

Arbitraje de Insolvencia Internacional: Argumentos y Contraargumentos



erlassjahr.de
Lindenstraße 58 - 60
53721 Siegburg
Tel.: (0 22 41) 59 12 26
Fax.: (0 22 41) 59 12 27
E-Mail: buero@erlassjahr.de
<http://www.erlassjahr.de>



La Insolvencia es para empresas; para países esto no es aplicable dado que son soberanos

Si uno considera la percepción general de insolvencia corporativa o individual, esta afirmación es legalmente cierta. Y es justamente por eso por lo que se propone el Capítulo 9 de los EEUU como modelo. El Capítulo 9 ha sido diseñado e implementado para tratar las oportunidades y restricciones específicas que deudores con poderes gubernamentales están enfrentando. Todos sus principios pueden y deben ser aceptados internacionalmente.



“La ley internacional no conoce alguacil” – el arbitraje no puede ser aplicado

Correcto, no hay ninguno. Pero eso es válido para TODOS los casos, incluidos los no relacionados con la deuda. El arbitraje todavía funciona bastante bien en disputas internacionales y como mecanismo de establecimiento en el marco de tratados internacionales como la OMC. En todos estos casos la ausencia de regulación formal no impide su desarrollo. Lo mismo sucede con acuerdos existentes sobre la deuda, como por ejemplo con el Club de París. Los acuerdos entre países y sus acreedores no pueden ser aplicados de la misma forma que acuerdos entre individuos dentro de un país. La única razón por la que países soberanos respetan acuerdos internacionales, como los de pago de una deuda insostenible, es que consideran las ganancias –políticas y económicas– mayores que las pérdidas en las que incurrirían si entran en conflicto con los que han visto en la mesa de negociación. Por lo que a esta debilidad fundamental de las relaciones internacionales se refiere, un proceso de arbitraje no es, formalmente, ni mejor ni peor que el procedimiento existente de dominio del acreedor. En la práctica, el hecho de que se haya llegado a acuerdos con mayor partici-

ipación de todas las partes implicadas tiende a conseguir mejores y más sostenibles resultados (ver más adelante). De todos modos, nadie propone deshacerse de los Clubes de París y Londres por ser incapaces de invadir los deudores soberanos que no cumplen.

Acreedores y deudores individuales actúan con total indiferencia respecto a las reglas del Club de París (CP). Esto sucede, en parte, debido a que habitualmente sólo algunos de los acreedores soberanos de un país están involucrados en el cumplimiento de los acuerdos del CP –normalmente los países de la OSCE que también son miembros del Club de París. Otras naciones acreedoras, sean Economías Emergentes o mismos HIPC (Países Pobres Altamente Endeudados), suelen no ver razón alguna para garantizar un alivio a un deudor como parte de un acuerdo en el que no han tenido participación alguna. Esto se da de forma todavía más notoria en el caso de acreedores privados a quienes los miembros del CP tratan de implicar con “cláusulas de igual trato”; éstas establecen que un acreedor privado debe garantizar al deudor condiciones similares a las acordadas en el CP. Especialmente cuando el volumen de las inversiones privadas en el Sur es hasta nueve veces el de las públicas, los acreedores privados tienden a hacer caso omiso de este tutelaje. Contrariamente, un acuerdo desarrollado con la participación de todas las partes involucradas tiene mucho mayor probabilidad de ser respetado por todos los involucrados.



Después de un procedimiento de insolvencia/arbitraje los países no van a recibir nunca nuevos préstamos; se autoexcluirán de los mercados de capital.

Si eso fuera cierto ninguna compañía reorganizada conseguiría nuevos créditos –cosa absolutamente falsa, como la experiencia diaria muestra. Ésto es igualmente falso para los prestatarios soberanos: Indonesia obtuvo una reducción de sus deudas en una insolvencia de facto en 1969. A mediados de los 70 padeció la

“Crisis Pertamina” debido a que el sector público había podido sobreendeudarse de nuevo.

Además, los inversores deciden sobretodo en función de la probabilidad de cobro en el futuro. La historia de un deudor en lo concerniente al servicio de los préstamos en el pasado no es, desde luego, el aspecto más importante de los que toman en cuenta.

Por otro lado ven, lógicamente, las posibilidades de cobro mejoradas, una vez se han asegurado que el capital introducidos por ellos no es usado para cubrir antiguas inversiones improductivas o fracasadas.



Se deberá crear una nueva burocracia internacional para que se ocupe de los procedimientos de insolvencia.

Es importante recalcar que un Capítulo 9 internacional no precisaría en absoluto de una nueva organización ni de una burocracia costosa. Los equipos de arbitraje son temporales. Una vez se ha conseguido comenzar a implementar un plan factible, el equipo puede ser disuelto. Si más adelante aparecen de nuevo desacuerdos puede volverse a reunir o formarse con nuevos arbitradores. Teóricamente, ni siquiera se requeriría un tratado internacional estableciendo procedimientos de insolvencia ratificado por todas (o las más relevantes) naciones acreedores, si todos (o los más relevantes) acreedores quisieran poner solución al problema. Sin embargo, en la práctica, un tratado internacional sería de mucha ayuda.

