

**AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA (ACODECO)
DIRECCIÓN NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA**

**INFORME TÉCNICO
CONTRATOS DE FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE CESANTÍA**

EXPEDIENTE No AC-001-2023
de 3 de febrero de 2023

Fecha del informe: 15 de mayo de 2023

I. Antecedentes:

En atención a memorial, consulta y solicitud de abogacía de la competencia, recibida en la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), el día 3 de febrero de 2023, firmada por el señor José Ramón Mena Mauriz, actuando en calidad de presidente y en representación de PROCRECER, AFPC., S.A., se pide a la ACODECO emitir su opinión sobre lo siguiente:

¿Constituye una práctica monopolística relativa ilícita de conformidad con la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, según ha sido modificada de tiempo en tiempo, el incluir en los contratos de fideicomiso de administración de Fondos de Cesantías una cláusula que desvirtúe el propósito de cobrar cargos (dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No 106 de 26 de diciembre de 1995) y más bien constituya el cobro de una penalidad para el caso de que el cliente decida cambiar de administrador del fondo?

Adicional, entre los antecedentes señalados por el agente económico PROCRECER, AFPC, S.A., se indica que:

- 1. Los artículos 229-A hasta el 229-O del Código de Trabajo fueron adicionados por el artículo 37 de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995. Esta ley ordena la creación de Fondos de Cesantía por parte de los empleadores a favor de sus trabajadores.*
- 2. El Decreto Ejecutivo No 106 de 26 de diciembre de 1995 reglamentó la Constitución, Administración y Supervisión de los Fondos de Cesantía a que se refiere los artículos 229-A hasta 229-O del Código de Trabajo antes citado.*
- 3. El artículo 2 del Decreto No 106 antes citado, establece los requisitos que debe tener todo contrato para constituir un Fondo de Cesantía y reza así:
“Artículo 2: Todo contrato que se realice para constituir un Fondo de Cesantía deberá cumplir con las siguientes condiciones, en adición a lo establecido en la Ley 1 del 5 de enero de 1984. (Ley que regula el Fideicomiso en Panamá*

....

11. Establecer los cargos por la transferencia del manejo de un Fondo de Cesantía a otro, dentro o fuera del Fiduciario.”

....

6. Al menos dos de las principales administradoras de Fondos de Cesantía que operan en Panamá, contemplan en sus contratos, cláusulas que más que contemplar recargos razonables, constituyen verdaderas penalidades.

7. Aunque no tiene relación directa con las disposiciones legales en comento, dado que constituye un precedente legislativo relevante, debemos indicar que la Ley 10 de 1993, por el cual se establecen incentivos para la formación de fondos para jubilados, pensionados y otros beneficios, decía originalmente lo siguiente:

“Artículo 11. En estos casos el contrato podrá establecer una penalidad no mayor de cinco por ciento (5%) del valor de los aportes acumulados.

Luego de la modificación por el Decreto Ley 1 de 199 (Ley de Valores) quedó así:

“Artículo 341. Modificación del artículo 11 de la Ley 10 de 1993.

Artículo 11. La administración de los planes a que se refiere esta ley y los fondos en ellos depositados podrán ser transferidos por el beneficiario a cualquier otra institución, siempre que se notifique con un plazo no menor de treinta (30) días ni mayor de sesenta (60) días calendarios, según se establezca en el contrato. Los contratos no podrán establecer penalidad por la transferencia de los fondos o de la cuenta a otra institución”

Solicitud

“Con base a todo lo anterior, solicitamos (I) se sirva expresar la posición de la Autoridad a su cargo, respecto de la licitud o ilicitud de la cláusula que impone una penalidad al cliente de una administradora de Fondos de Pensiones, Jubilaciones y cesantía para cambiarse a otro administrador; (II) se sirva ejercer sus facultades de abogacía de la competencia para que en la práctica se armonicen las normas del Decreto Ejecutivo No. 106 de 1995 y de la Ley 45 de 2007”.

