-2007-PI/TC.
- Que la información sea de sencillo acceso en su portal (www.sbs.gob.pe).
- Que la información sea de fácil comprensión para todos los afiliados.

68. Coherente con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, a entender de este Colegiado se debe interpretar los artículos 1 y 2 de la Ley 29903, en la parte que modifica e incorpora los artículos 6 y 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referida a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la AFP adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido en el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, de acuerdo a la información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión brindada por la SBS. Ello no significa, en modo alguno, un riesgo para las inversiones llegadas al país luego de la primera licitación.

B. COMISIÓN POR SALDO

Normas impugnadas

69. Los accionantes solicitan que sea declarada la inconstitucionalidad del artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, referido a la Retribución de las AFP, que expresa que *“Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución establecida, de acuerdo al siguiente detalle: (...) d) Solo para el caso de los nuevos afiliados de la AFP adjudicataria de la licitación a que se refiere el artículo 7-A, se aplicará: Por la administración de los aportes obligatorios a que se hace referencia en el inciso a) del artículo 30, una comisión integrada por dos componentes: una comisión porcentual calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado (comisión sobre el flujo) más una comisión sobre el saldo del Fondo de Pensiones administrado por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigencia de la primera licitación de que trata el artículo 7-A (comisión sobre el saldo). Si el afiliado no obtiene una remuneración asegurable o ingreso no se le aplicará el cobro de la comisión sobre el flujo (...). Una vez agotado el plazo a que hace referencia el presente artículo, solo se aplicará la comisión sobre el saldo (...). Para los afiliados existentes, resultará de aplicación una comisión mixta respecto de sus nuevos aportes, salvo que manifiesten su decisión de permanecer bajo una comisión por flujo, en los plazos y medios que establezca la Superintendencia (...).”*

*Alegatos de los demandantes*

70. Para quienes plantean la demanda de inconstitucionalidad, el cobro de la comisión sobre el saldo (fondos pensionarios de los afiliados), que es parte de la comisión mixta, atenta contra la intangibilidad de los fondos, pues la retribución que percibirán las AFP va a cobrarse a partir de las cuentas de cada afiliado, destinándose el fondo establecido en la CIC para un fin distinto al pensionario, además de contrariarse un régimen previamente contratado por los afiliados.

Alegatos del demandado

71. A juicio del apoderado del Congreso, en vista que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado, por lo que no vulnera ninguna norma constitucional.

B.1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

72. En la impugnada Ley 29903, los trabajadores afiliados retribuyen a las AFP a través de una comisión mixta, la misma que está compuesta por una comisión por flujo (remuneración) y una por saldo por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigor de la ley impugnada, con la tendencia a una reducción progresiva del porcentaje de la primera hasta su desaparición en el plazo de 10 años. La discusión se centra en la validez constitucional de la comisión sobre el saldo. Siguiendo los argumentos esgrimidos por el demandado para verificar la constitucionalidad de la medida, se pueden encontrar dos argumentos que la justifican, que son explicados a renglón seguido.

(a) Alinear intereses entre AFP y afiliados

73. En primer término, el demandado señala que, en el actual esquema de comisión por flujo, los intereses de las AFP y de los afiliados están en conflicto, pues los primeros buscan maximizar sus beneficios y, por el contrario, los segundos, desean maximizar su cuenta individual a fin de gozar de una mejor pensión al momento de jubilarse. Nada articularía los propósitos de ambos (contestación de demanda). Tal situación, a juicio de la Comisión de Defensa del Consumidor, se produciría debido "(...) a que independientemente de que las AFP generen ganancias o pérdidas al fondo (del afiliado) las AFP igual cobran. Es decir, las AFP no comparten con el afiliado los riesgos resultantes de su administración" (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012), lo cual facilita que se cobre "(...) un porcentaje de nuestro saldo independientemente del resultado" (intervención del congresista don Jaime Delgado Zegarra en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).



74. En el gráfico 7 presentado *supra*, referido a la evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos, desde el año 1998 hasta el 2012, se formulaba una necesidad de que los logros de AFP y de afiliados confluyeran. Como datos adicionales, se encuentra que la cartera de fondos previsionales a cargo de las AFP totalizó S/. 88.768 millones a junio del 2012, de los cuales S/. 87.881 millones corresponden al fondo de pensiones y S/. 887 millones al encaje, según datos de la SBS, de los cuales S/. 9.240 millones se encuentran en el fondo tipo 1; S/. 61.424 millones en el fondo tipo 2, y los restantes 18,105 millones están en el fondo tipo 3.
75. Bajo este presupuesto, la aludida comisión “(...) *incentiva a las AFP a una mejor gestión de los fondos y por lo tanto, alinea mejor los intereses de los trabajadores con los de las AFP (...)*” (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012). Es así como se estaría procurando una mejora sustancial en la situación del afiliado, que en tanto consumidor tiene derecho a ello (artículo 65 de la Constitución), lo que, a juicio de este Colegiado, puede considerarse un objetivo constitucionalmente admisible.

(b) Permitir mayor disponibilidad de remuneración

76. El accionado expresa también que con la norma impugnada se permite disponer de una mayor parte de la remuneración, “(...) *al liberarla del descuento correspondiente a la comisión que paga el nuevo afiliado, lo que beneficiará sobre todo a los trabajadores de menores ingresos*” (acápito IV.b de la contestación de demanda). Con este argumento, sería posible alegar que la comisión por saldo permitiría mejores condiciones de vida para los trabajadores. Si se toma en cuenta que el trabajo “(...) *Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*” (artículo 22 de la Constitución), una reducción en el cobro de tales comisiones involucraría mayor disponibilidad de dinero, máxime si “*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)*” (artículo 24 de la Constitución).
77. La comisión de cada nuevo trabajador que se afilie dependerá de cuánto pueda ahorrar en su CIC, tema que puede ser explicado desde la “teoría de generaciones superpuestas”, desde un punto de vista simplificado. Una persona vive en dos momentos distintos durante su vida desde que comienza a trabajar. En el primero, t , su juventud le permite trabajar, recibiendo w_t por salario, que es dividido entre consumo actual (c_t^y) y ahorro en una CIC para la siguiente etapa (S_t), es decir, $w_t = c_t^y + s_t$. El ahorro que realice dependerá de las preferencias, la restricción presupuestaria y la obligatoriedad, existencia, naturaleza y variedad de entidades administradoras de fondos. En el segundo periodo ($t+1$), que es el de la jubilación,



las personas ya no trabajan y viven de sus ahorros. Como época de descanso, el adulto mayor realiza un consumo (c_{t+1}^a), que es igual al ahorro previsional anterior más los intereses o beneficios, y al no existir un periodo $t+2$ ya no ahorra. En general, en esta época se observa que $s_t = c_{t-1}^a$.

78. En la comisión por flujo, del consumo actual (c_t^y), una parte es separada por el trabajador para destinarla al pago de la comisión (c_0'), que trae como consecuencia la reducción del consumo actual ($c_t^y - c_0'$). Sin embargo, en la comisión por saldo, ésta ya no es pagada del consumo actual, tal como fue señalado como justificación constitucional (permitir mayor disponibilidad de recursos), sino que se detrae del ahorro que va realizando la persona, por lo que el afiliado tendrá *prima facie* menor ahorro en su CIC ($s_t - c_0'$), lo que redundará en el momento en que el trabajador se convierta en jubilado, cuando su nuevo consumo ($n_{c_{t+1}^a}$) también se tendrá que reducir en la misma proporción: $n_{c_{t+1}^a} = c_{t-1}^a - c_0'$.
79. De lo observado, con independencia de si hay afectación a los fondos de la CIC, el objetivo constitucional de contar con mayor disponibilidad de remuneración, justifica la existencia de las normas impugnadas, que determinan la existencia de una comisión por saldo.

B.2. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL INVOLUCRADA

80. Del debate existente entre las partes del presente proceso, el centro de la discusión constitucional sobre la comisión por saldo estriba en si vulnera o no la intangibilidad de fondos pensionarios, a la vez de relacionar esta garantía institucional del derecho a la pensión con la propiedad sobre los fondos.

(a) La intangibilidad de los fondos pensionarios

81. Según el artículo 12 de la Constitución, "*Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles (...)*". De la lectura del diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, cabe advertir dos temas relevantes. El primero es el hincapié efectuado por los constituyentes en torno a la necesidad de que no se repitan experiencias gubernamentales anteriores en las que se dispuso indebidamente de estos fondos para fines distintos al pago de pensiones, tal como sucedió en los gobiernos de los años ochenta, donde dichos fondos fueron destinados a la construcción de carreteras, de infraestructura, entre otras materias. El segundo es la precisión en tanto que dicha intangibilidad no implica que los fondos "*(...) deban estar metidos en una caja fuerte (...)*", es decir que, "*(...) son intangibles en la medida en que no pueden ser utilizados para fines distintos para los cuales la ley los ha creado*" (Intervención del constituyente don Ricardo Marcenaro Frers en el pleno del CCD, de 1993).



82. El Tribunal Constitucional tampoco ha sido ajeno a explicar el contenido de la intangibilidad. En primer lugar, ha expresado que la intangibilidad a la que alude el artículo 12, siguiendo lo establecido en el artículo 11 constitucional, “(...) *tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (...)*” (fundamento 31 de la STC 0014-2007-PI/TC). También fue interpretado como una forma de intangibilidad de las pensiones adquiridas (STC 0001-2004-AI/TC y otro), postura jurisprudencial no aplicable en la actualidad luego de la reforma de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, validada por la STC 0050-2004-AI/TC y otros. Por último, ha expresado que no puede entenderse como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario de los recursos de un fondo particular legalmente constituido (STC 0014-2007-PI/TC), por lo que se afecta cuando el fondo público sirve para cubrir la pensión mínima en el sistema privado.
83. La intangibilidad de los fondos previsionales se entiende como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, tal como se dejó entrever en la STC 0050-2004-AI/TC y otros. En tanto posee una eficacia reforzada (STC 0005-2004-AI/TC), su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido. De otro lado, la garantía institucional, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal, que se convertirá en la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido (STC 0050-2004-AI/TC y otros).
84. Entenderla como garantía institucional, por tanto, posibilita que la intangibilidad de fondos previsionales tenga como objeto último proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago. La pregunta que cabe responder de forma genérica es si dentro del artículo 12 de la Constitución puede admitirse la retribución a la AFP como pago por la administración de los fondos. A juicio de este Colegiado, la respuesta no puede ser otra que positiva, en vista de que una correcta administración de los fondos previsionales redunde de manera directa en el otorgamiento de una pensión digna cuando el afiliado concluya su vida laboral, tal como lo exige el artículo 11 de la Constitución y la STC 0050-2004-AI/TC y otros.
85. A propósito, corresponde a este Colegiado dejar sentado que los fondos de las cuentas privadas previsionales no pueden ser objeto de apropiación de ningún tipo por parte del Estado, pues ello sí significaría un gravísimo atentado al artículo 12 de la Constitución. Por ejemplo, se vería afectada la intangibilidad de los fondos pensionarios si en el país se implementara una medida similar a la ocurrida en un país de la región, donde al crearse el Sistema Integrado Previsional Argentino se



eliminó el régimen de capitalización, el cual fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

86. Como parte de su defensa, el accionado expresó que el sistema público de pensiones ha venido utilizando recursos del fondo pensionario para solventar los gastos en la administración de dicho fondo y que esto no ha generado controversia en nuestro ordenamiento (contestación de demanda). En efecto, en el ámbito del sector público se ha seguido esta línea interpretativa. El artículo 39 de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, expresa que el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) constituye una de las entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social, que fue creado por el artículo 16 del Decreto Legislativo 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. Según la Ley 28532, uno de los recursos con los que cuenta la ONP, entidad rectora principalmente del régimen 19990, son las transferencias de fondos provenientes de los sistemas previsionales, por concepto de gastos de administración (artículo 9.2). A su vez, de conformidad con el Decreto Supremo 061-95-EF, elevado a rango legal por el artículo 11 de la Ley 26504, del Estatuto de la ONP, son recursos de ésta las reservas de los sistemas previsionales, dinero a ser utilizado con exclusividad para pagar las obligaciones pensionarias, los gastos inherentes al manejo de sus inversiones y los gastos de administración. Los gastos de administración de la ONP, por tanto, son pagados por el FCR.

87. En el ámbito privado, por su parte, a través de la Ley 29426 y su reglamento, Decreto Supremo 303-2009-EF, se ha admitido la devolución del 50% de los fondos acumulados en una CIC, a suma alzada, de aquellos afiliados dentro del Régimen Especial de Jubilación Anticipada, con por lo menos 55 años, cuando la pensión calculada no resultase igual o mayor a la Remuneración Mínima Vital. El fondo previsional, de esta forma, está siendo utilizado en forma distinta a la pensionaria bajo los estándares del Decreto Supremo 054-97-EF, es decir, para atacar el problema de la falta de ingresos de quienes se encuentran desempleados durante 12 meses o más. El objetivo del ahorro forzoso para obtener una pensión, en tanto entrega periódica de dinero por naturaleza, ha sido entendido de una forma laxa para beneficiar a un subconjunto específico distinto de personas afiliadas, sin tener edades avanzadas y sin cumplir con ciertos requisitos fijados por la ley. El concepto amplio de pensión, por tanto, tampoco contraviene el artículo 11 de la Constitución.

