

Sobre la constitucionalidad de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones respecto de la limitación del derecho a la pensión y la libertad de contratación

About the constitutionality of private pension system Reform Act and the limitation of pension rights and freedom of contract

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ*

Resumen: Se analiza la sentencia que resuelve el proceso de inconstitucionalidad seguido por más del 25% de congresistas de la República contra las disposiciones de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (ley 29903) referidas a la licitación de la administración de las cuentas individuales, la centralización de los procesos administrativos, y la creación de la comisión mixta (que incluye la comisión por saldo). Los comentarios se centran en analizar, desde la perspectiva de la libertad de contratación y el derecho a la seguridad social (en particular el derecho a la pensión), un aspecto relevante de la sentencia: la obligación de los nuevos afiliados de permanecer durante dos años en la AFP adjudicataria.

I. EL CASO Y ANTECEDENTES

La sentencia bajo comentario se pronuncia respecto de tres puntos que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) considera controvertidos a partir de la demanda y su contestación, estos residen en la validez constitucional de:

- i. la comisión por saldo;
- ii. la centralización de procesos operativos de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP);
- iii. la afiliación obligatoria por dos años a la AFP adjudicataria de la licitación en el caso de los trabajadores nuevos que elijan el sistema privado de pensiones.

Respecto de este último punto controvertido, el TC plantea como cuestiones a resolver las siguientes:

- ¿El aumento de la competencia entre las AFP justifica constitucionalmente la afiliación obligatoria? ¿O es la mejora de las condiciones de los usuarios? ¿O ambas?

* Profesor de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: avidal@pucp.pe

- ¿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 Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)?

Desde la creación del Sistema Privado de Pensiones (SPP en adelante), hace más de dos décadas, no se habían introducido reformas sustanciales al sistema. Asimismo, desde el ámbito académico y la opinión pública se cuestionaban el alto costo de las comisiones por administración y la reducida competencia entre las AFP. A la necesidad de reducir los costos por administración e introducir incentivos para una mayor competencia se sumó la consideración de reformas recientes de los sistemas de pensiones latinoamericanos, como la reforma del sistema chileno que introdujo el mecanismo de licitación y la permanencia obligatoria en una AFP por un período determinado.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto de los tres puntos controvertidos antes indicados, el TC resolvió declarar infundada la demanda, sin embargo, estableció criterios de interpretación de las normas sometidas a control constitucional en el siguiente sentido.

- i. Si bien la comisión mixta resulta conforme a la Constitución, en coherencia con el derecho fundamental a la información de los consumidores, es deber de las AFP y la SBS una mayor campaña de información sobre las características de cada esquema de comisiones para que los afiliados puedan ejercer adecuadamente su derecho a la libre elección.
- ii. Aun cuando la centralización de procesos operativos es conforme a la Constitución, en consistencia con el derecho a la libre elección, en particular lo que respecta a la libertad de conclusión, los contratos de centralización no podrán tener una duración superior a los 24 meses.
- iii. Respecto de la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores a la AFP ganadora de la licitación, por un período de 2 años, es válida siempre que se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta menor al comparativo del mercado, según tipo de fondo. Es decir, la rentabilidad neta obtenida deberá ser mayor a la del comparativo de mercado (en función del tipo de fondo). La información a ser brindada por la SBS y AFP al respecto deberá ser objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión.

III. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

Como señalamos, nuestro análisis se centrará en los presupuestos y la argumentación que sigue el TC respecto de la constitucionalidad de la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores a la AFP adjudicataria, así como la condición establecida para su validez respecto de que la rentabilidad generada no debe ser menor que la rentabilidad neta comparativa de mercado, según tipo de fondo. Asimismo, en algunos criterios que consideramos relevantes derivados de la ratificación por el Estado peruano del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), norma mínima de seguridad social.

Al respecto, los fundamentos del TC se podrían resumir como señalamos a continuación.

Se entiende por oligopolio una estructura de mercado en la que barreras naturales o legales impiden la entrada de nuevas empresas o el número de empresas es reducido, lo cual conduce a que los productores tengan incentivos para cooperar fijando precios o repartiéndose segmentos del mercado. El oligopolio se caracteriza por la presencia de pocas empresas dominantes, que en el caso de las AFP serían Integra, Horizonte, Profuturo y Prima, provocando una alta concentración del mercado, que está casi repartido en partes iguales. Así, es una posible consecuencia la colusión, la que beneficiaría a las cuatro AFP evitando guerra de precios y manteniendo un volumen similar de afiliados (fundamento 12).

