

Informe en derecho concluye que AFP perderían si van al Ciadi por licitación de antiguos afiliados

La mesa técnica que acaba de concluir su trabajo respaldó el licitar el stock de afiliados que mantienen las AFP, medida incluida en la reforma previsional del gobierno como una forma de promover la competencia. La posición de las AFP al respecto es que de prosperar algo así, podrían demandar a Chile ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). Sobre ello, en 2023 el constitucionalista y exministro del Interior, Mario Fernández Baeza, realizó un estudio jurídico que establece que “es posible un caso contra Chile en el Ciadi. Pero, si así ocurriera, su veredicto sería favorable para nuestro país”.

MARIANA MARUSIC

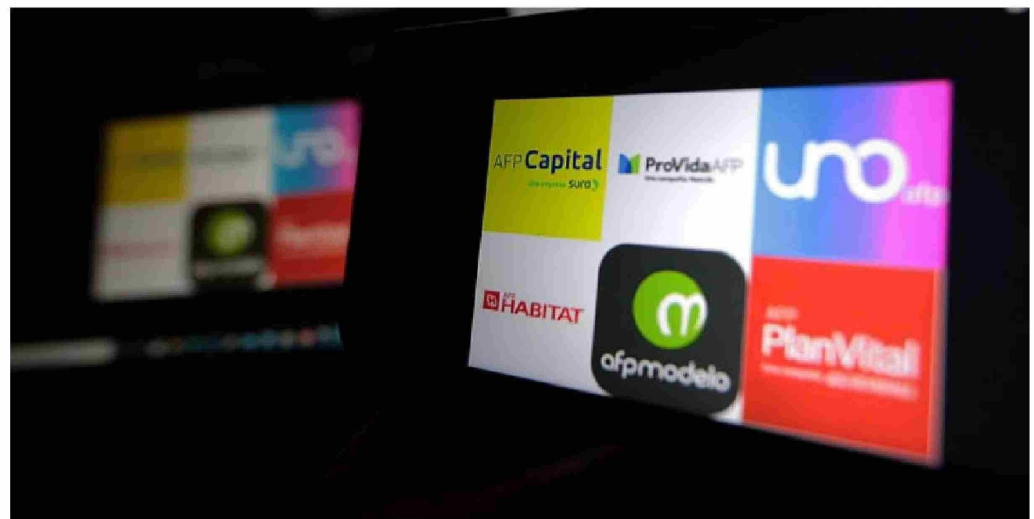
Desde hace varios años el economista Salvador Valdés viene proponiendo licitar los afiliados antiguos de las AFP como una manera de promover la competencia en dicha industria. Sin embargo, recién en este gobierno esa medida fue incorporada en la reforma previsional, siendo respaldada de manera transversal por la mesa técnica que acaba de terminar su trabajo, aunque no hubo consenso entre los expertos respecto de la eventual participación del Estado en esa licitación.

Al respecto, la posición de las AFP es que podrían demandar a Chile ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) en caso de que se apruebe una norma en ese sentido, ya que según estiman, “se genera un potencial caso de expropiación y cambio en las reglas con daño al inversionista”, señalaron en una carta que enviaron el 15 de junio pasado a la Comisión de Trabajo del Senado.

Justamente eso fue lo que analizó el constitucionalista y exministro del Interior durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet, Mario Fernández Baeza, en un informe en derecho que realizó a petición del abogado y expresidente de RN, Carlos Larraín.

Larraín comenta que hay un grupo de personas con las que ha trabajado, que buscaban una visión jurídica sobre la viabilidad que podrían tener eventuales acciones de las AFP en tribunales internacionales, “y a esas personas les interesa, sobre todo, la protección del sistema de capitalización individual”, puntualiza. Y se decidieron por Mario Fernández, indica, pues cumplía los requisitos para hacer un buen trabajo.

En particular el documento, que fue finalizado en julio de 2023, entrega una opinión jurídica “sobre una eventual solicitud de inversionistas extranjeros de las AFP ante el



Ciadi, para incoar un procedimiento contra el Estado de Chile. La base de tal hipotética demanda, sería la aprobación de una ley sobre el sistema de pensiones chileno”, que incluyera la propuesta que hizo Salvador Valdés para licitar a los afiliados antiguos o stock de afiliados. Para ello Fernández se basó en la presentación que hizo el economista en un seminario en la Universidad Adolfo Ibáñez, el 10 de mayo de 2023.

Ante esa situación hipotética, el estudio de Fernández concluye que “es posible un caso contra Chile en el Ciadi. Pero, si así ocurriera, su veredicto sería favorable para nuestro país”.