(b) Relación con el derecho a la propiedad de las pensiones

88. En relación con el tema antes analizado, también se alega que las normas impugnadas afectan el derecho a la propiedad sobre los fondos privados pensionarios. El derecho a la propiedad, establecido en los artículos 2.14, 2.16 y 70 de la Constitución, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, a través del cual el propietario puede servirse directamente del bien, percibir



sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la propiedad se “(...) *ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley*” (artículo 70), máxime si todos los derechos pueden ser objeto de limitación, restricción o intervención justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional (STC 0004-2010-PI/TC9). Al respecto, admitiendo su doble carácter, como derecho subjetivo y objetivo (STC 0050-2004-AI/TC y otros) debe resaltarse su función social.

89. Para los demandantes, “(...) *los aportes pensionarios son acumulados en la denominada ‘Cuenta Individual de Capitalización’ a favor del afiliado, lo que demuestra la naturaleza individual que tiene cada aporte y sobre el cual el afiliado es propietario en la medida que dichos aportes se incorporan al patrimonio de los pensionistas (...)*” (acápite 4.4. de la demanda), razón de más para sustentar la violación del derecho a la propiedad. Sin embargo, para el demandado, tal afirmación es incorrecta porque tanto en la comisión por flujo como en la comisión por saldo, “(...) *el pago es obligatorio porque no se deriva del acuerdo de voluntades (...) sino del poder del Estado para exigirlos, porque son indispensables para garantizar las pensiones de los afiliados*” (acápite IV.c de la contestación de demanda).

90. Se plantea la existencia de una relación entre propiedad y pensión, al señalarse que las personas adquieren “(...) *un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión*” (párrafo 103 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, del 28 de febrero de 2003) y habría titularidad patrimonial subjetiva sobre el fondo en clave de derecho adquirido (STC 0001-2004-AI/TC y otro). A pesar de tal afirmación, la pensión no comparte los atributos privativos de la propiedad, por lo que no corresponde asimilarlas. El derecho a la pensión no es una forma de ejercicio del derecho de propiedad, pues entre ambos existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse con ellas, en el modo de su transferencia y en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, seguida en STC 0030-2004-AI/TC). Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de sus beneficiarios.

91. Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) *la propiedad sobre*



los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).

B.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA INTANGIBILIDAD DE FONDOS A TRAVÉS DE LA COMISIÓN POR SALDO

92. Tal como lo precisa el artículo 1 de la Resolución 080-98-EF-SAFP, la afiliación es una relación jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera que fuere su condición, y la AFP, estando el primero obligado a cancelar a la segunda por sus servicios. Lo que corresponde determinar en esta parte de la sentencia de inconstitucionalidad es si dicha retribución pudo haber sido fijada como un porcentaje del saldo de la CIC o si, por el contrario, la disposición pertinente de la Ley 29903 es contraria a la Constitución.

(a) La comisión por saldo para los nuevos afiliados

93. Una comisión por saldo es cobrada sobre los activos administrados, es decir, una parte de los activos en la CIC es recaudada periódicamente como pago de comisión, normalmente a través de un porcentaje anualizado. Al respecto, este Tribunal analizará si las normas impugnadas afectan la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios y además, como consecuencia de ello, el interés de los consumidores y usuarios.
94. Para los congresistas demandantes, la comisión por saldo deslegitima la naturaleza constitucional de la intangibilidad de fondos, pues sólo pueden ser utilizados para fines pensionarios y no pueden ser reducidos mes a mes por mandato legal (apartado 4.3. de la demanda). Así, el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por el artículo 1 de la Ley 29903 impugnada, estaría haciendo alarde de la abierta inconstitucionalidad de la comisión por saldo al señalar que los fondos son intangibles, salvo el caso de la comisión por saldo, máxime si el artículo 3 de la misma Ley 29903, que modifica el artículo 71 del Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, al hablar del Fondo de Pensiones Sociales, sólo señala su carácter intangible, sin mencionar ninguna excepción.
95. En el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, se apuntó que este tipo de comisión contradice abiertamente tal



dispositivo porque la comisión nada tiene que ver con el aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (congresista doña Luz Salgado Rubianes), pues al atender gastos de la propia AFP, están siendo sustraídos y derivados a fines distintos para los que fueron constituidos (congresista don Javier Bedoya de Vivanco) con independencia de que pueda ser más competitivo que cobrar por flujo (congresista don Luis Galarreta Velarde), por lo que quien los toque incurriría en infracción constitucional (congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

96. El accionado, por su parte, opina que la retribución a través de una comisión (sea sobre el flujo o saldo) tiene por finalidad garantizar el pago de las pensiones futuras, por lo que no estaría utilizándose para fines distintos del aseguramiento y garantía del pago de una pensión, toda vez que la norma constitucional fue emitida en la búsqueda de *"(...) que no se repitan experiencias de malversación en la gestión generada por debilidades de las administraciones y la escasa calidad moral de sus directivos, en perjuicio de sus asegurados"* (acápite IV de la contestación de demanda).
97. Según el congresista don Luis Galarreta Velarde, sólo Bolivia y México tienen comisión por saldo, pues Chile ya abandonó este modelo y hoy en día sólo cobra por flujo, agregando además que en el caso mexicano, las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE) no son equivalentes a las AFP del país, pues *"(...) son como agencias de inversión de valores, son como los agentes de bolsa. O sea, solamente están encargados de invertir los fondos de los afiliados y obviamente cobran porque su saldo va creciendo (...)"* (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012). Frente a ello, el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky Rosenberg, ha expresado que *"Los únicos tres países en los que no había un alineamiento de intereses eran Chile, Colombia y Perú. Ahora nosotros hemos cambiado y Colombia lo está considerando (...) En Chile ahora se está pensando de nuevo, pues no se fue suficientemente lejos manteniendo el pago por flujo, cuando lo sano es pagar por saldo"*, resaltando que lo que se está haciendo en el país difiere de lo sucedido recientemente en México, donde se trasladó a todos los afiliados del pago de la comisión por flujo a la del saldo, cobrando de nuevo sobre lo ya comisionado, con la reforma materia de cuestionamiento constitucional se buscó proteger y excluir todas las contribuciones anteriores, pues se estaba legislando para la gran mayoría (*Vid. <http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198>*).
98. Al respecto, en los siguientes cuadros puede observarse en qué países existe comisión sobre el saldo, a fin de comprobar que su utilización es una experiencia ya utilizada en otras partes del mundo, y es de uso común en la gestión de planes de pensiones voluntarios o complementarios. Según presenta la OCDE y la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de



Pensiones (AIOS), a nivel internacional existen diversos tipos de cobro de comisiones por la administración de fondos de pensiones.

Cuadro 5.- Tipos de comisiones por administración cobradas en países de la región. Al 2006.

PAÍS	COMISIONES POR FLUJO		COMISIONES SOBRE SALDO (ACTIVO ADMINISTRADO)	COMISIONES SOBRE RENTABILIDAD (RENDIMIENTOS)	
	Proporcional	Fijo		Nominales	Excedentes
Argentina	X				
Bolivia	X		X		
Chile	X	X			
Colombia	X				
Costa Rica	X				
El Salvador	X				
Costa Rica	X			X	
México	X		X		
Perú	X		X		
República Dominicana	X				X
Uruguay	X	X			

Elaboración: Propia. *Fuente:* AIOS (Vid. http://www.aiosp.org/informacion_institucional/pdf/Comparacion%20de%20Comisiones.pdf).

Cuadro 6.- Cobro de comisiones por la administración de Fondos de Pensiones. Al 2008

PAÍS	COMISIÓN FIJA	COMISIÓN SOBRE APOORTE	COMISIÓN SOBRE SALDO	COMISIÓN SOBRE RENTABILIDAD	COMISIÓN DE TRASPASO/SALIDA
Australia	X	X	X		X
Bolivia		X	X		
Bulgaria		X	X		X
Colombia		X			X
Costa Rica		X		X	
Chile		X			X
El Salvador		X			
Estonia			X		
Hungría		X	X		X



Kazajistán		X	X
Lituania	X	X	
México		X	
Polonia	X	X	X
Perú	X		
Suecia		X	
Uruguay	X		

Fuente: OECD (Vid. <http://www.oecd.org/finance/private-pensions/41488510.pdf>;
http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/WP_1023_tcm346-232670.pdf?ts=842013)

99. A pesar de lo señalado, más allá de indagar sobre el éxito o fracaso que haya tenido en otros países la aplicación de la comisión por saldo, su validez en cada ordenamiento depende del marco constitucional establecido. En el caso nacional, el artículo 12 de la Constitución marca la pauta para analizar los dispositivos impugnados. En fundamentos precedentes se estableció que la norma constitucional permitía el cobro de comisiones en tanto éstas permitiesen el aseguramiento y la garantía de la pensión. Definido así su contenido, el Tribunal debería desestimar desde ya la pretensión de los accionantes, pero el tema merece ser observado con mayor detenimiento.
100. Una pregunta válida para continuar con este razonamiento es determinar qué se está pagando cuando a uno le descuentan la comisión de la AFP. Del siguiente cuadro, se observa que buena parte de los gastos operativos de las AFP, cubiertos con el pago de las comisiones que todos los afiliados pagan, está destinado a gastos de comercialización de los operadores.

Cuadro 7.- Distribución de los gastos operativos. Al 2009. En millones de dólares

ÍTEM	MONTO	PORCENTAJE
TOTAL	161,2	100
Comercialización	62,0	38,46
Administración de fondos	99,2	61,54

Fuente: AIOS (Vid. http://www.aiosfp.org/estadisticas/estadisticas_boletin_estadistico.shtml)

101. La libre competencia, en relación directa con la libre iniciativa privada (artículo 59 de la Constitución), incluye la posibilidad de elegir libremente la política de

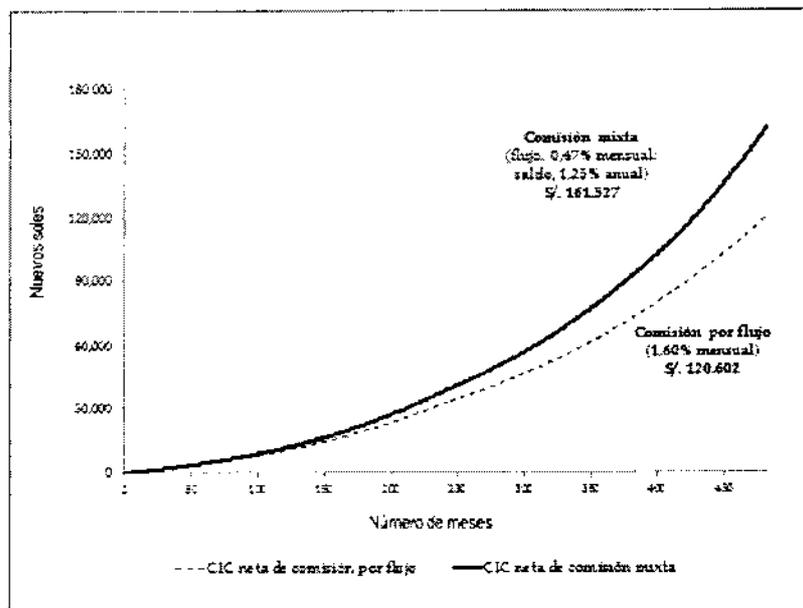


costos y precios, dentro de una atmósfera que permita el normal desenvolvimiento del mercado y la generación de riqueza mediante la asignación eficiente de los recursos (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Es decir, se encuentra dentro de la esfera de libertad de las empresas, como son las AFP, decidir en qué gastan los pagos de comisiones.