II. Aplicabilidad de la Ley 45 de 2007¹:

Una de las funciones de ACODECO, establecida en el artículo 86, numeral 5 de la Ley 45 de 2007, es realizar abogacía de la libre competencia, la cual consiste en hacer recomendaciones que buscan, a través de la elaboración de un informe técnico-jurídico de la Dirección Nacional de Libre Competencia (en adelante DNLC), la adopción o modificación de cualquier trámite o requisito propio, con el fin de promover y fortalecer la competencia entre los agentes económicos, en el marco de las funciones que realizan.

“Artículo 86. Funciones de la Autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

...

5. Realizar abogacía de la libre competencia ante los agentes económicos, asociaciones, instituciones educativas, entidades sin fines de lucro, organizaciones de la sociedad civil y la Administración Pública, a través de la cual podrá recomendar, mediante informes técnico-jurídicos,

¹ Que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

la adopción o modificación de cualquier trámite o requisito propio de algún sector de la economía nacional o realizar estudios a fin de promover y fortalecer la competencia del mercado.

...

Artículo 99. Funciones específicas del Director Nacional de Libre Competencia. Además de las funciones generales previamente establecidas para los directores nacionales, corresponderá al Director Nacional de Libre Competencia el ejercicio de las siguientes funciones específicas:

1. Realizar estudios de mercado y los informes técnicos.”

Con el fin de elaborar el informe técnico-jurídico y dar respuesta a lo consultado ante esta Autoridad; la DNLC procedió a solicitar información a los principales agentes económicos que administran fondos de cesantía en Panamá y al regulador de la actividad, mediante las siguientes notas:

- ❖ Notas DLNC-MAC-040-2023/nb-ks y DNLC-MAC-044-2023/nb-ks, dirigidas a los principales agentes económicos que desarrollan la actividad de Administración de Fondos de Cesantías en Panamá.
- ❖ Nota DNLC-MAC-047-2023/nb-ks, se solicitó información relacionada al mercado de Administración de Fondos de Cesantía en Panamá, a la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá.

III. Análisis del mercado de administración de Fondos de Cesantía:

El Fondo de Cesantía es un mecanismo establecido por ley, que garantiza el pago de la prima de antigüedad e indemnización a los empleados con contrato por tiempo indefinido por parte de los empleadores, cuando se termine la relación laboral por despido injustificado o por renuncia justificada. Este fondo se establece como resultado de la Ley 44 de agosto de 1995, que introdujo la figura del fondo de cesantía en el Código de Trabajo (el artículo 229 A²) y está regulada por el Decreto Ejecutivo No. 106 del 26 de diciembre de 1995.

En base en la remisión que hace el artículo 229-C del Código de Trabajo de la Ley 10 de 1993 *“Las cotizaciones trimestrales a que se refiere el artículo anterior, se depositarán, a través de fideicomisos, en entidades privadas autorizadas por la Ley No. 10 de 1993, para la administración de fondos complementarios de retiros y jubilaciones...”*, lo cual, en el artículo 4 de la Ley 10 de 1993, modificado por el artículo 275 del Decreto Ley 1 de 1999.³, se establece que las personas jurídicas autorizadas para emitir y administrar los planes serán los bancos de licencia general, incluyendo al Banco Nacional de Panamá, compañías de seguros autorizadas para operar en el país, fideicomisos constituidos de conformidad con las leyes de la República de Panamá que sean administrados por empresas con licencia fiduciaria expedida por la Superintendencia de Bancos o

² Código del trabajo. Decreto de Gabinete No. 252 De 30 de diciembre de 1971 (Contiene las modificaciones de la Ley No. 44 de 12 de agosto de 1995). Páginas 50-52. <https://www.mitradel.gob.pa/wp-content/uploads/2016/12/c%C3%B3digo-detrabajo.pdf>

³ Decreto Ley 1 de 1999 - Ley de Valores. <https://supervalores.gob.pa/wp-content/uploads/2021/03/Decreto-Ley-1-de-1999-Ley-de-Valores.pdf>

por administradores de inversión registrados en la Comisión Nacional de Valores⁴. En caso de que los planes sean emitidos y administrados por los bancos, por las compañías de seguros o por los fideicomisos antes indicados, dichas personas deberán tener licencia de administrador de inversiones, expedida por la Comisión Nacional de Valores.

