

Modificaciones al régimen de comisiones de las administradoras de fondos para el retiro (Afores)

Mayo de 2019

Autores: Vicente Corta Fernández, Rafael Llano, Ismael Reyes Retana Tello, Francisco de Rosenzweig, Carlos González, Fernando García Gómez, Juan Pablo Hugues, Laura Campos Carrillo

Tal y como se informó en nuestros Client Alerts del 25 de enero y del 6 de mayo de 2019, el 23 de enero de 2019 fue publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados una iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Como parte del proceso legislativo correspondiente, el 29 de abril de 2019, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen elaborado por la Comisión de Hacienda y Crédito Público, incluyendo ciertas modificaciones al proyecto inicialmente recibido del Ejecutivo Federal (la “**Minuta**”).

La Minuta continúa sujeta al proceso legislativo, y debe ahora ser aprobada por la Cámara de Senadores, la cual aún puede incluir modificaciones. Una vez que se haya aprobado por ambas Cámaras Legislativas, deberá ser promulgada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial de la Federación.

De manera paralela a este procedimiento legislativo, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (“**CONSAR**”) publicó, el 10 de mayo de 2019, en el portal de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria el anteproyecto del acuerdo de la Junta de Gobierno de la CONSAR por el que dicta políticas y criterios para regular el proceso de autorización de comisiones a partir del 2020 (el “**Acuerdo de la Junta de Gobierno de la CONSAR**”). Dicho Acuerdo deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación para su entrada en vigor.

A continuación, se discuten posibles impactos que pueden surgir para las Afores por los cambios normativos propuestos por las instituciones gubernamentales involucradas, y se desarrollan vías procesales nacionales e internacionales donde se podrían combatir dichas afectaciones.

Propuesta de la Minuta para Modificar el Régimen de Comisiones

Una de las principales modificaciones contenidas en la Minuta que pudiera afectar la operación de las administradoras de fondos para el retiro (“**Afores**”) es la relativa a las comisiones que dichas administradoras cobran a sus usuarios.

En la Minuta se plantea que las Afores cobren una comisión única integrada por un porcentaje del valor de los activos administrados, como lo hacen actualmente, más un componente adicional calculado sobre el rendimiento que obtengan los trabajadores por encima de la referencia que establezca la CONSAR, mediante disposiciones de carácter general. Para que la Junta de Gobierno de la CONSAR autorice la metodología de cálculo para determinar dicha referencia, debe contar con la opinión favorable del Comité de Análisis de Riesgos respecto del componente adicional calculado sobre el rendimiento, así como sobre la referencia.

De manera relevante, a través de Artículos Transitorios, la Minuta prevé dos conceptos adicionales:

- I. Se establece un límite al monto que las Afores podrán recibir por la comisión única integrada al monto que cada Afore tenga autorizada en la fecha en que se publique el decreto de reforma. Al autorizar las

comisiones a las Afores, la Junta de Gobierno de la CONSAR deberá considerar que éstas disminuyan en proporción al incremento que registren los saldos administrados por cada Afore; y

- II. La CONSAR tendrá seis meses a partir de la entrada en vigor de la reforma para publicar las disposiciones de carácter general que determinen el componente adicional sobre el rendimiento. Se añade que dichas disposiciones deberán incorporar principios rectores que tiendan a evitar que las comisiones sean excesivas para los intereses de los trabajadores, y propicien la disminución progresiva de las comisiones a fin de incrementar la pensión de los trabajadores.

Acuerdo de la Junta de Gobierno de la CONSAR relativo al Régimen de Comisiones

El Acuerdo de la Junta de Gobierno de la CONSAR establece la metodología para determinar las comisiones excesivas para los intereses de los trabajadores. La citada metodología define una trayectoria de ajuste a la comisión sobre los activos administrados por la Afore, buscando que dichas comisiones desciendan en proporción al incremento anual que en términos reales registren los activos administrados. Lo anterior, tiene como resultado que las comisiones que sean superiores a la trayectoria referida anteriormente sean consideradas como excesivas. De ser el caso y de ser negada la solicitud presentada por la Afore a la Junta de Gobierno de la CONSAR en términos del artículo 37 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la Afore en cuestión deberá cobrar la comisión que resulte de calcular el promedio del resto de las comisiones autorizadas por la Junta de Gobierno de la CONSAR para el periodo correspondiente.