La existencia de un mercado oligopólico afecta la libre competencia, lo cual colisiona con el mandato del artículo 61 de la Constitución Política que dispone que «El Estado facilita y vigila la libre competencia [...]», entendiendo como tal «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». La afectación de la libre competencia implica a su vez una afectación a los consumidores (afiliados a las AFP), en tanto una mayor competencia permitiría una reducción de costos (eficiencia productiva), mejorar la calidad de servicios (eficiencia innovativa), y proveer servicios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa) (fundamento 7).

Sin embargo, el TC no cree pertinente pronunciarse respecto de si existe o no un mercado oligopólico de administradoras de fondos privados de pensiones, pero considera admisible validar el aumento de competencia como una finalidad constitucional de la norma impugnada, en tanto existe consenso sobre la necesidad de dinamizar el mercado (fundamento 23). A ello se suma el beneficio que significaría para los afiliados un mayor nivel de competencia.

523

SOBRE LA
CONSTITUCIONA-
LIDAD DE LA LEY
DE REFORMA DEL
SISTEMA PRIVADO
DE PENSIONES
RESPECTO DE
LA LIMITACIÓN
DEL DERECHO A LA
PENSIÓN Y
LA LIBERTAD DE
CONTRATACIÓN

ABOUT THE
CONSTITUTIONA-
LITY OF PRIVATE
PENSION SYSTEM
REFORM ACT AND
THE LIMITATION OF
PENSION RIGHTS
AND FREEDOM OF
CONTRACT

En este sentido, a partir que el artículo 65 de la Constitución, establece que «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios», existe un deber público de generar más incentivos para la función de agencia de las AFP respecto de los intereses de los afiliados. Entre los incentivos figuran el establecimiento de procesos de licitación pública que adjudiquen una cartera de afiliados a la AFP que oferte la menor comisión, y un esquema de cobro de retribución sobre saldo que permita alinear las ganancias de las AFP con los intereses de los afiliados (comisión por administración calculada sobre fondo).

Si bien la licitación de cuentas afecta la decisión sobre con quien contratan los nuevos afiliados, según el TC el análisis debe privilegiar el derecho al libre acceso a las pensiones, en virtud de la especial obligación del Estado de supervisar eficazmente el sistema y promover el bienestar general (artículos 11 y 44 de la Constitución Política), lo cual permite diferenciar la afiliación a una AFP de cualquier otro tipo de contrato (fundamento 36).

Según el TC, el derecho fundamental a la pensión tiene un triple contenido: uno esencial (acceso a la pensión, no ser privado de ella y pensión mínima), uno no esencial compuesto por los topes y los reajustes pensionarios, y uno adicional (pensiones de viudez y orfandad para los beneficiarios), según señala la sentencia del TC 0050-2004-AI/TC. Desde una perspectiva procesal, el contenido constitucionalmente protegido estaría conformado por el libre acceso al sistema, la obtención de una pensión y el mínimo vital (fundamento 40).

El derecho-regla de libre acceso a un sistema de pensiones es entendido además como de libre traslado entre los sistemas público y privado, en el caso que se opte por el sistema privado, al libre cambio de una AFP a otra, en el momento que el afiliado lo solicite (fundamento 44).

El TC considera pertinente la intervención pública previsional siempre que se cumplan objetivos mínimos de carácter social y económico coherentes con su propia jurisprudencia y lo señalado por la OIT, en su informe «Seguridad Social para la Justicia Social y una Globalización Equitativa» del año 2011, como son:

- aumentar el nivel de cobertura, relacionada con el acceso a las pensiones según la sentencia del TC 1417-2005-PA/TC;
- lograr un monto adecuado de pensiones, vinculado con el principio de dignidad pensionaria y derecho a la pensión mínima (sentencia del TC 0050-2004-AI/TC);
- distribuir el ingreso de los sectores con mayores ingresos a los de menores ingresos, consistente con el principio de solidaridad (sentencia del TC 0050-2004-AI/TC);

- procurar que el sistema sea sostenible sin déficit financiero, lo que es coherente con el principio de sostenibilidad financiera reconocido por la Constitución.