Algunas definiciones del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 106 de 26 de diciembre de 1995:

- ❖ Fideicomiso de Cesantía: El contrato de fideicomiso que contempla los derechos y las obligaciones de los empleadores, de los trabajadores y del fiduciario, que describe la política de inversiones del Fondo, de acuerdo a la Ley y a este Decreto.
- ❖ Administradora: La persona que realiza las inversiones de un Fondo de Cesantía.
- ❖ Fiduciario: La persona autorizada mediante licencia fiduciaria, a través de la cual se constituyen los Fondos de Cesantía.
- ❖ Fideicomitente: El empleador que constituya un Fondo de Cesantía, o el trabajador que haga aportes voluntarios.
- ❖ Ente Regulador: Superintendencia de Bancos de Panamá en el caso de bancos; la Superintendencia de Seguros y Reaseguros en el caso de compañías de seguros; y la Comisión Nacional de Valores en el caso de sociedades de inversión.

- **Agentes Económicos Administradores de Fondos de Cesantía**

La información aportada por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá, a través de nota No. SMV-356-JUR-08, indica que los agentes económicos que han reportado información sobre Fondos de Cesantía, a diciembre de 2022, son las siguientes:

Cuadro No 1. Administradores de Fondos de Cesantía

No	Administradoras
1	Profuturo AFPC, S.A.
2	Progreso AFPC, S.A.
3	AssetsTrust & Corporate Services
4	Banco Davivienda (Panamá), S.A.

Fuente: Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá

- **Entidades con Licencia Fiduciaria**

En cuanto a entidades con licencia fiduciaria, la Superintendencia de Bancos de Panamá, en su sitio web mantiene registrada un total de sesenta y tres (63) entidades fiduciarias, de las cuales tres (3) se encuentran en liquidación voluntaria y una (1) en proceso de cancelación de licencia fiduciaria. Por categoría de empresa, las mismas se clasifican en: bancos oficiales, banca privada local, banca privada extranjera, empresas vinculadas a bancos, empresas vinculadas a firmas de abogados, otras empresas fiduciarias.

⁴ Hoy Superintendencia del Mercado de Valores de la República de Panamá.

- **Composición del Fondo de Cesantía en Panamá**

Datos obtenidos en el sitio web de la Superintendencia de Bancos de Panamá⁵, en cuanto a la composición del Fondo de Cesantía, al 31 de diciembre de 2022, las cuatro (4) empresas fiduciarias que administran dichos fondos, corresponden a dos (2) empresas vinculadas a bancos, una (1) vinculada a banca privada internacional y una (1) empresa vinculada a firma de abogados.

Del total del Fondo de Cesantía, las dos empresas fiduciarias vinculadas a bancos, cuentan con el 87.14%, la empresa vinculada a firmas de abogados con el 12.67% y la empresa vinculada a la banca privada internacional con el 0.19%.

Cuadro No 2. Composición del Fondo de Cesantía. Al 31 de diciembre de 2022. (En miles de Balboas)

Cuentas	Total	Empresas Fiduciarias		
		Banca privada internacional	Empresas vinculadas a bancos	Empresas vinculadas a firmas de abogados
Prima de Antigüedad	533.547	1.746	505.417	26.384
Indemnización	80.407	449	76.935	3.023
Aportes Voluntarios	0	0	0	0
Sub - Total	613.953	2.195	582.352	29.407
Disponibile del Empleador	212.553	-593	137.867	75.279
Total del Fondo	826.506	1.602	720.218	104.686
Fideicomitentes / Empleadores	3.192	44	3.137	11
Beneficiarios / Trabajadores	365.869	976	358.260	6.633
Fiduciarias	4	1	2	1
Porcentaje del total del fondo	100%	0,19%	87,14%	12,67%