102. Ello no obsta para que este Tribunal muestre su preocupación por la relación entre los gastos de comercialización y la garantía de la intangibilidad de la pensión. Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky, "(...) la idea es que no tengamos sobrecostos que perjudiquen al afiliado" (Vid. http://190.102.151.31/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=96). La comisión que se paga a las AFP, en términos generales, viabiliza el ejercicio al derecho fundamental a la pensión, sobre todo porque no es posible desligar los conceptos administración de fondos y comercialización en un control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, si las AFP abusan del cobro de este segundo elemento, que según el cuadro anterior, estaría alrededor del 40% en la actualidad, este Colegiado se reserva el derecho de analizar nuevamente la situación y la evolución de la estructura de costos.
103. Los accionantes, de otro lado, alegan también la violación del artículo 65 de la Constitución, al ponerse en riesgo y perjudicar los fondos pensionarios de los afiliados (apartado 4.3. de la demanda). Según la "teoría de la agencia", desarrollada *supra*, con correctos incentivos, las AFP pueden permitir la generación de un mayor crecimiento del fondo previsional de los afiliados. En efecto, cuando los principales (afiliados) no pueden controlar perfectamente y sin costos la acción del agente (AFP) es imprescindible que se establezcan suficientes incentivos para que éste ejecute las acciones más convenientes, a fin de que ambas partes queden satisfechas. Ante un supuesto conflicto de intereses, es preciso promover la coordinación con el propósito de incentivar al agente a tomar decisiones que maximicen no sólo su propia función de utilidad sino también la de los principales. El modelo de acción-recompensa, con relación a las normas impugnadas, implicaría que mientras mayores fondos tenga el afiliado, la AFP obtendría mayores comisiones. La pregunta que corresponde realizar a continuación es si este marco teórico tiene correlato con la realidad en el caso de la comisión por saldo.
104. Frente a lo que pagaría en la comisión por flujo, existiría una reducción en los pagos de comisiones si ésta es mixta porque *prima facie*, según las proyecciones por parte de la SBS, la CIC neta crecería más en la segunda que en la primera. Se trata de un ejercicio comparativo del monto de la CIC con la que terminaría un afiliado con un salario promedio de S/. 1.300 y un crecimiento anual del mismo en 1,57%. En el esquema de comisión por remuneración se aplica la menor tasa actual del mercado (1,60% mensual, cobrada por la AFP Prima, luego de la licitación). Cuando se evalúa al afiliado al aplicarle el esquema de comisión mixta con transición a saldo se aplica la menor tasa actual del mercado; en la parte sobre

la remuneración se cobra 0,47% mensual sobre el salario; y, en la parte de saldo se cobra inicialmente 1,25% anual -o 0,1% mensual- sobre el monto de la CIC en el mismo período. Se aplica para la primera (comisión por flujo) una rentabilidad de 8%, 7% y 5% por los primeros diez años, segundos diez años y el resto de años, respectivamente, y de 0,75% para la comisión por saldo. Al resultado final de haber estado afiliado 40 años -o 480 meses- en el sistema privado, con una densidad de cotización (período en que aporta) del 50% se le resta el cobro acumulado de las comisiones cotizado en todo el período. El resultado al que se llega es denominado CIC neta, y se observa que la CIC neta de un afiliado en un esquema de cobro de comisión sobre la remuneración es S/. 120.602, que es 33,93% (S/. 40.925) menor que la CIC neta de un afiliado con un cobro de comisión mixta con transición a saldo, que alcanzó la suma de S/. 161.527.

Gráfico 11.- CIC neta comparativa entre los tipos de comisión. Horizonte temporal de 40 años

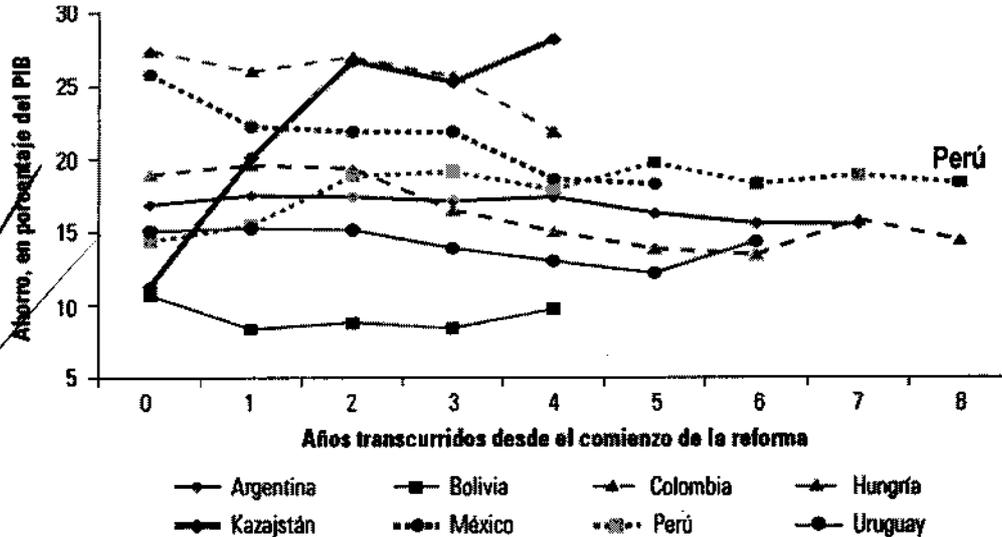


Fuente: SBS

105. Pese al gráfico presentado, en el debate parlamentario, se alegó que “¿Sabe cuánto es la rentabilidad a los que dicen que esto alinea intereses? La rentabilidad es bastante menor que la rentabilidad de los fondos que se pagan por comisiones por flujo” (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012, del 4 de julio de 2012).

106. De otro lado, si bien se estableció como justificación constitucional que las normas cuestionadas alinean los intereses de AFP y afiliados, este Colegiado advierte imprecisiones de quienes defienden este modelo, pues afirman que el alineamiento es total por alegar que sólo cobrarán cuando haya rendimientos positivos, al mismo estilo que una comisión por rentabilidad. Más mesurada es la interpretación de este alineamiento realizada, entre otros, por el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, para quien las AFP cobran más si ganan más y cobran menos si pierden y que no se paga por adelantado (Vid. <http://elcomercio.pe/economia/1517831/noticia-seran-necesarias-tres-calculadoras-escoger-tipo-comision-afp>). Por tanto, las AFP deben buscar promover aún más el ahorro de los afiliados para que así puedan ganar más. El ahorro, si bien depende de innumerables factores no relacionados entre sí, ha crecido en el país, pero representa sólo alrededor del 25% del PBI después de casi un decenio de reformas (Banco Mundial, Informe 'Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial', de 2006).

Gráfico 12.- Tendencias del ahorro interno bruto. Comparado de países emergentes. Porcentaje del PIB. Al 2006



Fuente: Banco Mundial 2006

107. Los accionantes también formulan que con la comisión por saldo se afecta el principio de solidaridad, "(...) por cuanto coloca a la empresa o a los intereses económicos, en este caso las AFPs, sobre la defensa de la persona, que en el caso concreto son los aportantes (...)" (acápites 4.4 de la demanda). Frente a ello, el Congreso de la República, a través de su apoderado, expresa que el efecto es inverso al alegado por el accionante, ya que con el cambio de comisión se está asegurando el principio de solidaridad, "(...) pues el riesgo ya no será asumido



sólo por el trabajador debido a que si la rentabilidad de su fondo baja, también se reducirá la comisión que cobra la AFP por la administración de dicho fondo” (acápito IV.d de la contestación de demanda).

108. Se ha señalado que las pensiones privadas tienen como garantía la seguridad social. Según la STC 0011-2002-AI/TC, “*Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones*” (fundamento 14). Entonces, si bien el Tribunal ha afirmado que el sistema privado no se funda necesariamente en la solidaridad (STC 1776-2004-AA/TC), el argumento esgrimido por los accionantes se centra en el contenido de este principio, por lo que la demanda se rechaza en este extremo. Ahora bien, tampoco este Tribunal comparte la postura del demandado al no encontrar conexión entre comisión por saldo y mayor solidaridad del sistema privado previsional.

109. Validado el esquema de cobro por comisión sobre el saldo, este Colegiado considera perfectamente compatible con la Constitución que los diseñadores de políticas públicas opten por uno de los tres modelos presentados (flujo, rentabilidad o saldo) y, mientras se encuentre dentro del margen de discrecionalidad razonable, se decidan por alguno de ellos. Tal medida es perfectamente constitucional. Al respecto, el Congreso de la República añadió que “*(...) los afiliados que inician su carrera laboral soportan menos costos al tener un fondo menor o en crecimiento (...)*” (acápito IV.b de la contestación de demanda). Por tanto, no es inconstitucional que se cobre comisión por saldo a los nuevos afiliados.

(b) La elección entre los dos esquemas de comisiones para los trabajadores actualmente afiliados

110. Un supuesto distinto al del punto anterior de la sentencia se encuentra en el caso de los trabajadores actualmente pertenecientes a una AFP. A diferencia de los que afiliados nuevos, que han sido objeto del proceso de licitación realizado y de la afiliación obligatoria, los que eran aportantes al sistema privado de pensiones al momento en que se emitió la Ley 29903 ingresaron a cualquiera de las AFP operadores del mercado en ciertas condiciones establecidas, dentro de las cuales estaba la forma de pago mediante comisión de flujo.

111. La comisión por flujo, única forma de comisión válida hasta antes de la reforma del sistema privado de pensiones, es una comisión proporcional sobre flujos que no es fija, que permite el cobro de cierta fracción de los recursos financieros que entran al fondo de pensiones cada vez que un flujo monetario (la remuneración o salario) se deposita en la CIC.

112. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, este Tribunal ha pronunciado en reiterada



jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos -excepto en materia penal cuando favorece al reo-, de modo que la norma "(...) se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas" (fundamento 12 de la STC 0002-2006-PI/TC, seguido en el fundamento 72 de la STC 0008-2008-PI/TC, entre otras). La aplicación de la comisión mixta a los actuales afiliados al sistema privado responde a la aplicación inmediata de la Ley 29903 y no -como sostienen los demandantes- a su aplicación retroactiva, ya que esta nueva modalidad de cobro de las AFP (comisión mixta) se efectuará en virtud de los futuros servicios de administración que éstas prestarán a sus afiliados. Las comisiones anteriormente cobradas, por su parte, no se ven afectadas en modo alguno. Es decir que, en el presente caso, la ley objeto de control se limita a desplegar sus efectos desde la fecha en que entró en vigor hacia adelante, lo cual resulta plenamente conforme a lo dispuesto en la Constitución.

113. La cuestión debe ser analizada no únicamente desde el punto de vista de la irretroactividad sino también desde el hecho que ingresó al sistema en ciertas condiciones que ahora buscan desconocerse, por lo que sería conveniente que la comisión por flujo sea elección por defecto. En su momento, cuando el Poder Ejecutivo envió su proyecto al Congreso estableció que "(...) Respecto a los afiliados existentes de todas las AFP, podrán optar en una sola oportunidad para que se les aplique la comisión mixta, para ello manifestarán su decisión a la AFP (...)" (artículo 2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE, que modificaba el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF). Recientemente ha sido presentado el Proyecto de Ley 1822/2012-CR, el cual considera que la comisión por defecto sólo puede validada si es que está referida a la comisión por flujo. Así también opinó el presidente del BCR, don Julio Velarde Pérez, quien estimó "(...) que sería adecuada la propuesta que la comisión basada en las remuneraciones sea la comisión por defecto para los afiliados actuales" (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013).
114. El legislador no puede obviar, al momento de optar por uno u otro tipo de comisión, que en su decisión están en juego las condiciones en que la persona ingresó al sistema privado de pensiones, protegida por el libre acceso a las pensiones (STC 1776-2004-AA/TC), configurándose una relación entre AFP y afiliado con eficacia horizontal. A partir del derecho al libre acceso a la pensión, establecido en el artículo 11 de la Constitución, cuando las personas escogieron el sistema privado de pensiones en detrimento del público, la firma de un contrato incluyó una forma de pago a las AFP a través de la comisión por flujo.
115. Atañe recordar que la libertad de contratación, establecida en el artículo 62 de la Constitución, está concebida "(...) como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que posean



apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (fundamento 47 de la STC 7339-2006-PA/TC). Dentro de ella, el ámbito de la libertad contractual, conocida también como libertad de configuración interna, protege la capacidad de las personas de determinar el contenido del contrato (STC 2185-2002-AA/TC), tal como ha sucedido en el caso de quienes hasta antes de la dación de la ley se encontraban ya afiliados a una AFP.

116. En la implementación de la reforma, la comisión por flujo ha sido objeto de innumerables críticas, aun cuando a lo largo del debate del 4 de julio de 2012 en el seno de la Comisión Permanente con relación al Proyecto de Ley 1213/2011-PE, se dijo que “(...) *la comisión por remuneración debe seguir, con regulación del Estado, y estableciendo los parámetros que pueda hacer la Superintendencia*” (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta). El accionado expresó que “(...) *las AFP tienen poco interés en obtener mayor porcentaje de la remuneración de dicho afiliados (comisión por flujo), las cuales por lo demás son de las más altas en Latinoamérica (...)*” (acápito IV.b de la contestación de demanda). Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky Rosenberg, esta forma de cobro no representaba bien al afiliado al mismo tiempo que no estaba pensado a favor de las mayorías (Vid. <http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198>). El ministro de Economía y Finanzas, don Luis Miguel Castilla Rubio, entiende que “*Hoy en día la comisión por flujo está totalmente divorciada de la rentabilidad y sin importar la rentabilidad, el pago de la comisión es el mismo*” (Vid. <http://peru.com/2012/07/20/actualidad/economia-y-finanzas/ministro-luis-castilla-comision-pagar-saldo-afps-no-mas-cara-noticia-76381>).