La afiliación obligatoria es únicamente por 24 meses, período a cuyo término se habilita la libertad de elección del trabajador, por lo que una limitación de este tipo significaría una «injerencia media» sobre el derecho fundamental involucrado, teniendo en cuenta los objetivos que se buscan cumplir. Más aun si se verifica en la práctica que el objetivo de reducción de comisiones se viene cumpliendo con la licitación, para lo cual se requería que la AFP adjudicataria tuviera una masa crítica necesaria.

Además del objetivo buscado de reducción de la comisión por administración, el legislador se preocupó por incentivar una mejor rentabilidad, disponiendo que en caso la rentabilidad otorgada por la AFP adjudicataria sea menor al *benchmark* del mercado, la obligatoriedad de la afiliación desaparece, lo que el TC ha denominado una «limitación relativa». Medida que busca romper con «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)», tal como lo señalaba el proyecto de ley 1213/2011-PE.

Paralagar este objetivo es fundamental que el afiliado sea adecuadamente informado de la situación de sus fondos. Siendo responsabilidad de la SBS, como contralor de las AFP, un rol activo en el cumplimiento del derecho de información de los afiliados. Para ello se requiere que cumpla su función mediante la provisión de información objetivamente veraz y suficiente con relación a todos los aspectos relevantes del sistema, de acceso sencillo y fácil comprensión para todos los afiliados.

Un aspecto que llama la atención de la sentencia bajo comentario es que si bien el TC utiliza como fundamento un informe sobre seguridad social de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2011, no tiene en consideración aspectos fundamentales contenidos en el Convenio 102 de la OIT (norma mínima de seguridad social), convenio ratificado por nuestro país y que forma parte del bloque de constitucionalidad, por tratarse de un convenio sobre derechos humanos.

Es importante recordar que la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), en su informe del año 2009, ha observado la tendencia seguida por el TC peruano, que, a pesar de reconocer que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social. En particular

525

SOBRE LA
CONSTITUCIONA-
LIDAD DE LA LEY
DE REFORMA DEL
SISTEMA PRIVADO
DE PENSIONES
RESPECTO DE
LA LIMITACIÓN
DEL DERECHO A LA
PENSIÓN Y
LA LIBERTAD DE
CONTRATACIÓN

ABOUT THE
CONSTITUTIONA-
LITY OF PRIVATE
PENSION SYSTEM
REFORM ACT AND
THE LIMITATION OF
PENSION RIGHTS
AND FREEDOM OF
CONTRACT

respecto de la sentencia del TC 1417-2005-PA/TC del 8 de julio de 2005.

Según señala la CEACR «el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT contribuiría eficazmente a la puesta en práctica en el Perú de un Estado de derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales». La ratificación del referido convenio conlleva obligaciones respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad y cuantía de las prestaciones, financiamiento solidario y eficiencia en la administración.

La aplicación efectiva del convenio debería conducir a un replanteamiento integral del sistema de seguridad social peruano, en particular respecto del derecho a la pensión, alineando el contenido esencial de este derecho a lo estipulado por el convenio. Nuestro TC ha entendido el derecho a la pensión como uno de configuración legal con un contenido esencial restringido al acceso a un mínimo y no ser privado de este. Esto, sin tener en cuenta que según el Convenio 102 existen aspectos igualmente vinculantes como una pensión de jubilación con una tasa de reemplazo prescrita (relación entre remuneración de referencia y pensión de al menos 40%), el derecho al reajuste periódico, y contar con una pensión hasta el fallecimiento, aspectos vinculados con el deber del Estado como garante de la seguridad social.

En este sentido, el Departamento de Seguridad Social de la OIT considera una característica principal del Convenio 102 que frente a cada contingencia se han fijado objetivos mínimos, tanto como porcentajes mínimos de población protegida y niveles básicos de prestaciones y condiciones para acceder a ellas. Estos objetivos deberán lograrse mediante la responsabilidad general del Estado, el financiamiento colectivo, la garantía de las prestaciones definidas, el reajuste periódico de las pensiones, y el derecho de apelación en caso de denegatoria de la prestación, así como de su calidad o cantidad.