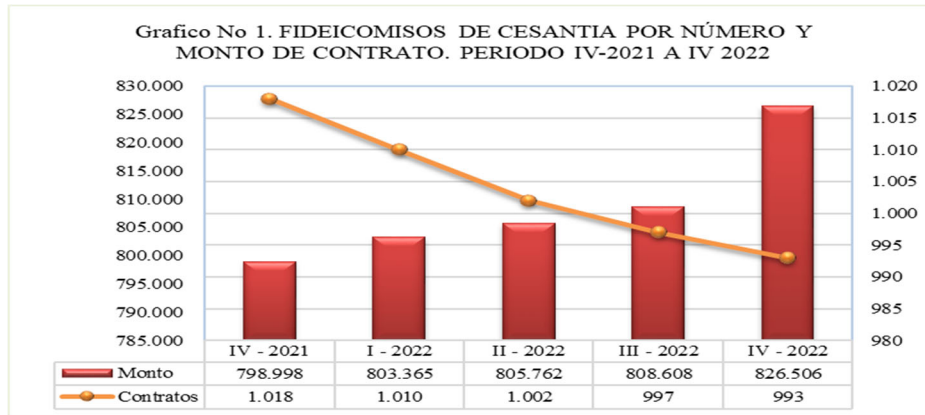
Fuente: Superintendencia de Bancos de Panamá

Cuadro No 3. Fideicomisos de Cesantías por Número y Monto de Contrato, según Categoría de Empresa. Trimestres: IV 2021 a IV 2022. (En miles de Balboas)

Empresas Fiduciarias	Trimestres									
	IV - 2021		I - 2022		II - 2022		III - 2022		IV - 2022	
Categoría	Contratos	Monto	Contratos	Monto	Contratos	Monto	Contratos	Monto	Contratos	Monto
Banca Oficial	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Banca Privada Local	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Banca Privada Extranjera	1	1.582	1	1.611	1	1.639	1	1.669	1	1.602
Empresas Vinculadas a Bancos	1.015	699.697	1.007	704.441	999	710.036	994	712.343	989	720.218
Empresas Vinculadas a Firmas de Abogados	2	97.718	2	97.313	2	94.087	2	94.596	3	104.686
Otras Empresas Fiduciarias	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Total	1.018	798.998	1.010	803.365	1.002	805.762	997	808.608	993	826.506

Fuente: Superintendencia de Bancos de Panamá

⁵ Sitio web Superintendencia de Bancos de Panamá: <https://www.superbancos.gob.pa/fiduciarias/estadisticas-fiduciarias>



Fuente: Datos obtenidos de la Superintendencia de Bancos de Panamá

Legislación en Panamá sobre Fondo de Cesantía

El Decreto Ejecutivo No.106 de 26 de diciembre de 1995, que reglamentó la Constitución, Administración y Supervisión de los Fondos de Cesantía a que se refieren los artículos 229-A hasta 229-O del Código de Trabajo, en el artículo 2 de dicho decreto, se establecen los requisitos que debe tener todo contrato para constituir un Fondo de Cesantía, que a la letra dice:

“Artículo 2: Todo contrato que se realice para constituir un Fondo de Cesantía deberá cumplir con las siguientes condiciones, en adición a lo establecido en la Ley 1 del 5 de enero de 1984.

....

11. Establecer los cargos por la transferencia del manejo de un Fondo de Cesantía a otro, dentro o fuera del Fiduciario.”

- **Situación actual en caso de sustitución del fiduciario de un Fondo de Cesantía**

En los contratos aportados por dos (2) administradoras de Fondo de Cesantía [REDACTED] se observa en ambos casos, que en la cláusula de sustitución del fiduciario, se establece que el fideicomitente podrá sustituir el fiduciario en cualquier momento, en cuyo caso se debe cumplir con el pago al fiduciario de un [REDACTED] % de los fondos aportados.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Si bien el fideicomitente puede sustituir a su administrador en cualquier momento, es a cambio de un pago, un porcentaje [REDACTED] de los fondos aportados. No hay norma que establezca límites a este pago (ni en tope de porcentaje, ni período de tiempo máximo en el que se puede hacer el cobro por cambiar de administrador del fondo).

Las administradoras de Fondo de Cesantías, [REDACTED] no establecen límite de tiempo para liberar al fideicomitente del pago de la cláusula de sustitución del fiduciario, lo cual desincentiva aún más moverse a otro fiduciario que ofrezca mejores condiciones por administrar el fondo, a medida que pasa el tiempo, toda vez que el pago del [REDACTED]% es sobre lo aportado al fondo, lo cual crece con el transcurrir del tiempo.