117. Algunos datos pueden ejemplificar tales afirmaciones. Como muestra de lo que se afirma se pueden mencionar datos de la década pasada. Según la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, pese a la emisión de normas, como las Resoluciones SBS 1582-2004 y 1583-2004, para flexibilizar el mercado y bajar las comisiones, al 2006, efectivamente Perú (1,83%) tenía una de las comisiones proporcionales sobre flujo más altas de la región, siendo sólo superada por Uruguay (1,92%), aunque no tan lejos de Chile (1,60%) y Colombia (1,57%) (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010). Al día de hoy en el país está en 1,92% mientras que en Chile, 1,47%. Para la Defensoría del Pueblo, tales comisiones eran muy altas, básicamente por los elevados costos administrativos que tenían, y pese a que de los datos proporcionados por la Bolsa de Valores de Lima, podía colegirse que las AFP eran también “(...) *de lejos, muchísimo más rentables que cualquier otro sector económico en el Perú (...)*” (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005). En efecto, en un estudio del Consorcio de Investigación Económica y Social, en el boletín Análisis de Políticas, de 2004, demostraban que las AFP nacionales tenían la mayor rentabilidad de la región, tanto es así que entre julio del 2003 y junio del 2004, la rentabilidad sobre el patrimonio fue de 74%



frente al 22% de Chile y 29% de México, lo que podía justificar las comisiones de administración cobradas. El Banco Mundial confirmaba estos datos insistiendo en que si bien las AFP nacionales eran las más rentables de América Latina, a la vez eran las más caras para sus afiliados, rentabilidad que al año 2003 era de 58.6%, triplicando el promedio regional (Reporte 27618-PE, Perú. *Restoring the multiple pillars of old age income security*, de 2004), razón por lo cual no fue difícil afirmar que uno de los grandes problemas del sistema privado estaba en las altas comisiones cobradas (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

118. La primera gran reforma de carácter estructural del sistema previsional nacional se había dado con el Decreto Ley 25897, del 27 de noviembre de 1992, ordenado mediante Decreto Supremo 054-97-EF, que creaba el sistema privado en nuestro país. Desde ese momento, tal como lo establecía el original artículo 24 del Decreto Supremo 054-97-EF se retribuía a las AFP a través de "(...) una comisión porcentual calculada sobre la Remuneración Asegurable del afiliado (...)". No hace mucho tiempo, el MEF, pese a reconocer avances modestos en incrementar la cobertura de los sistemas, juzgaba que "(...) la creación del SPP constituye una pieza fundamental en la consolidación macroeconómica del país, el crecimiento económico, el aumento del ahorro, la mayor sostenibilidad fiscal, y el desarrollo de los mercados financieros. Asimismo, el sistema ha mostrado un crecimiento sostenido, con la incorporación de más de 4,8 millones de afiliados, y cerca de 80,000 millones de nuevos soles en aportes en las cuentas individuales de capitalización (...)". (considerandos de la Resolución Ministerial 756-2011-EF/1).

119. El modelo ha tenido un pilar básico en la labor fiscalizadora de la SBS sobre las AFP, primero como una superintendencia especializada en las AFP y luego con una función constitucionalizada (Ley 28484, de reforma constitucional, de 2005). El MEF, por su parte, cuenta con la Dirección General de Mercados Financieros, Laboral y Previsional Privados, encargada de proponer, dirigir y formular medidas y planes para la oportuna toma de decisiones que promuevan el desarrollo del mercado previsional privado (artículo 144.a de la Resolución Ministerial 223-2011/EF-43, Reglamento de Organización y Funciones del ministerio). Lo señalado significa que durante varios años ambas entidades han sido observadoras silenciosas de un sistema que a su entender siempre afectó los derechos de los trabajadores, por no alinear los intereses de las AFP con los de los afiliados.

120. Este Colegiado considera pertinente solicitar medida a las entidades antes mencionadas, a la hora de criticar el modelo anterior, pues si bien el sistema privado previsional necesitaba y aún puede necesitar ajustes, no pueden presentar a las AFP como entidades que no respetan a los afiliados, primero porque su actuación ha sido admitida constitucionalmente (STC 0014-2007-PI/TC; STC 1776-2004-AA/TC) y segundo porque las propias SBS y el MEF han permitido, regulado y promovido su funcionamiento. En esta línea de pensamiento, la comisión por flujo está plenamente justificada desde el punto de vista



constitucional porque no ataca el saldo de los fondos previsionales, sino que es una detracción del salario de las personas.

121. Pese a la validez constitucional de la comisión por flujo y la existencia de un contrato a la hora de ingresar al sistema, es necesario definir si la opción por defecto establecida en la comisión mixta es constitucional. Sobre la base de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución), la elección del sistema privado de pensiones por parte de un trabajador, bajo un modelo de competencia con relación al sistema público, incluye una decisión razonada por parte de las personas. Pese a ello, tal como fue señalado *supra*, el Tribunal considera que el hecho de que la Constitución haya abierto la posibilidad de que en el derecho a la pensión y la gestión de fondos de pensiones (artículo 11 de la Constitución), intervengan agentes privados, no significa que las relaciones que se dan entre una AFP y un afiliado o pensionista, eventualmente, sean relaciones donde rijan de manera absoluta las reglas de la libre contratación (STC 0858-2003-AA/TC). La libertad de acceso a las pensiones implica que todos puedan acceder a un sistema previsional sin más trabas u obstáculos que los derivados del ámbito de autonomía del individuo, toda vez que la Constitución asegura la posibilidad de toda persona de gozar de una pensión poniendo a su disposición sistemas pensionarios, optimizándose el libre acceso a la pensión a través de las ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada sistema (STC 1776-2004-AA/TC).
122. Este derecho implica una preocupación por parte del legislador democrático por las mejores condiciones de los afiliados. El Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44 de la Constitución; STC 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del derecho, máxime si aquél, conjuntamente con las AFP, deben respetar, cumplir y proteger el derecho a la pensión de las personas beneficiarios del mismo (STC 1776-2004-AA/TC). Si luego de sus cálculos, el Congreso de la República, a la hora de emitir la Ley 29903, consideró que lo mejor para los próximos pensionistas era que cancele su comisión del saldo por alinear intereses, el contrato firmado debe ceder.
123. Es más, en un modelo de economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución), el respeto de la libertad de los agentes económicos que en su momento escogieron un determinado modelo de cobro de comisión no puede ser constreñido de forma arbitraria. Por tanto, es correcto que el artículo 24.d impugnado haya permitido que las personas que consideren que la comisión por flujo es mejor que la de saldo puedan trasladarse a ésta. Es de resaltarse que en virtud de la actual vigencia de la ley impugnada, según ha expresado la Asociación de AFP, de los 2,5 millones de afiliados que regularmente cotizan en las AFP, más de un millón de ellos ya comunicaron su decisión de permanecer en la actual comisión por flujo (*Vid.* <http://elcomercio.pe/economia/1573975/noticia-mas-millon-afiliados-afp-optaron-comision-flujo>).



(c) **La necesidad de mayor información a los afiliados sobre los tipos de comisión**

124. Pese a lo señalado hasta ahora, es preciso resaltar otra vez que es labor de la SBS, al igual que de las AFP, explicar a las personas qué implica cada uno de los dos esquemas entre los cuales puede optar. De la misma forma lo señaló el presidente del BCR, don Julio Velarde Flores, para quien el esquema de comisiones mixtas es muy complejo para el ciudadano (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013). En el mismo sentido opinaron en el debate de la Comisión Permanente a raíz de la aprobación de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, "(...) esta transición de comisión mixta es muy complicado para poder identificarlo a los ciudadanos. No sólo es muy complicada, es poco factible de comparar si está mejor una AFP que otra" (Intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde). Según informó don Luis Valdivieso Montano, presidente de la Asociación de AFP, su gremio realizó encuestas para saber el grado de información de la población respecto a las comisiones, dando como resultado que el 60% de los sectores A, B y C estaban informados de la decisión que tenían que tomar y la fecha en que debían hacerlo, en tanto para los niveles socioeconómicos D y E sólo el 45% tenía conocimiento de lo que debía hacerse (*Vid.* <http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo>). El presidente de la Asociación de Afiliados a las AFP, don Amílcar Villegas, también ha reclamado mayor información a favor de los trabajadores afiliados, requiriéndose del Estado, a través de la SBS, y las AFP un mejor servicio de información para saber los tipos de comisiones y los trámites a seguir, requiriéndose una campaña masiva para explicar el tema (*Vid.* <http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo>).

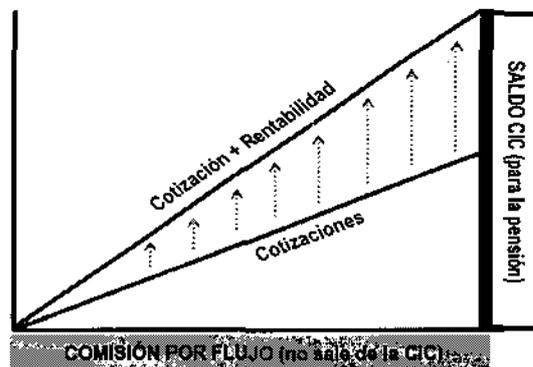
125. En efecto, tal como fuese expresado *supra*, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, promoviendo la garantía del derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículos 2.14 y 65 de la Constitución). Como ya se precisó, la información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho y del mercado, toda vez que sólo a partir de ella la población tendrá el conocimiento suficiente para discernir y tomar las decisiones más adecuadas. La STC 1776-2004-AA/TC estableció que dicha garantía beneficia a los afiliados, en tanto usuarios del sistema previsional, en virtud de la situación de desigualdad real en la que se encuentran respecto de los proveedores, y la diferente cantidad y calidad de información de la que disponen. Dada la dificultad de los trabajadores para comprender cabalmente las normas que regulan el sistema privado, se torna necesario establecer una responsabilidad pública para que los pensionistas, sea en el sistema público, y más aún en el privado, puedan tener conocimiento de qué derechos, obligaciones, cargas o facultades les corresponde, siguiendo el artículo 5.b del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Toda

información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Para lograr este cometido, se debe insistir en la necesidad de que las AFP, conjuntamente con el Estado, en su rol de supervisor del sistema privado, sean lo suficientemente responsables como para informar tanto sobre los pros como sobre los contras de su servicio en materia pensionaria.

126. Para ello, este Colegiado considera preciso que los afiliados puedan escoger el esquema de comisión que les resulte conveniente, tomando conocimiento de lo que cada uno de ellos significa, toda vez que "(...) *Se debe dar la mayor información posible a los afiliados para que comparen el esquema de pago de comisión que más les conviene (...)*" (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013, remitido por don Julio Velarde, presidente del BCR). Como guía para la toma de decisiones se pueden tomar los siguientes datos:

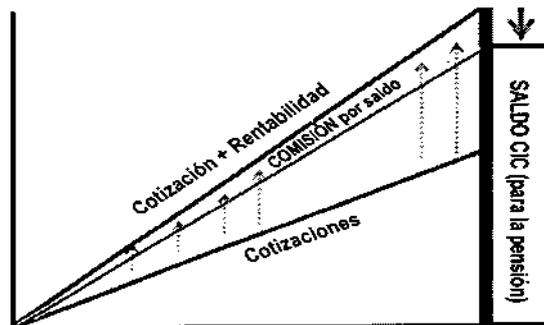
- En primer lugar, es menester recordar lo que ha venido señalándose con relación a cada uno de estos tipos de comisión. En vista de que en la comisión por flujo la retribución de las AFP surge del sueldo del trabajador, las cotizaciones y la rentabilidad del CIC acumulado determinarán el saldo del ahorro realizado, del cual saldrán las pensiones que cada trabajador afiliado tendrá. Mientras tanto, en la comisión por saldo, componente de la comisión mixta, la retribución de las AFP implicará necesariamente una reducción del saldo del fondo previsional pues de lo ahorrado surgirá la comisión. Y así como el trabajador gozará de mayor disponibilidad de dinero para su consumo actual, habrá efectivamente una disminución del saldo final que implicará al mismo tiempo una contracción de las pensiones futuras, efecto que se vería aplacado por la mejor alineación de intereses entre AFP y afiliados.

