

Reforma de pensiones y compromisos en el TLC con Estados Unidos

“Reclamar contra ‘ventajas injustas para nuevos actores que ingresarían al mercado’ sugiere mantener barreras de entrada que limitan la competencia...”

OSVALDO ROSALES

Jefe Negociador del TLC de Chile con Estados Unidos

En las postrimerías del debate parlamentario sobre reforma de pensiones, ACLI (American Council of Life Insurers), entidad que controla Provida, Cuprum y Habitat, irrumpió con una carta cuestionando ejes de la reforma y dejando entrever la amenaza de recurrir al TLC para bloquearlos. En esa desafortunada carta, hablaba de “ventajas injustas para los nuevos actores que ingresen al mercado” y que la licitación bienal de afiliados constituiría una “expropiación de inversiones y una violación al trato justo y equitativo” con los inversores norteamericanos.



El “trato justo y equitativo” se lo especifica en el Artículo 10.4 del TLC como el nivel mínimo de trato a las inversiones, entendiéndolo como un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario. La obligación de proporcionar “trato justo y equitativo” abarca el deber de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos, conforme al principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos a nivel mundial. La reforma aprobada no contradice estos compromisos. Además, esta disciplina está expresamente excluida del ámbito de aplicación del sistema de solución de diferencias inversionista-Estado para las AFP.

Reclamar contra “ventajas injustas para nuevos actores que ingresarían al mercado” sugiere mantener barreras de entrada que limitan la competencia, permitiendo así a

las AFP actuales operar con comisiones elevadas que afectan las pensiones de sus afiliados. Dos de las tres AFP controladas por AILC tienen las comisiones más altas del mercado, casi triplicando las de otras AFP.

Las licitaciones de afiliados buscan aumentar la competencia en la administración de fondos de pensiones, reduciendo las comisiones y elevando el valor de las pensiones. Se pretende lograr esto sin sacrificar la rentabilidad de las inversiones, asegurando que el traspaso de personas no perjudique los fondos. Así lo ha indicado el ministro de Hacienda.

El TLC incorpora un anexo específico para definir una expropiación indirecta. Las expropiaciones directas transfieren el derecho de propiedad al Estado, como en una nacionalización. Las indirectas no afectan la titularidad del derecho. Como la reforma no nacionaliza las AFP, el reclamo alude a una expropiación indirecta.

El Anexo sobre Expropiaciones del TLC (Anexo 10-D) indica que para evaluar la existencia de una expropiación indirecta es necesario considerar en conjunto: i) el impacto económico de la medida en cuestión; ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión y iii) el carácter de la acción gubernamental.

Examinemos cada numeral: i) el impacto económico de la reforma será obviamente favorable para las AFP, dado que las cotizaciones que los afiliados aportan a las AFP crecerán desde un 10% de sus sueldos y salarios, previo a la reforma, a un 16%, gracias a la reforma. Un incremento del 60% en sus captaciones mal podría evaluarse como un impacto económico adverso para las AFP. El texto explicita que el hecho de que un acto económico afecte el valor de la inversión no

establece por sí solo que haya ocurrido una expropiación indirecta; ii) las “expectativas inequívocas y razonables en la inversión” mal podrán colisionar con un incremento en la competencia en el mercado, salvo que las “expectativas razonables” se afinquen en posiciones oligopólicas; iii) la acción gubernamental es no discriminatoria; surge de un amplio consenso académico y de un espectro político inéditamente amplio; fue apoyada por amplias mayorías en la Cámara de Diputados y en el Senado; recibe masivos respaldos en la opinión pública y persigue nítidos objetivos de bienestar social.

El texto del TLC indica “Salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiación indirecta los actos regulatorios no discriminatorios que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público” (TLC, Anexo 10-D). Difícil encontrar un caso más relevante de bienestar público que esta reforma de pensiones.

El Anexo II del TLC (Servicios sociales) presentado por Chile excluye de la obligación de Trato nacional (artículos 10.2, 11.2) y Trato de nación más favorecida (artículos 10.3, 11.3) a varios servicios sociales, en particular a los servicios de seguridad social. Se podrá concordar o no con la reforma, pero el TLC no aporta argumentos que avalen una demanda contra el Estado chileno en virtud de esta reforma.

Un apoyo tan generalizado a la reforma ciertamente debilita la postura de ACLI. Más aún cuando la reacción a la aprobación de la reforma en la Bolsa de Santiago fue un récord histórico en sus transacciones y cuando una de las AFP (que no participa en la Asociación de AFP) valoró la reforma de pensiones como un logro también histórico, estimando que ello se traducirá en mayor bienestar para los afiliados.