Posibilidad de Combatir la Modificación al Régimen de Comisiones

Se prevé que la propuesta de modificación al régimen de comisiones que pueden cobrar las Afores pudiera afectar de manera negativa la operación de las mismas y generar una reducción en la expectativa de sus utilidades, por lo que las Afores podrían acceder a los siguientes medios de defensa para buscar combatir la potencial afectación.

- I. **Juicio de Amparo.** El juicio de amparo es el medio de control constitucional por antonomasia en contra de leyes y disposiciones de carácter general. Por medio de este juicio, el particular que cuente con un interés jurídico o legítimo puede alegar las violaciones a los derechos fundamentales que le son reconocidos por la Constitución o por los tratados internacionales.

En el caso en particular, podrían haber elementos para acreditar que las Afores resentirán afectaciones a su esfera jurídica ya que, al modificarse el marco actual para el cobro de comisiones se varían las circunstancias bajo las cuales se les otorgó una autorización y con ello se podrían: (i) afectar derechos previamente adquiridos, (ii) vulnerar el derecho de las Afores de percibir una contraprestación adecuada por la prestación de sus servicios, y (iii) afectar los fines y derechos para los cuales fueron creados los sistemas de ahorro para el retiro.

- II. **Tratados Internacionales.** Mexico ha concluido tratados internacionales que establecen protecciones procesales y sustantivas a inversionistas de las principales economías del mundo, incluyendo más de 30 países en 5 continentes. Como requisito clave para acceder a dichas protecciones, debe establecerse que se satisfacen las definiciones de “inversionista” y de “inversión” protegidos bajo el tratado correspondiente. Típicamente, dichos tratados permiten a los inversionistas presentar una demanda arbitral contra el Estado, ante instancias internacionales, por violación de estándares de protección sustantiva del derecho internacional público. Aun cuando los tipos y alcances de las protecciones pueden variar según el tratado, en general, las protecciones sustantivas usuales a los inversionistas son las siguientes:
 - a. **Expropiación o nacionalización.** De manera general, una expropiación, directa o indirecta, es lícita bajo los tratados si se cumplen los siguientes requisitos: (i) se realiza por razones de utilidad pública, (ii) no es discriminatoria, (iii) hay compensación pronta, adecuada y efectiva, y (iv) se respeta el debido proceso. La omisión de alguno de estos requisitos por lo general autoriza la interposición de reclamos de expropiación.
 - b. **Trato justo y equitativo.** Este estándar se refiere a una prohibición general del Estado de conducirse de manera arbitraria o inconsistente frente a los inversionistas. En general, incluye la

prohibición de modificar cuerpos normativos de manera que viole las expectativas legítimas de los inversionistas protegidos. Este estándar generalmente incluye el trato mínimo del derecho consuetudinario internacional, y seguridad y protección. También incluye la protección contra la denegación de justicia por órganos judiciales.

- c. **Falta de trato nacional y/o de la nación más favorecida.** Constituye un deber de tratar al inversionista extranjero de la misma manera en que se trata, respectivamente, a sus nacionales, y a los inversionistas de terceros Estados, incluyendo en razón de otros tratados internacionales que ofrezcan garantías adicionales o superiores.
- d. **Cláusula paraguas.** Las así llamadas cláusulas paraguas en ciertos tratados de protección de inversiones representan una obligación del Estado de respetar y cumplir con sus obligaciones contractuales o de otra índole frente a los inversores.

Dependiendo de las Afores específicas y los tratados que pudieran serles aplicables en caso de contar con inversionistas extranjeros, podrían haber elementos para sostener un reclamo en contra del Estado mexicano. En los últimos años, se han presentado en América Latina controversias en el mercado de fondos para el retiro bajo tratados internacionales.

White & Case, S.C.
Torre del Bosque – PH
Blvd. Manuel Avila Camacho #24
11000 Ciudad de México
Mexico

T +52 55 5540 9600

En esta publicación, White & Case significa la práctica legal internacional que comprende White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada registrada en el Estado de Nueva York, White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con el derecho de Estados Unidos de América y todas las demás sociedades asociadas.

Esta publicación fue elaborada con fines informativos para nuestros clientes y demás personas interesadas. No es, y no pretende ser, de carácter general. Derivado de la naturaleza general de su contenido, no deberá entenderse como una asesoría legal.