Gráfico 13.- Comisión por flujo y saldo CIC



Elaboración: Propia

Gráfico 14.- Comisión por saldo y saldo CIC



Elaboración: Propia

- De acuerdo con los Anexos Técnicos 1 y 2 de la Resolución 9617-2012, sobre 'Metodología aplicable a los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' y 'Explicación de los supuestos utilizados en los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/metodologia.pdf>), el cobro de la comisión sobre saldo estará alrededor de 1,25% anual -o 0,1% mensual- en los 10 primeros años; de 0,88% anual para los segundos 10 años (año 11 al 20); de 0,50% anual para los 15 años siguientes (año 21 al 35) y de 0,20% anual para los 5 años siguientes (año 35 al 40). En el caso del promedio de la comisión por remuneración, ésta ha pasado de 1,91% (a julio de 2012), a una equivalente al 1,49% tras las licitaciones realizadas a partir de la impugnada Ley 29903. También se debe tomar en cuenta que como no está prevista la posibilidad de ingreso de nuevos afiliados a las AFP, ello implicaría una reducción de su rentabilidad patrimonial (ROE), que no sería compensada con un incremento de la comisión (ingresos).
- Conforme a la Resolución SBS 8514-2012, en la comisión mixta con transición a saldo, se prevé un corredor de reducción a la parte de flujo (Vid. http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105). Se aplicarán factores de ajuste cada dos años sobre la comisión base de cada AFP, de 86,5% para el periodo de febrero de 2013 a enero de 2015; de 68,5% para el periodo de febrero de 2015 a enero de 2017; de 50,0% para el periodo de febrero de 2017 a enero de 2019; de 31,5% para el periodo de febrero de 2019 a enero de 2021; de 13,5% para el periodo de febrero 2021 a enero 2023; y, de 0% para el periodo de febrero de 2023 en adelante.

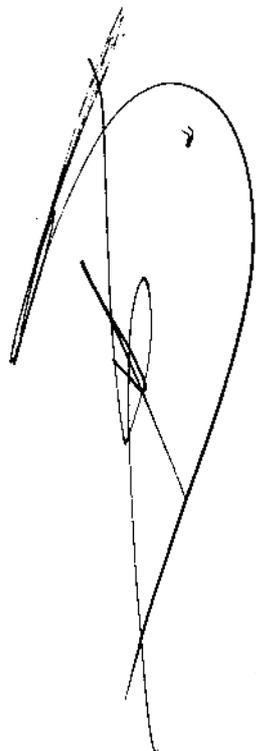


- Según un supuesto ajustado a lo dispuesto en la Resolución SBS 9617-2012, sobre los aplicativos de comparación de comisiones en las normas para la reducción y elección de la comisión sobre el flujo (Vid. http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105), la rentabilidad en la comisión por remuneración se prevé de 8% anual para los primeros diez años, 7% anual para los segundos diez años y 5% para el resto del periodo; y en la comisión mixta con transición a saldo se presupone una tasa de crecimiento promedio por década de 0,75%.

- En el Anexo Técnico 1 de la Resolución SBS 9617-2012, se presenta cómo se realiza el cálculo del valor actual de la comisión por remuneración (comisión por flujo). $VACM_j = \sum_{t=1}^n \frac{crp * W_i * C_i}{fcr_i}$, donde VACM es el valor actual de las comisiones por remuneraciones del afiliado j; n, el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como $12 * (65 - \text{edad del afiliado})$; crp, la comisión por remuneración expresada en términos porcentuales que la AFP cobrará a los afiliados que eligen permanecer en el esquema de comisión por remuneración; W_i , el salario real estimado del afiliado en el mes i, para $i=1,2,\dots,n$, en evolución; C_i , el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; fcr_i , el factor de descuento de la comisión por remuneración del mes i. Por su parte, el cálculo del valor actual de la comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta está definido de la siguiente manera: $VACM_f = \sum_{t=1}^{\min(120,n)} \frac{crm_i * W_i * C_i}{fcr_t} + \sum_{t=1}^n \frac{cs_t * Ft}{fcm_t}$, donde

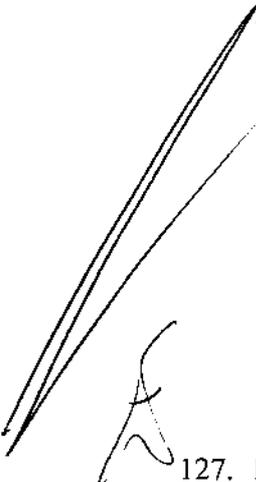
VACM es el valor actual de las comisiones por saldo con periodo transitorio de comisión mixta de afiliado; n, el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como $12 * (65 - \text{edad del afiliado})$; crm_i , la comisión por remuneración aplicable en el mes i a los afiliados bajo comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta, tomando en cuenta el cronograma de reducción de remuneración y el primer devengue; W_i , el salario real estimado del afiliado en el mes i, para $i=1,2,\dots,n$, en evolución; C_i , el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; fcm_t , el factor de descuento de la comisión por saldo del mes i; F_t , el fondo de pensiones promedio del mes i.

- Algunos expertos han recomendado cuál esquema escoger. Así, el gerente central de Operaciones de AFP Integra manifestó que para los que hoy superan los 40 años de edad, el cobro de una comisión mixta por parte de las AFP es la opción más conveniente, pues cuanto más cerca esté un afiliado a la edad de jubilación, pasarse a esta es más oportuno (Vid. <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=19285>). El economista investigador de una reconocida universidad aconseja que los que están por



jubilarse –en los próximos dos años– deben analizar la tasa que se les cobraría en cada tipo de comisión pues si la tasa sobre el sueldo (flujo) es superior a 1% mensual, deberían mantenerse en la comisión por flujo; de lo contrario, al aumentarle un cobro por saldo podría elevarse aún más, dado que “(...) si hoy hay AFP que cobran entre 1,6% y 1,75% solamente, y luego se rebaja eso a 1,2% o 1,3% (por flujo) para sumarle un porcentaje más sobre el fondo (por saldo), el cobro mixto puede ser alto. Es mejor uno de los dos, a los dos juntos”, pero en el caso de los jóvenes en el mercado laboral, entre 20 y 40 años, les recomienda permanecer en la comisión por flujo pues, si aún tienen un largo camino por aportar, el tamaño de la pensión futura se verá afectado con un cobro sobre ese fondo que todavía tiene muchos años para crecer, dado que “(...) es preferible que reduzcan su consumo actual cuando aún están jóvenes, pues no tienen muchas enfermedades, y pueden generar ingresos de otras formas. En vez de que reduzcan su consumo futuro cuando ya están jubilados. Es ahí donde se quiere maximizar su pensión” (Vid. <http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028>).

- Para el presidente de la Asociación de AFP, don Luis Valdivieso, “(...) en el sistema actual (por flujo) te quitan de tu bolsillo hoy pero no te tocan tu saldo, en el sistema nuevo (mixto), te dejan más en tu bolsillo, pero te sacan de tu saldo, así de simple (...) Yo puedo estar en necesidad de tener un poco más de dinero hoy y no me preocupa mucho si mañana mi [pensión] va a ser más baja” (Vid. http://www.rpp.com.pe/afp-comisiones-noticia_577847.html).



- Para facilitar la elección, la SBS habilitó un ‘Aplicativo de Comparación de Comisiones’, siguiendo lo establecido en la Resolución SBS 9617-2012, metodología para que cada persona confronte los dos tipos de comisiones (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/default.sbs.aspx>). El ex viceministro de Economía, don Eduardo Morón, ha cuestionado que dicha calculadora, sin importar qué variables se coloquen, siempre arroja que la comisión mixta es mejor que la actual, crítica que no acepta el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, aunque no estaba en capacidad de afirmar que la opción de comisión por flujo salía beneficiada en algún escenario (Vid. <http://elcomercio.pe/economia/1517571/noticia-sbs-aun-no-sabemos-si-algun-escenario-calculadora-sugiere-comision-flujo>).

127. Por los fundamentos expresados, es válida la comisión por flujo para aquellos trabajadores hoy afiliados que así lo manifiesten, por lo que a las AFP y la SBS les corresponde desarrollar una campaña de información a los afiliados más agresiva que la existente hasta hoy, sobre las características de cada esquema de comisiones, según los parámetros establecidos por el artículo 65 de la Constitución. Sólo de esta forma podrán manifestar su opción adecuadamente y de forma coherente con el ejercicio de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.

**(d) El posible agotamiento del saldo**

128. Por último, se ha cuestionado el que a través de la comisión por saldo se puedan licuar los fondos de ciertos trabajadores. Para los demandantes, con ella se verían seriamente afectados los afiliados inactivos o desempleados (apartado V.7 de la demanda). Según el estudio de un país vecino, el tipo de comisión ocasionó que los afiliados de bajos ingresos terminen con sus cuentas en cero (Documento de Trabajo 9, 'Efectos de largo plazo de la comisión fija en el sistema chileno de AFP' de la Superintendencia de AFP del Gobierno de Chile, de 2005). En opinión del demandado, por el contrario, si no se les cobrara, "(...) *los afiliados no cotizantes y los pensionados pagarían una comisión proporcional a su fondo, y no serían únicamente los trabajadores activos los que soportarían todos los gastos de administrar los fondos de las pensiones (...)*" (acápito IV.b de la contestación de demanda).
129. Este Colegiado ha afirmado que las comisiones "(...) *tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado*" (fundamento 35 de la STC 0014-2007-PI/TC), por lo que es válido, tal como se explicó *supra*, que una AFP planifique cuánto va a recibir por el servicio que presta, tomando en cuenta los periodos de carencia de aportaciones, sobre todo si es consciente de la baja tasa de densidad en el sistema privado. Dentro de la teoría de la firma, los costos, distribución, ganancias y cartera de morosos, entre muchos otros factores, determinan los precios a cobrar. Esta misma lógica se aplica al caso de las comisiones. Con independencia del tipo de comisión que se establezca por ley, las AFP, por ser sociedades anónimas, tomarán las decisiones que maximicen su utilidad, en procura de obtener retornos positivos. Si tienen que cobrar comisión por saldo o por flujo, harán un estudio de cuánto quieren recibir como contraprestación por sus servicios y en un horizonte temporal largo harán los cálculos necesarios para que los afiliados amorticen, y para ello tomarán en cuenta -como no puede ser de otra manera- los periodos de carencia.
130. Por ello, como bien señala el demandado, desde la eficiencia, los aportantes no tendrían por qué asumir los costos operativos de quienes dejasen de trabajar. A una respuesta distinta podría llegarse si se partiese de la equidad, coherente con la solidaridad que debe imponerse, en la medida de sus posibilidades, en el sistema privado de pensiones. Aún así, a diferencia de lo que ocurre en la comisión por flujo, donde es relevante si la persona trabaja o no, en la comisión por saldo, como su propio nombre lo dice, sólo importa cuánto tiene la persona en su CIC.
131. La posibilidad de que el fondo se licúe es inexistente, según expresa el Congreso de la República, siguiendo a la SBS. Si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10,00 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado una comisión sobre el saldo de 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86,00, habiendo acumulado S/. 76,00 de rentabilidad nominal del sistema privado en el fondo 2, por lo que



más del 88% sería exclusivamente rentabilidad. De la realidad se puede prestar atención que en el Histórico siempre el fondo va ganando más por la rentabilidad, ya que en total éste nunca se va a ver perjudicado, tal como lo demuestra el siguiente gráfico, del cual se extrae que desde abril de 1998, a la fecha, en el 87% de los meses se han presentado rentabilidades acumuladas positivas, por lo que no hay posibilidad que el fondo termine licuándose.

Gráfico 15.- Rentabilidad nominal histórica del fondo 2



Fuente: SBS

132. Asimismo, tal como lo afirmaron los representantes de la SBS en la Audiencia del presente proceso de inconstitucionalidad, en lo relativo al Informe de Hechos, en la línea del gráfico presentado, si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado sobre el saldo 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86.

133. Tal explicación numérica puede ser contrastada con la mencionada teoría de las generaciones superpuestas. La utilidad conjunta del individuo nacido en el momento t se puede dividir en dos periodos de vida. Tomando como factor de descuento $\beta > 0$, que refleja el grado de impaciencia del consumo, dicha utilidad puede representarse como $u(c_t^y, c_{t+1}^o) = u(c_t^y) + \beta u(c_{t+1}^o)$. Quien deja de laborar requiere que su consumo no exceda sus ahorros, incluidos los intereses devengados y cualquier prestación proveniente del sector público (como subvenciones); B , es decir, $c_{t+1}^o = (1+r_{t+1})s_t + B$, donde r_{t+1} es el tipo de interés. El ahorro realizado hasta el final del periodo t se convierte en capital en $t+1$ y gana el retorno r_{t+1} .



134. A partir de estos datos se obtiene la restricción presupuestaria intertemporal del

$$c_t^y + \frac{c_{t+1}^o}{1+r_{t+1}} = w_t - \tau + \frac{B}{1+r_{t+1}} \equiv A_t$$

consumidor: , donde A es la riqueza a lo largo de la vida de un individuo nacido en t . El tipo de sistema afecta a la conducta del individuo a través de B y τ y a través de una determinada tasa de salario e interés. La maximización de la utilidad dentro de la restricción presupuestaria representa la trayectoria óptima de consumo a lo largo de la cual se iguala la utilidad marginal descontada del consumo entre los dos períodos de la vida del individuo:

$$\frac{u'(c_t^y)}{u'(c_{t+1}^o)} = \beta(1+r_{t+1})$$

. El ahorro del trabajador cuenta con un impulso para suavizar con el tiempo la utilidad marginal del consumo y, de esta forma, el consumo mismo. El trabajador afiliado, por tanto, requiere ser consciente de la necesidad de ahorro. Si no lo hiciese, su consumo será igual a sus ganancias y cero cuando deje de trabajar. Si decide ahorrar $S/$. 1, renunciaría este monto a su consumo actual, provocando una pequeña pérdida en la utilidad, pero este nuevo sol ahorrado aumentaría en $1 + r_{t+1}$ en su jubilación, lo cual genera una gran utilidad, como sucede con la utilidad marginal en las primeras unidades de consumo.