- **Eliminación de la cláusula de sustitución en el caso de los Fondos de Pensiones en Panamá**

Como precedente en la eliminación de cláusulas de penalidad se puede mencionar la modificación realizada a la Ley 10 de 1993, la cual establecía incentivos para la formación de fondos para jubilados, pensionados y otros beneficios, establecía originalmente lo siguiente:

Artículo 11. La administración de los planes a que se refiere esta ley y los fondos en ellos depositados podrán ser transferidos por el beneficiario a cualquier otra institución, siempre y cuando se notifique con un plazo no menor de (30) días ni mayor de (60) días calendario, según se establezca en el contrato.

En estos casos el contrato podrá establecer una penalidad no mayor de cinco por ciento (5%) del valor de los aportes acumulados.

Con el Decreto Ley 1 de 1999 (Ley de Valores) y sus reformas⁶, se modifica el artículo 11 de la Ley 10 de 1993, eliminando la penalidad de un monto máximo de 5% por transferir los fondos a otra institución administradora de planes de jubilación, quedando de la siguiente manera:

⁶ <https://supervalores.gob.pa/files/Ley/LEY-DEL-MERCADO-DE-VALORES.pdf>

Artículo 341. Modificación del artículo 11 de la Ley 10 de 1993. El artículo 11 de la Ley 10 de 1993 queda así:

Artículo 11. La administración de los planes a que se refiere esta Ley y los fondos en ellos depositados podrán ser transferidos por el beneficiario a cualquier otra institución, siempre que se notifique con un plazo no menor de treinta (30) días ni mayor de sesenta (60) días calendario, según se establezca en el contrato. Los contratos no podrán establecer penalidad por la transferencia de los fondos o de la cuenta a otra institución.

Es decir, en 1999 se prohibió el establecimiento de penalidades por transferencias de fondos a otro competidor, lo cual estaba originalmente permitido en la Ley 10 de 1993.

Si bien la modificación de la norma en referencia elimina la penalidad por transferencia de fondos, establece un período muy cerrado para poder hacer la transferencia, entre los días 30 y 60 días calendarios, lo cual sigue siendo una limitante, sobre todo para quienes tienen más de sesenta (60) días con un administrador. No obstante, lo relevante a los efectos de la presente consulta, es que se modificó la norma que permitía cobrar hasta un 5% del valor de los aportes acumulados, eliminándola.

Como se ha mencionado, en la regulación de fondos de cesantía no está normado el porcentaje tope a cobrar por cambiarse de administrador de fondos, ni el tiempo máximo durante el cual se puede hacer este cobro (esto último, tampoco estuvo normado en la administración de fondos de pensiones), esto dificulta la competencia potencial, al limitarla a nuevos clientes, por la dificultad de poder disputar clientes de los actuales administradores de fondos de cesantía.

Tomando como referencia lo ocurrido en fondos de pensiones, consideramos que, en aras de favorecer la competencia en el mercado de administración de fondos de cesantía, se debe normar en la misma dirección en la administración de fondos de cesantía, impidiendo que se cobre una penalidad por cambiar de administrador.

De existir alguna razón no valorada en este análisis, que justifique este cobro, se recomienda que el mismo se debe limitar a un tiempo máximo a partir del cual, se puede cambiar de administrador de fondo de cesantía, sin tener que pagar un cargo. En poco ayuda a la movilidad, que se cobre un porcentaje bajo de los aportes, si no se establece un límite en tiempo para poder hacerlo, toda vez que el monto a pagar crece con el transcurrir del tiempo, por ser mayor el monto de los aportes realizado, limitando la movilidad de las empresas a otras administradoras de fondos de cesantía.

- **Referencia nacional en materia de penalización**

En materia de penalización por cancelación anticipada del crédito, en el caso de los préstamos de consumo en Panamá, no procede dicho cobro. Sin embargo, en los préstamos hipotecarios, siempre que se cancele antes de los 5 años, sí se puede cobrar penalización.⁷ A pesar de que existe una

⁷ Sitio web SBP. <https://www.superbancos.gob.pa/sac/preguntas-frecuentes>

penalización, se establece para el caso de préstamos hipotecarios, un periodo de tiempo para que la misma pueda ser aplicada.