¿Y qué hay del personal técnico necesario para un arbitraje? Tanto los acreedores como los prestatarios contratan personal cualificado para gestionar las reestructuraciones u otros asuntos relacionados con la deuda. En un Capítulo 9 internacional esta gente simplemente haría lo que ha hecho hasta ahora: negociar y argumentar sus propios enfoques. Pero ahora deberían hacerlo frente a los

arbitradores y no entre ellos mismos. Como el equipo está constituido por 3 o 5 arbitradores, más un número similar de personas por caso ejerciendo funciones administrativas, no se puede apenas hablar de una enorme burocracia internaciona; incluso considerando que habría bastantes casos dada la acumulación existente. En el caso de la OMC (que tiene personal permanente) esta preocupación respecto a nuevas burocracias no se manifestó en absoluto.



Los países se endeudarán irresponsablemente si no se enfrentan a la desagradable perspectiva de tener que visitar el Club de París en caso de incumplimiento.

Bajo un procedimiento de arbitraje los deudores también tendrían que afrontar investigaciones exhaustivas de sus propios recursos, así como en la gestión de sus antiguos préstamos y prácticas de gobierno. Esto se daría bajo vigilancia pública que más bien reforzaría la disciplina de gobiernos deudores y funcionarios públicos.

En todo caso, el efecto disciplinario de los mecanismos existentes ha sido extremadamente enfocado sólo a una de las partes. En realidad, una mala deuda implica, necesariamente, un mal préstamo y, por tanto, un mal acreedor. La necesidad de incrementar la disciplina no sólo del prestatario sino también del acreedor no ha sido jamás tomada en cuenta en el marco de trabajo existente.

La historia revela que el efecto disuasorio de los mecanismos existentes contra sobreendeudamientos, ha sido mínimo. Gobernantes opresivos o corruptos apenas toman en consideración aspectos a largo término de los pagos o las renegociaciones cuando contraen préstamos para sus necesidades inmediatas. Contrariamente, de nuevo, acreedores que durante los años 70 desembolsaron “petro-” y “metro dólares” en grandes cantidades sin hacer preguntas, lo hubieran pensado antes dos veces si hubieran tenido que responder ante los fracasos de esos préstamos.



En vez de inventar mecanismos completamente nuevos, uno debería, más bien, mejorar los existentes. De hecho, HIPC está ya tomando en cuenta muchos de los elementos del proceso de insolvencia/arbitraje.

Esta afirmación dista mucho de la realidad del HIPC. De los cuatro principios básicos de un proceso de insolvencia internacional, el HIPC tiene en cuenta, sólo ligeramente, parte de uno de ellos: no hay toma de decisiones independiente, no se escucha a todos los involucrados antes de tomar una decisión en alivios de deuda y el procedimiento no es de conjunto –aunque a veces se afirme lo contrario. El único elemento de un proceso de insolvencia que el HIPC tiene derecho a afirmar que respeta es la protección de las necesidades básicas de un país endeudado. De cualquier forma, las definiciones de “sostenibilidad de la deuda” aplicadas a lo largo de la historia de los esquemas es tan poco realista, manteniendo un listón de “deuda sostenible” tan alto, que algunos países incluso pagaron más después de ser aliviados de la carga de su deuda que antes.

Este óbvio fracaso no es fortuito. Muestra el defecto fundamental de que una solución sostenible no puede ser alcanzada si alguien es juez y parte en su propia causa. Por lo tanto, un “Club de París reformado” no representaría una solución. Un cártel de acreedores puede, en el mejor de los casos, actuar con benevolencia con respecto al deudor. Nunca puede hacer justicia. Es por eso que la imparcialidad es uno de los elementos esenciales del funcionamiento de la ley.



Nunca lo hicimos así...

Esta afirmación no es del todo correcta. Cuando Indonesia estaba al borde de la suspensión de pagos en 1969 y el Club de París no disponía ni de los instrumentos ni de los procedimientos para aliviar al país de algunas deudas impagables, pero al mismo tiempo tuvo un gran interés en estabilizar la dictadura militar en un rincón estratégicamente importante del mundo, no les faltó imaginación, como óbviamente sucede hoy en día. El CP contrató un banquero experimentado para establecer un compromiso que era coherente (incluso incluyendo la Unión Soviética, que era un acreedor importante de Indonesia) y aceptable para todos. El “mediador” encontró una solución que en realidad contradecía todos los principios del Club de París. Finalmente fue capaz de convencer a todas las partes para aceptar una cancelación total de intereses de reclamaciones anteriores. Aunque esta “mediación” no fue un arbitraje en el estricto sentido de la palabra, sí contenía muchos de sus elementos, y manifestó la superioridad de soluciones negociadas sobre éstas impuestas por los acreedores.

Erlassjahr 2000 Alemania, 12/00