135. Al no haberse determinado la existencia de una latente posibilidad de vulneración del fondo previsional del CIC, a través del cobro de comisiones por saldo a quienes no se encuentran aportando, se rechaza la demanda de inconstitucionalidad en este extremo.

C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS

Normas impugnadas

136. El cuestionamiento constitucional se centra en este punto en los artículos 14-A y 14-B del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporados por el artículo 2 de la Ley 29903. El primero de ellos, referido a los procesos operativos de las AFP objeto de centralización, establece lo siguiente: *“Las AFP eligen libremente a la entidad centralizadora. La Superintendencia, sobre la base de las evaluaciones técnicas que realice y de modo fundamentado, establecerá los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes en los siguientes procesos operativos internos a cargo de las AFP: i. recaudación; ii. conciliación; iii. acreditación; iv. cobranza; y, v. cálculo y pago de las prestaciones (...). La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas. Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la*



presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos. Dichos procesos deberán incluir la declaración, retención y pago de aportes obligatorios a que se refieren los artículos 30 y 33. La entidad centralizadora de recaudación pública o privada deberá transferir a las AFP o empresas de seguros, según corresponda, los aportes señalados en el párrafo anterior, en el plazo máximo de 5 días naturales. La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo” (artículo 14-A). Por su parte el artículo 14-B, bajo el nombre de ‘De los procesos operativos realizados por la entidad pública’, estipula que “En caso la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv sea una entidad pública, esta podrá ser la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). En dicho supuesto, se faculta a la SUNAT, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, a ejercer todas las funciones asociadas a la recaudación de los aportes a que se refiere el artículo precedente, tales como el registro, recepción y procesamiento de declaraciones, conciliación bancaria, fiscalización, determinación de la deuda, control de cumplimiento, recaudación, ejecución coactiva, resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos, administración de infracciones y sanciones”.

Alegatos de los demandantes

137. Los accionantes alegan que el establecimiento de una entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la SBS, cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú. En el caso específico de la facultad otorgada a Sunat como posible entidad centralizadora, expresan que ello contraviene el mandato de libre competencia por legitimar la existencia de un monopolio en una única institución pública, siendo un sistema análogo al establecido en EsSalud y ONP que ha venido mostrando serias irregularidades.

Alegatos del demandado

138. El Congreso de la República anota que el proceso de centralización no afecta norma constitucional alguna porque la Ley 25897, que creó el sistema privado, nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, e incluso se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero quien realice la recaudación. Con relación a que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, expresa que no se están vulnerando las reglas de la competencia perfecta, pues no se trata de una actividad empresarial, sino de una actividad extrafiscal.



C.1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

139. El primer paso del examen se inicia verificando la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa que dispone la centralización de los procesos operativos. Para ello es necesario partir por establecer cuál es la intención genérica de la norma. Así cuando el legislador dispuso la centralización obligatoria de los procesos operativos internos a cargo de las AFP o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, aspiraba a lograr objetivos establecidos en el Proyecto de Ley 1213/2011-PE, en relación directa con lo establecido por el artículo 14-D de la Ley 29903, no impugnado, que plantea positivamente cuáles son los beneficios que se esperan de la implementación de la centralización. La centralización busca compartir los costos de la administración favoreciendo su reducción y, en consecuencia, generar condiciones para que bajen las comisiones cobradas a los afiliados lo que a la vez redundará en mejores jubilaciones o mayor liquidez; y también propende a que las AFP focalicen su actividad y sus recursos en la mejor inversión de los fondos de sus afiliados con miras a obtener la máxima eficacia.

(a) Conseguir un sistema privado pensionario más eficaz

140. El primer objetivo constitucional es la promoción de la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario, concentrando la actividad de las AFP en la administración del fondo, según mandato fijado en el artículo 11 de la Constitución. La ley propicia que las AFP no se encarguen de actividades que pueden desviarlas de su función esencial, que es la administración de fondos. La medida permitirá que la AFP se concentre en las actividades integrantes de su *core business* o giro de negocio, centralizando las actividades complementarias que sean comunes entre todos los operadores.

141. En el Proyecto de Ley 1213/2011-PE se observa que tal centralización "(...) permitirá que se realice un esfuerzo común de parte de la industria por mejorar la calidad de la atención del cliente y el nivel de cultura previsional. Esto contribuye al entendimiento del sistema (...)" (acápito 1.1.2). Al mismo tiempo, el artículo 14-A impugnado persigue la reducción de los costos operativos para favorecer la disminución de las comisiones, pues en vez de que cada AFP por su cuenta realice las actividades que buscan centralizarse, al hacerlo una sola entidad o empresa podría lograr una disminución de gastos. Para el congresista don Jaime Delgado Zegarra, es mejor centralizar porque con cada proceso se están "(...) duplicando y triplicando y repitiendo cada una de las etapas en el proceso de prestación de este servicio previsional, lo cual encarece el servicio y se traslada en comisiones". (Intervención en debate en la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).



142. Esta finalidad tiene sentido desde la perspectiva de las economías de escala, según la cual disminuye el costo medio de los *outputs* -por lo común fijos-, al producirse un incremento simultáneo en la misma proporción de los *inputs* o factores de producción a nivel de escala de producción, razón por la cual la situación de producción del costo por unidad producida disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas. La actividad asignada también está ligada al eficaz funcionamiento del sistema pensionario (artículo 11 de la Constitución). En la misma línea se encuentra el Banco Mundial, para quien los costos 'centralizables' representan el 51% del total de costos; y, el 49% restante son los 'no centralizables' (ventas e inversiones), de los cuales más del 70% proceden de gastos de ventas (presentación de su representante ante el Grupo de Trabajo Técnico formado de acuerdo con la Resolución Ministerial 756-2011-EF/10).
143. A entender de los funcionarios de la SBS, en su Informe de hechos en la audiencia ante este Colegiado, la intervención pública para centralizar operaciones en este tipo de industrias y el uso de las economías de escala en la centralización operativa tiene ventajas de diversa índole, entre las que se pueden mencionar que las AFP mejoren el servicio, sin que lo invertido en ello afecte la sostenibilidad del negocio; la provisión de los servicios opera en la escala máxima de la totalidad del sistema, por lo que el costo para el sistema (precio) de proveer cada una de las actividades se determina con mayor transparencia y en condiciones de competencia; y los mecanismos de control y la posibilidad de realizar controles cruzados de la información, en los casos permitidos, son más viables en los esquemas centralizados, toda vez que una agencia centralizadora tiene mayor poder para hacer cumplir las disposiciones existentes.
144. La fórmula propuesta, según la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, se presenta como un mecanismo de consolidación de los procesos realizados por las propias AFP, toda vez que en la actualidad casi todos ellos están siendo realizados de forma descentralizada (Dictamen de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). A su vez, la Comisión de Defensa del Consumidor basa su pronunciamiento a favor de las normas impugnadas en el gran potencial de las AFP para aprovechar las economías de escala, disminuyendo con ello los costos medios de operación y las barreras de entrada a este mercado (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).
145. Cuando la centralización extraiga de las funciones de las AFP las relativas a recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones, éstas se podrán enfocar en la inversión del fondo y en las actividades de ventas y de soporte correspondiente al mantenimiento de cuentas individuales, como el estado e información por afiliación, traspasos, traslados, cambio de



fondo, información por toma de decisiones en esos escenarios y labores de orientación de información pre-pensionaria al afiliado.

(b) Mejorar el nivel de vida de los afiliados

146. Puede entreverse otro objetivo como consecuencia natural de los dos anteriores: las personas alcanzarán mejores estándares de vida, que es coherente con la Constitución cuando procura el bienestar general (artículo 44) y defiende la vida digna (artículos 1 y 2.1). Así, tiende a maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta y los estándares de cobertura (acceso a la pensión), ambos establecidos en el artículo 11 de la Constitución; y, permite al trabajador disponer de mayor liquidez, en el caso de la comisión por flujo, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución, referido a una remuneración equitativa y suficiente para el trabajador.

147. En el presente caso, como medio, el legislador ha introducido la centralización de los procesos operativos o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, lo que de alguna manera se viene llevando a cabo a partir de la Resolución SBS 2876-2009 y la Resolución SBS 8611-2011. La indiscutible legitimidad democrática del legislador exige que la medida sólo sea juzgada inconstitucional cuando se demuestre que no resulta en absoluto idónea para alcanzar la finalidad que justificaría la restricción. La centralización de los procesos operativos podría, razonablemente, repercutir en una disminución de las comisiones que se cobran a los afiliados por la administración de los fondos (al reducir los costos en virtud de las economías de escala que se generarían) y en un aumento de la eficacia en el funcionamiento del sistema privado de pensiones.

148. En el caso de autos, si bien otros medios resultarían concebibles para alcanzar la finalidad de reducir los costos de administración que pagan los afiliados a las AFP, como el establecimiento por parte del Estado de topes máximos del cobro de comisiones, entre otras formas de control de precio, tales medidas no resultan menos gravosas que aquella por la que se ha optado en la disposición cuestionada.

C.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOLUCRADO

149. El examen de constitucionalidad continúa con el análisis del cuestionado artículo 14-A, que dispone la centralización de diversos procesos operativos internos que deben realizar las empresas autorizadas para operar en el mercado como AFP, para después explicar el caso específico de la Sunat como entidad centralizadora.

(a) Entre libertad de contratación y libertad de empresa

150. En primer lugar, podría alegarse que el derecho presuntamente conculcado por la disposición cuestionada sería la libertad de empresa, pues restringe la facultad discrecional de las AFP para decidir cómo llevan adelante sus procesos de



negocio, más aún si la centralización obligatoria de los procesos operativos en una empresa pública o privada atenta contra las leyes de contratación vigentes al momento en que las AFP empezaron a funcionar (apartado 4.2 de la demanda).

151. El artículo 59 de la Constitución establece que *“El Estado (...) garantiza (...) la libertad de empresa (...)”*, que a juicio del Tribunal se manifiesta como el derecho de las personas -incluidas las jurídicas- a elegir libremente la actividad que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (STC 3330-2004-AA/TC). En cuanto a su contenido, se tiene resuelto que garantiza *“(...) a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (...)”* (fundamento 9 de la STC 3116-2009-PA/TC, seguido en STC 0032-2010-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC y STC 3075-2011-PA/TC, entre otras).
152. Es posible afirmar que la disposición cuestionada no incide en la actividad principal de las AFP, que consiste en administrar los fondos previsionales depositados por sus afiliados y en brindar las prestaciones establecidas en la ley, sino en determinados procesos operativos internos, como recaudación, conciliación, acreditación, cobranza o cálculo y pago de las prestaciones. Sin perjuicio de lo dicho, estas empresas -como todas las demás- pueden desenvolverse libremente, pero esa libertad no supone ausencia de estrictas regulaciones y medidas de supervisión por parte de los órganos del Estado, atendiendo a que el ámbito en el que se desenvuelven es especialmente sensible por tratarse de los fondos previsionales de los que puede depender el presente y/o el futuro de los afiliados.
153. El artículo 58 de la Constitución establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en el contexto de una economía social de mercado, régimen bajo el cual el Estado orienta el desarrollo y actúa principalmente en el área de servicios públicos. En el caso de las empresas AFP, atendiendo a la particular importancia de su actividad, como es el manejo de los fondos de pensión de los afiliados, el legislador adoptó, desde el inicio, una serie de rigurosas condiciones. De acuerdo con el Decreto Supremo 054-97-EF, a título enunciativo, las AFP requieren autorización de la SBS para constituirse y efectuar publicidad (artículo 15); capital mínimo (artículo 14); autorización de la SBS para transferir acciones por encima del 10% de su capital social (artículo 13-A); ofrecer a sus afiliados al menos dos tipos de fondos (artículo 18); tener dos directores independientes -no vinculados con los accionistas ni con el grupo económico predominante en la AFP- (artículo



21-C); invertir en determinados tipos de instrumentos (artículo 25); y la administración de los fondos, actividad principal de estas empresas (artículo 22, modificado por Ley 29903), entre muchas otras restricciones.