En el detalle, el documento dice que “sobre la admisibilidad (registro), mi opinión es negativa, porque se concluye que es posible que ante la denuncia motivada por la propuesta, el Ciadi podría incoar un proce-

dimiento de arbitraje contra Chile. Hay un factor que puede influir en seguir tal dirección, así como hay dos factores que pueden contribuir a impedirlo. El factor coadyuvante para la admisibilidad a trámite, es la remisión al Ciadi en Tratados comerciales firmados y ratificados por Chile. Y los dos factores inhibidores de la misma admisibilidad son: i) La jerarquía legal de la propuesta; y, ii) La rigurosidad del procedimiento de Iniciación en el Ciadi”.

Sin embargo, el informe establece que, en tal escenario, Chile saldría victorioso. “La conclusión sobre el cierre del asunto, es positiva. Respecto de la decisión del eventual arbitraje, estimo que, habiéndose acogido a tramitación, Chile puede obtener un laudo favorable, facilitado por dos factores coadyuvantes: i) La legitimidad jurídica del Ciadi en el Derecho Internacional; y, ii) La

experiencia de Chile en el Ciadi”.

RECOMENDACIONES

Más allá de dar una extensa argumentación para fundamentar lo anterior, Fernández también entrega tres sugerencias para afrontar la eventualidad de que el Estado de Chile sea llevado a un procedimiento de arbitraje internacional ante el Ciadi, por solicitud de uno o de varios inversionistas extranjeros en las AFP.

En primer lugar, propone “máxima unidad y consenso para la aprobación de la propuesta como ley”. Al respecto, señala que “es habitual que inversionistas reclamen por el cambio de reglas de juego en los países anfitriones o ‘receptores’ de sus aportes. Porque es obvio. En todo Estado, en cualquier país, su evolución global es dinámica y cam-

SIGUE ►►

biente y requiere de transformaciones. Y dichos cambios normalmente tienen lugar mediante modificaciones al ordenamiento jurídico, desde lo constitucional hasta lo administrativo”.

Añade que “a raíz de esas transformaciones, resulta usual y casi inevitable, que se alteren las llamadas ‘reglas del juego’ vigentes al celebrarse convenios de inversiones. Y de suyo, con mayor a menor sustento surgen reclamos ante tales cambios, atribuyéndose a ellos lesiones a los Tratados o perjuicios a las utilidades esperadas de las inversiones involucradas”.

Dado eso, comenta, “desde el punto de vista del Estado acusado- es imprescindible contar (con) la máxima unidad y mayoría interna en torno a la medida cuestionada. Especialmente en el actual escenario globalizado y digital, cualquier fisura en el frente interno es posible exagerarlo en su potencial efectivo. Por lo mismo, el apoyo interno no puede ser sólo formal y mediático, sino efectivo”.

También plantea que “en términos concretos, si una legislación previsional es identificada como causante de perjuicios a una inversión extranjera y por ello, el Estado de Chile es demandado ante los procedimientos del Ciadi, es necesario evitar, que los argumentos del demandado coincidan con los argumentos que tuvieron quienes se opusieron a que tal propuesta se convirtiera en ley. Por ello es tan importante que la reforma previsional tenga un apoyo tan amplio político y socialmente, sino también técnico”.

Así, añade que “el debate jurídico en estrados internacionales, se fortalece enormemente. Esta exigencia de unidad también incluye los matices -las concesiones- que son tan necesarios de flexibilizar durante las negociaciones legislativas internas. Una decisión con una gran mayoría, pero frente a una pequeña, pero clara minoría, resulta ser débil para enfrentar un ejercicio litigioso internacional. En consecuencia, debe buscarse consensos en vez de mayorías, especialmente cuando la minoría es tal, pero fuerte”.

En segundo lugar, recomienda “pulcritud argumentativa para afirmar que la propuesta no afecta la esencia, la raíz, del sistema previsional chileno, aunque sí represente una verdadera modernización del mismo”.

En ese sentido el texto argumenta que “una propuesta de reforma previsional podría cambiar la estructura de las AFP, manteniendo la capitalización individual, sin alterar la esencia del sistema vigente”.

En tercer lugar, habla de “afrontar un eventual litigio en el Ciadi con una mirada y una metodología multisectorial y transnacional”. Para ello manifiesta que “un litigio de esta envergadura exige la formación de una ‘fuerza de tareas’ multidisciplinaria, por una parte, y experimentada, por la otra. O sea, un equipo con mucho y vasto conocimiento de los temas concernidos, además de mucha y vasta experiencia en el ejercicio práctico de los mismos”.⁹