El artículo 5, literal “e” del Acuerdo 4-2011 de 4 de mayo de 2011⁸, modificado por el artículo 2 del Acuerdo No. 4-2016 de 29 de marzo de 2016, queda así:

“ARTÍCULO 5. Reglas para el cobro de ciertas comisiones y recargos en operaciones activas. Los bancos seguirán los siguientes lineamientos respecto al cobro de ciertas comisiones o recargos en operaciones activas:

...

e. No se cobrarán comisiones o cargos por cancelación anticipada, pagos extraordinarios, o por migración de un crédito hipotecario para vivienda a otra entidad bancaria de la plaza, cuando haya transcurrido más de cinco (5) años del plazo originalmente pactado. En los casos de crédito de consumo y agropecuario no se cobrarán, en ningún momento, comisiones o cargos por cancelación anticipada, pagos extraordinarios, o por migración de estos créditos.

...”

- **Referencias internacionales en materia de legislación de traslados de fondos de cesantía**

En el caso de **Colombia**, el numeral 3 del artículo 166 del Decreto 663 de 1993 establece que la permanencia de un trabajador en un Fondo de Cesantía será voluntaria y en consecuencia, todo afiliado puede transferir el valor de sus unidades a otro fondo, previo aviso a aquel en el cual se encuentre afiliado y a su empleador, en la forma y plazo que determine el reglamento y, por su parte, el inciso 4° del artículo 5° y el artículo 8° de la Ley 432 de 1998 establecen que los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro sólo podrán trasladarse a una Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías transcurridos tres (3) años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo.

No se observa en la norma colombiana que se hable de penalidades o pagos por transferencias de fondos, solo se establece una limitación de 3 años, pero para el caso de los servidores públicos y privados que deseen trasladar sus fondos de cesantía del Fondo Nacional de Ahorro⁹ a una administradora de Fondos de Cesantía distinta.

Otra referencia revisada es el caso de **Costa Rica**, en donde la Superintendencia de Pensiones¹⁰, indica que todo afiliado a los regímenes de pensiones complementarias y de capitalización laboral podrá, libremente y sin costo alguno, ejercer el derecho a transferirse hacia otra entidad autorizada, una vez haya cumplido con una permanencia mínima de seis meses calendario en una misma entidad, en condición de afiliado.

El derecho que tienen los afiliados del Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias y al Fondo de Capitalización Laboral a transferirse de operadora de pensiones se encuentra establecido en el artículo 10 de la Ley de Protección al Trabajador.

⁸ Sitio web SBP. https://www.superbancos.gob.pa/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2011/Compilado_Acuerdo_4-2011.pdf

⁹ Empresa comercial e industrial del Estado Colombiano, encargada de recaudar las cesantías de los afiliados, adelantar programas de crédito para compra de vivienda, administrar los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda, promover el Ahorro nacional

¹⁰ <https://www.supen.fi.cr/como-me-cambio-de-operadora>

Dicha normativa indica expresamente que la transferencia a otro operador no tiene costo alguno, estableciéndose un límite de tiempo de al menos seis meses con un mismo operador para poder realizarla.

IV. Recomendaciones:

Con el fin de incentivar la competencia entre los agentes económicos actuales y potenciales competidores, se recomienda tal como se dio con la modificación de la Ley 10 de 1993, eliminar el cargo por transferencia del manejo de un Fondo de Cesantía a otro, dentro o fuera del Fiduciario, el cual no tiene un tope máximo ni límite de tiempo para ser aplicado.

De existir razones para no eliminar el cargo por transferencia del manejo de un Fondo de Cesantía a otro, dentro o fuera del Fiduciario, se debe regular el límite de tiempo máximo para poder realizar cobro. Las referencias internacionales descritas establecen un límite de tiempo entre seis meses a tres años, recomendamos un tiempo máximo de año y medio u otro tiempo o mecanismo que permita mayor competencia.

En atención a lo dispuesto en artículo 86 numeral 5 y artículo 99 numeral 1, ambos de la Ley 45 de 2007, se remite copia de este informe técnico-jurídico de abogacía de la libre competencia a las entidades públicas relacionadas al tema, a fin de poner en conocimiento las recomendaciones vertidas por esta Autoridad, que buscan promover y fortalecer la competencia en el mercado nacional.