154. De lo expuesto se tiene que las AFP enfrentan severas restricciones no únicamente respecto de sus procesos operativos, sino también en el manejo de lo que puede considerarse el núcleo de su negocio como es la administración de los fondos. Esta intensa regulación tiene un fundamento básico, cual es garantizar el derecho fundamental a la pensión, vinculado además con el deber del Estado de supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades públicas, privadas o mixtas que operen en dicho ámbito (artículo 11 de la Constitución).
155. Corresponde también poner de relieve que mediante la Resolución SBS 2876-2009 se aprobó la creación del Portal de Recaudación AFPnet, extendido en su alcance por la Resolución SBS 8611-2011. La plataforma es utilizada por las AFP existentes en el mercado, como eran Horizonte -recientemente vendida-, ProFuturo, Integra y Prima, para efectos de la declaración y pago de los aportes previsionales por parte de los empleadores que cuenten con trabajadores afiliados a una AFP de forma gratuita. Los empleadores adicionalmente pueden beneficiarse de intereses reducidos y el pago de planillas en línea y a través de bancos (*Vid.* <https://www.afpnet.com.pe/ProyectoPcrWeb/textoAFPnet.jsp?idAyuda=queHace>). Se puede afirmar entonces que al menos los procesos de declaración y pago ya se encuentran centralizados en una plataforma común a la que ingresan los empleadores y que es supervisada por la SBS. Incluso, según Resolución SBS 8515-2012, a partir del 1 de febrero de 2013, el uso de esta plataforma es obligatoria para todos los empleadores.
156. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que la disposición cuestionada no incide en el derecho a la libertad de empresa de las AFP, atendiendo a las especiales características del mercado en el que se desenvuelven, el marco constitucional reseñado y la regulación legal aplicable a su actividad, por lo que debe declararse infundada en este extremo la demanda. Corresponde ahora analizar la posible vulneración del derecho alegado por los congresistas accionantes, que es la libre competencia, ya que afirman que la disposición impugnada “(...) atenta contra las leyes de contratación que estuvieron vigentes en su oportunidad” (acápito 4.3 de la demanda) y que cuando se obliga a las administradoras a centralizar sus servicios en una tercera empresa, están cambiándose las ‘condiciones iniciales’ de operación.

(b) El ámbito del derecho a la libre contratación supuestamente afectado

157. El contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, vínculo -fruto de la concertación de voluntades- que debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no



contravenir las leyes de orden público. Al respecto, el artículo 2.14 de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de contratación en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*. La libertad de contratación es relevante en sí, particularmente en un régimen de economía social de mercado como el previsto en el artículo 58 de la Constitución, y también como medio para la realización de otros derechos fundamentales. En tal sentido este Tribunal ha afirmado que *“Se trata de un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se garantiza la viabilidad de otros derechos tales como la libertad de empresa, la libertad al trabajo, etc.”* (fundamento 26.b de la STC 00008-2003-AI/TC).

158. El ya reseñado artículo 62 de la Constitución, a su turno, establece que *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*. El contenido de esta disposición permite a los agentes del mercado decidir: si contratar; con quién contratar; y, sobre qué contratar, siempre que sea lícito. Adicionalmente garantiza la intangibilidad de los términos del acuerdo, al disponer que el Estado no puede modificar los términos de aquello que fuera acordado por las partes. Al respecto, se ha precisado que *“(...) el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación”* (fundamento 2 de la STC 4286-2006-PA/TC, seguido por STC 0271-2007-PA/TC, entre otras). Lo alegado por los demandantes, a su vez, tiene que ver con la libertad de conclusión (STC 2185-2002-AA/TC), desarrollada *supra*. Bajo este marco normativo es correcto analizar si la centralización dispuesta por el artículo 14-A impugnado violenta el derecho a la libre contratación.

C.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LA OBLIGATORIA CONTRATACIÓN DE LAS AFP A UN TERCERO

159. Para determinar si se ha violado la libertad de contratación, o no, es preciso explicar a qué se refiere la Ley 29903 cuando habla de centralización. Ante todo es preciso afirmar que plantea dos opciones diferentes: la centralización obligatoria de uno o varios procesos operativos en una empresa privada u organismo público; y el uso obligatorio de una o más plataformas comunes. Cualquiera de estas opciones resultará aplicable solamente a los procesos operativos expresamente previstos (recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones). La opción entre centralización obligatoria y uso obligatorio de una o más plataformas comunes fue derivada por el legislador al órgano técnico en la materia, que es la SBS, ente que deberá justificar su decisión sobre la base de estudios técnicos y en caso opte por la primera de ellas serán las propias AFP las que elijan libremente a la entidad que



vaya a llevar a cabo la centralización. Todos estos procesos operativos pueden ser llevados a cabo por una o varias personas jurídicas de derecho privado, acreditadas ante la SBS, para la finalidad específica de centralización de los procesos operativos; bastando en este caso con la opción que escojan las propias AFP.

160. La norma impugnada (artículo 14-A) establece diversos aspectos que deben ser explicados por el Tribunal:

- La centralización que surge de la presente disposición no se refiere a que todos los procesos operativos internos descritos deban ser llevados a cabo por una sola centralizadora, sino a que todas las AFP deben elegir a la misma centralizadora para realizar uno o varios de los procesos operativos. Esta conclusión se desprende del artículo 14-A en cuanto afirma que: “(...) *La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas (...)*”.
- De otro lado, el quinto párrafo de la disposición cuestionada deja en claro que los procesos operativos internos pueden ser centralizados conjunta o separadamente al referirse a un proceso operativo en particular (la recaudación), donde la centralizadora parece identificada en singular ya que sólo una puede hacerlo para todas las AFP, y además este proceso, como el de cobranza, puede ser realizado por centralizadoras públicas o privadas.
- Efectivamente, la centralización solo podrá ser llevada a cabo por un órgano del Estado cuando se trate de los procesos operativos internos identificados con los numerales i (recaudación) y iv (cobranza). Al respecto, el cuarto párrafo del artículo en análisis establece que “(...) *Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos (...)*”. Naturalmente, si las AFP eligen una entidad pública, deberán cumplirse los requisitos de la ley y en consecuencia serán necesarias: la emisión de un decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas; la opinión previa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; la opinión favorable de las AFP; y la opinión favorable de la mencionada entidad pública. A su vez, la Trigésimo Sexta Disposición Final y Transitoria incorporada al Reglamento del Decreto Supremo 054-97-EF por el artículo 2 del Decreto Supremo 068-2013-EF, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 3 de abril del 2013, establece el procedimiento para la



centralización de los procesos de recaudación y cobranza en una entidad pública: *“Las funciones de las entidades centralizadoras a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, serán implementadas a partir del 1 de enero de 2014. Para determinar que la entidad centralizadora de los procesos operativos de recaudación y cobranza sea una de carácter público, las AFP en su conjunto, la Superintendencia y la entidad pública elegida, deberán presentar al Ministerio de Economía y Finanzas, las opiniones a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, con una anticipación no menor de cuatro (4) meses del inicio del plazo señalado en el párrafo anterior. Vencido el plazo, las AFP elegirán una entidad centralizadora de carácter privada, sujetándose a las normas complementarias de la Superintendencia”.*

161. Bajo este marco normativo, se podría argumentar la existencia de una inconstitucional afectación a la libertad de contratación al forzarse la tercerización de determinados aspectos operativos y al determinarse con qué sujetos se puede contratar. El argumento de defensa utilizado por el Congreso de la República, basado en el original artículo 13 de la Ley 25897, que creaba el sistema privado, se refiere a que para el objetivo de administrar el fondo y otorgar prestaciones se preveía que *“(…) las AFP recaudan por sí mismas o a través de terceros, los recursos destinados al Fondo (...)”*. Entiende que cuando se constituyeron las AFP, éstas solicitaron voluntariamente la autorización de la SBS para operar en este ámbito conociendo que el legislador había fijado esta opción para el desarrollo de la recaudación. Al respecto cabría hacer dos observaciones:

- Que la ley entendía que la recaudación sería realizada por las propias AFP o por medio de terceros (a quienes obviamente se tenía que contratar) y la opción de elegir entre una y otra posibilidad fue dejada a las propias AFP.
- Que los procesos operativos centralizados, de acuerdo con lo establecido en la ley impugnada, exceden la mera recaudación y alcanzan también otras actividades, como la ejecución coactiva, la resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos y la administración de infracciones y sanciones.

162. Al respecto, este Tribunal entiende que la centralización dispuesta por la Ley 29903 impugnada supone una intervención en el derecho a la libertad de contratación cuya legitimidad debe ser analizada a continuación. Atendiendo a que el uso obligatorio de una o más plataformas comunes viene siendo implementado desde hace años, como se ha mencionado *supra*, y a que las impugnaciones cuestionan la centralización sin incidir en este aspecto, conviene analizar si está la SBS habilitada a establecer los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria, a fin de determinar si la centralización de los procesos operativos incide de un modo desproporcionado en el contenido del derecho fundamental a la libertad de contratación.



(a) La existencia de un contrato previo

163. Las AFP están constituidas mediante determinada forma asociativa (sociedad anónima) por un plazo indefinido, y su fin representativo es la administración de los fondos de pensiones y el otorgamiento de prestaciones, tal como está establecido en el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por la Ley 29903, condiciones denominadas 'originales de la contratación'.

164. A juicio de este Colegiado, sin embargo, tales condiciones en puridad no son otra cosa que el marco normativo a cuyo amparo se formaron las AFP. Al crearse el sistema no fue suscrito un contrato-ley ni tampoco un contrato de concesión, sino que se estableció un sistema de capitalización de los aportes previsionales (con CIC para cada afiliado) cuya administración recaía en empresas privadas con autorización y bajo la supervisión de la SBS. El artículo 54.b del Decreto Supremo 054-97-EF determinó el carácter de la relación entre el Estado y las AFP, regida por el derecho administrativo, definiendo que el primero expide una licencia a favor de las segundas, toda vez que se estableció que "*Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: (...) "Autorizar la organización y el funcionamiento de las AFP mediante el otorgamiento de licencias, y cancelarlas o suspenderlas"*". El Estado, por medio de la SBS, al aprobarse la ley que creaba el sistema, resultaba competente para autorizar su organización y funcionamiento, así como para otorgar y cancelar su licencia de funcionamiento. En conclusión, el legislador introduce modificaciones en la regulación legal de los procesos operativos que desarrollan las AFP para el cumplimiento de su finalidad, pero ello, por sí mismo, no resulta contrario a la Constitución.

165. Por tales razones, no se afecta la libertad de contratación en el sentido de un contrato previamente establecido por parte del Estado y las AFP. No obstante ello, se advierte que del proceso de centralización introducido por la disposición cuestionada podría derivarse una injerencia en la libertad de contratación cuando determina la posibilidad de que se fuerce la tercerización de determinados aspectos operativos y también podría presentarse una intervención en el mismo derecho al acotar el ámbito de sujetos con los que se puede contratar la realización de dicha actividad. Desde el punto de vista temporal, la restricción no se producirá inmediatamente, ya que el artículo 7-A de la Ley 29903 dispone que "*Para la realización de la primera licitación no es requisito que se haya implementado la centralización de los procesos operativos a que se refiere el artículo 14-A*".

(b) La posibilidad de elección de la empresa centralizadora

166. La Constitución podría verse vulnerada cuando se obliga a las AFP a centralizar sus procesos operativos internos con el pretexto de reducir sus costos, pues en realidad se está constriñendo la facultad discrecional de las gerencias de las AFP de decidir cómo llevan a cabo sus procesos de negocios, siendo un agravante que se las obligue a contratar con una centralizadora pública o privada.



167. En lo referido a la centralización operativa, las Comisiones de Trabajo y Seguridad Social, y la de Defensa del Consumidor, emitieron una opinión favorable respecto de la propuesta de reforma. La primera de ella expresa que la centralización operativa tendría como objetivo “(...) *garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los Convenios internacionales ratificados por el Perú (...)*” (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). La segunda por su parte, establece que la centralización permitiría a las AFP “(...) *disminuir los costos medios de operación, disminuyendo así las barreras de entrada a este mercado*” (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).
168. Ante tales argumentos, el Congreso de la República manifestó que en el Decreto Ley 25897 se encargaba a las AFP la administración de los fondos pensionarios, sin que ello implique que también éstas deban necesariamente encargarse de los procesos operativos, más aún cuando el texto original del artículo 13 de la referida norma señalaba que las AFP podían recaudar por sí mismas o a través de terceros los recursos destinados al fondo. Concluyó que es perfectamente válido que se centralicen las actividades complementarias comunes a todas las operadoras (contestación de demanda). Agregó que el Estado no suscribió ningún contrato-ley con las AFP ni uno de concesión, y mucho menos un contrato administrativo, sino que existe entre ambos una relación de naturaleza administrativa, en el que el Estado establece una normativa con el objeto de autorizar y regular el funcionamiento de las AFP.
169. El grado de intervención en la libertad de contratación es de intensidad media, por cuanto supone el deber de contratar una centralizadora, pero las AFP tienen la facultad de elegir la empresa u organismo público que llevará a cabo la actividad. Siendo las cosas del modo expuesto, este Tribunal, siguiendo lo establecido en la libertad de conclusión, estando a que la limitación tiene que ser legítima y coherente con el fin deseado de la medida, entiende que los contratos de centralización que fueran a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales. Las AFP que por este medio se incorporen al sistema también podrán participar de la elección de la centralizadora.
170. Frente a tal situación, debe tenerse en cuenta que los bienes constitucionales que procura optimizar el legislador con la aprobación de la ley impugnada se podrían lograr en una medida elevada, ya que está pacíficamente aceptado que las economías de escala tienden a reducir los costos favoreciendo así la disminución



de las comisiones, lo que a su vez permitiría maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta o disponiendo de mayor liquidez en el caso de la comisión por flujo. Asimismo, la centralización de los procesos operativos favorece de un modo elevado la eficacia en el funcionamiento de las AFP, al permitirles orientar todos sus recursos materiales y humanos a su actividad principal, mejorando los resultados en favor de los afiliados.

171. En cuanto a la relevancia abstracta de los principios en conflicto, podría decirse que, sin desmerecer la importancia de la libertad de contratación, la reducción de las comisiones y la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario resultan de mayor entidad. El mayor peso abstracto se explica por la relación directa que ha sido reconocido entre la pensión y el principio-derecho de dignidad de la persona humana, incorporado en el artículo 1 de la Constitución (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC, entre otras). Por último cabría indicar que tanto la restricción media en el principio de libertad de contratación como el nivel elevado de satisfacción de los principios constitucionalmente legítimos que pretende alcanzar el legislador, se aprecian con un razonable grado de certeza.

172. De lo expuesto, y en línea coherente con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de la libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, este Tribunal interpreta el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, en el sentido de que la restricción que supone la disposición cuestionada no resulta desproporcionada y en consecuencia es conforme con la Constitución, debiendo rechazarse la demanda en este extremo, siempre que el plazo para contratar con la centralizadora no supere los dos años establecidos para la licitación.

173. Por último, tal como lo reveló el asesor de la Asociación de AFP, don Fernando Muñoz-Nájar, al 2011, eran 140 mil entidades del sector público y privado las que adeudaban aproximadamente S/. 790 millones en depósitos a las AFP (*Ver* <http://elcomercio.pe/economia/1317743/noticia-deuda-que-empleadores-mantienen-afp-asciende790-millones>). Por tanto, si bien es necesario que se centralicen algunas operaciones, también es preciso dotar de mejores mecanismos para la cobranza a las entidades morosas, comenzando por el Estado, que es el principal deudor, lo cual también redundaría en perjuicio de quienes se convertirán en pensionistas.

(c) La Sunat como entidad centralizadora

174. El artículo 14-B cuestionado, desarrollado por el artículo 14-C, dispone que en el hipotético caso de que la SBS decida recurrir a la centralización y las AFP elijan una entidad pública para llevar a cabo la recaudación y/o la cobranza, esta institución podrá ser la Sunat a la que se autoriza para llevar a cabo todas las funciones asociadas a tales procesos operativos. Los congresistas demandantes sostienen que al centralizarse la recaudación de los fondos de pensiones de todos



los afiliados se introduce un monopolio que atentará “(...) *contra las prácticas que promueven la competencia perfecta*” (apartado 4.2. de la demanda).

175. Las normas cuestionadas fueron justificadas por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, para la cual la fórmula utilizada uniformiza los criterios seguidos por el régimen 19990 y Essalud, donde también Sunat recauda, logrando de esta manera “(...) *un ordenamiento armónico para garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los convenios internacionales ratificados por el Perú, centralizando la gestión recaudatoria de los aportes*” (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). En otra posición se encuentra el congresista don Luis Galarreta Velarde, quien, preocupado por la experiencia argentina, expresa que “(...) *usar la facultad coactiva de la Sunat para cobrar es distorsionar la participación de una entidad pública a un servicio privado, a un tema de competencia (...)*” (Intervención en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).
176. Ante todo, corresponde advertir que todas las empresas que deseen actuar en este ámbito podrán acreditarse ante la SBS, como autoriza el párrafo *in fine* del artículo 14-A analizado *supra*. Dicha disposición establece que: “(...) *La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo*”. Todas las empresas que resulten autorizadas podrán aspirar a ser escogidas por las AFP para la centralización de uno o varios procesos operativos internos en condiciones de igualdad, y del hecho de que sólo una vaya a ser seleccionada no se desprende que se establezca un monopolio.
177. Se podría alegar también que se estaría configurando un monopolio legal a favor de la Sunat. Con relación al derecho supuestamente violentado, que sería la libre competencia, este Tribunal tiene pacíficamente decidido que “*El artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios*” (fundamento 32 de la STC 0034-2004-AI/TC). En el marco de lo establecido por la ley cuestionada las empresas pueden competir libremente y serán las propias AFP las que decidirán a quién se contrata y si será una o serán varias las empresas centralizadoras que realicen los procesos operativos descritos en el segundo párrafo del artículo 14-A. Atendiendo a que no se establecen situaciones de privilegio que desnaturalicen la competencia en el marco de una economía social de mercado, corresponde desestimar la demanda en este extremo.



178. Las presentes disposiciones también podrían ser cuestionadas por presunta infracción del artículo 60 de la Constitución, en cuanto se autorizaría a la Sunat la realización de una actividad empresarial carente del requisito de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, limitar la actividad estatal, ya que éste no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva del mercado; y, de otro, reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.

179. En el presente caso, el legislador no ha dispuesto la participación de una institución pública en la economía, sino que se ha limitado a autorizar que las empresas privadas puedan recurrir a una entidad del Estado (con vasta experiencia en recaudación y cobranza como la Sunat), para que lleve a cabo la centralización de esos procesos operativos específicos vinculados de un modo directo con un derecho fundamental, como es el acceso a la pensión y a la seguridad social. Como ya se ha dejado establecido, la SBS opta entre la centralización y el uso de una o más plataformas comunes. Si tras su evaluación técnica fundamentada se inclina por la primera opción, serán las empresas privadas las que elijan libremente a la o las entidades centralizadoras. Para el caso particular de la recaudación y la cobranza, las AFP podrán recurrir a la centralización en una institución pública que, según la disposición impugnada, 'podrá' ser la Sunat, u otra.

180. Por último, a juicio del congresista don Daniel Abugattás Majluf, lo que "(...) no se puede permitir es que se considere el aporte como un tributo, porque si se aplican los criterios y las sanciones y las moras y las multas, nunca se cobrará la deuda del afiliado, sino todo se quedará en moras, multas e intereses a favor de ellos" (Intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

181. Vale precisar que, efectivamente, la Sunat no actuará de forma gratuita, sino que retendrá un monto seguramente similar al que cobra a las instituciones públicas con las cuales también colabora. Tiene como ingresos el 1,4% de todo concepto que administre y/o recaude respecto de las aportaciones a EsSalud y a la ONP, así como otros montos recaudados en función de convenios firmados con dichas entidades (artículo 12.g del Decreto Legislativo 501, Ley General de la Sunat, incorporado por Ley 29135, seguido por artículo 13.c de la Ley 29816, de Fortalecimiento de la Sunat). Este Colegiado no considera inconstitucional que se realice dicho cobro, en la medida que deberá estar admitido normativamente, tal como los propios dispositivos lo especifican.



182. Teniendo presente que la ley no constituye una empresa centralizadora para competir en el mercado con las empresas privadas que se encuentren autorizadas para desarrollar tal actividad, y que, por el contrario, autoriza que las empresas privadas recurran al Estado para que colabore con determinados procesos operativos en favor de los ciudadanos; y atendiendo a que la disposición cuestionada no autoriza que la Sunat realice actividad empresarial, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad. Adicionalmente,

1. En coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, en el sentido de que tal afiliación compulsiva es válida siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido por el artículo 2 de la Ley 29903, en el extremo que incorpora el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, según información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión que debe ser brindada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
2. En coherencia con el derecho fundamental al derecho a la información de los consumidores, establecido en el artículo 65 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903 en la parte que incorpora el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la retribución de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en el sentido de que se requiere de manera ineludible de éstas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones una mayor campaña de información a los afiliados sobre las características de cada esquema de comisiones para que los trabajadores afiliados al momento en que se emitió la Ley 29903 puedan manifestar su opción adecuadamente con pleno respeto de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.
3. En coherencia con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución,



INTERPRETAR el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a los procesos operativos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones objeto de centralización, que los contratos de centralización a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales, por lo que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que por este medio se incorporen al sistema privado de pensiones también deben poder participar de la elección de las centralizadoras.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

Lo que certifico:


OSCAR DÍAZ MIÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues si bien comparto lo resuelto y la justificación que le sirve de respaldo, considero necesario expresar algunas cuestiones adicionales.

1. En primer lugar, cabe precisar que la competencia perfecta no existe (salvo a nivel teórico), por lo que las fallas del mercado suelen resultar frecuentes. Si bien los monopolios y oligopolios son situaciones no deseadas¹ en tanto restringen los incentivos necesarios para que el mercado funcione de manera eficiente, tampoco se encuentran prohibidos.
2. A fin de corregir un yerro del mercado, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de tratar de enmendar tal situación aunque siempre partiendo de la premisa de que su intervención debe ser lo más mínima posible y debe centrarse en tratar de generar los incentivos necesarios para recrear la competencia a fin de que sea finalmente el mercado y no el Estado, quien termine asignando los recursos (“tanto mercado como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”).
3. Si bien el Estado se encuentra obligado a promover la competencia en el mercado, ello no puede llevarse a cabo de manera irrazonable prohibiendo *per se* cualquiera de estas situaciones.
4. Lo que la Constitución proscribe no es la posición que ostentan los agentes en situaciones de monopolio u oligopolio sino las prácticas que, a fin de cuentas, terminen falseando la competencia. En otras palabras, lo que se combate son los eventuales abusos² de quienes se encuentran en dicha posición, no que los

¹ Razón por la cual, el artículo 61° de la Constitución Política del Perú prohíbe expresamente la creación de monopolios legales.

² No obstante lo expuesto, cualquier intervención estatal dirigida a sancionar una conducta abusiva por parte de quien ostente una posición monopólica u oligopólica debe partir de la premisa de que los agentes actúan de buena fe en el mercado, por ende, es necesario que ello se encuentre debidamente justificado, a fin de enervar tal presunción.



agentes se encuentren en dicha posición pues ello, en muchas ocasiones, obedece a las características del propio mercado.

5. De modo que, si no existe gran diferencia entre las comisiones que cobran las AFPs ello se debe, en mi parecer, a que el mercado no es lo suficientemente amplio y no lo es, precisamente, por cuanto *todavía existe el régimen previsional público* (que compite ilegítimamente, en mi opinión, con el régimen previsional privada) y nuestro *régimen laboral comprende una serie de beneficios que únicamente benefician a quienes se encuentran laboran en el sector formal e imposibilitan el acceso al mismo a quienes no lo están.*
6. Si bien la norma cuya constitucionalidad se cuestiona persigue una finalidad constitucionalmente valiosa al fomentar la competencia en el mercado de las AFPs y la medida es idónea para tal objetivo; también debería evaluarse la posibilidad de cerrar el ingreso de nuevos afiliados al régimen previsional público. Y es que, a la luz del principio de subsidiariedad estatal, su constitucionalidad resulta cuestionable, en tanto ello puede ser atendido por el sector privado, cuyo mercado justamente se busca ampliar³.
7. Asimismo, es necesario un replanteamiento del régimen laboral pues, no sólo resta competitividad al país sino que es injusto por cuanto deja fuera a un gran número de personas, quienes se encuentran materialmente imposibilitados de acceder a un mínimo de derechos laborales y, en el futuro, carecerán de una pensión de jubilación digna que les permita sobrevivir. Lamentablemente, muchas de las voces que buscan perpetuar esta situación, obvian justamente a quienes debido a su escasa preparación no consiguen un empleo en el sector formal y viven en condiciones de pobreza. Si hoy son pobres, en el futuro serán aún más pobres pues el paso del tiempo, inexorablemente, les impedirá trabajar y, al no tener pensión, requerirán de la ayuda del prójimo o del propio Estado.
8. De otro lado, quisiera precisar que aunque forzar a quienes se incorporan al mercado, a cotizar -inconsultamente- en determinada AFP y bajo determinadas condiciones es un situación que, a primera impresión, no comparto debido a que es incongruente pues busca enmendar un fallo del mercado originado en las

³ Salvo supuestos excepcionalísimos, como por ejemplo cuando el Estado otorga pensiones a adultos mayores en situaciones de extrema necesidad.



condiciones propias del mismo creando artificialmente un monopolio legal⁴ a favor del nuevo oferente, esto es, busca remediar un fallo del mercado (surgido espontáneamente) mediante otra falla del mismo (aunque en este caso creada de manera artificial).

Empero, en tanto es una intervención provisional y transitoria que cuenta con una serie de medidas destinadas a resguardar los intereses de los nuevos afiliados, su constitucionalidad es válida.

9. En todo caso, corresponde a la SBS fiscalizar rigurosamente a las AFPs a fin de proteger la intangibilidad de los fondos de pensiones, en especial respecto de quienes cotizan en base a la comisión por saldo.

~~Lo que certifico:~~

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

⁴ A pesar de que ello se encuentra expresamente proscrito en el artículo 61° de nuestra Constitución.