

# EN EL CAMINO HACIA REGLAS INTERNACIONALES PARA INSOLVENCIAS PÚBLICAS

por Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Berlín<sup>1</sup>

Humboldt-Universität zu Berlin

## A. Observaciones Generales

### I. Motivos para introducir un Nuevo Cuerpo Legal

En estos días somos testigos de la creación de un nuevo cuerpo legal – el Fondo Monetario Internacional (FMI) lo llama “Sovereign Debt Reduction Mechanism – SDRM”<sup>2</sup>, pero por motivos que se especificarán más adelante (numeral C) parece preferible nombrarlo derecho internacional público de insolvencia. A pesar que el tema estaba pendiente, ya desde hacía mucho tiempo, fue una sorpresa para todos cuando a finales de noviembre del año 2001 Anne Krueger del FMI, no sólo llegó a discutir la idea de establecer tal derecho internacional público de insolvencia, sino que también presentó una propuesta bastante detallada de qué forma podría ser este derecho.<sup>3</sup>

Desde el punto de vista histórico uno tiende a especular sobre los motivos por los cuales el FMI lo convirtió esta vez en un tema público. Se podría pensar que tiene que ver con la crisis en Argentina. Sin embargo, deja lugar a dudas, ya que esta crisis desde el principio se ha limitado a un sólo Estado. En comparación con la crisis en Asia del Este en 1998, que se extendió de los así llamados Estados tigres a Japón y de allí a Rusia y finalmente a Brasil, la crisis en Argentina realmente no es un problema global. No obstante, en aquel entonces no se le ocurrió a nadie proponer un derecho internacional público de insolvencia. Por eso, es muy probable que el verdadero incentivo (y, probablemente, subconsciente) fueron los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001, los cuales hicieron sentir a las personas –por lo menos durante un momento- que el mundo no es nada más que un grupo de 200 Estados

---

<sup>1</sup> Discurso pronunciado el 25 de marzo del 2002 en Universidad "La Sapienza", Roma.

<sup>2</sup> A Sovereign Debt Restructuring Mechanism – Further Reflections and Future Work (FMI 2002 b). Este documento (aún no ubicable en el internet) especifica lo que el FMI determinó a finales del 2001: InternationaleFinancial Architecture for 2002: A New Approach to Sovereign Debt Restructuring (FMI 2001), [www.imf.org/external/np/speeches/2001/112601.htm](http://www.imf.org/external/np/speeches/2001/112601.htm); y lo que se ha elaborado a comienzos del 2002: The Evolution of Emerging Market Capital Flows: Why We Need to Look Again at Sovereign Debt Restructuring (FMI 2002 a), [www.imf.org/external/np/speeches/2002/012102.htm](http://www.imf.org/external/np/speeches/2002/012102.htm). Véase también A. Krueger, New Approaches to Sovereign Debt Restructuring: An Update on Our Thinking.

<sup>3</sup> Veá FMI 2001.

inevitablemente interdependientes y que por ende se tiene que encontrar un modus vivendi para poder tratar unos a los otros de manera justa y duradera.

## II. ¿Soberanía como un Argumento en contra?

Cualquiera que haya sido el verdadero motivo, el discurso de Anne Krueger eliminó (casi) todas las objeciones hasta este momento existentes contra tal procedimiento. Uno de los argumentos más famosos en contra ha sido siempre, que el concepto de la soberanía era incompatible con la aplicación de un procedimiento de insolvencia sobre Estados. Esto es cuestionable por diversos motivos:

Primero, el procedimiento según el capítulo 9 del código de quiebra de los Estados Unidos trata el quiebre de municipalidades – compensando estrictamente el mantenimiento de la soberanía y las necesidades de un procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, la quiebra de Nueva York en los años 70 fue tratada y resuelta por tal procedimiento según el capítulo 9, el cual al principio fue ratificado debido a las peculiaridades de este caso particular. Segundo, lo que tradicionalmente se ha considerado concepto de la soberanía es –de hecho- bastante obsoleto: la idea de Bodin de que las entidades independientes y autónomas están sujetas exclusivamente al derecho internacional público estaba tambaleando desde los Tribunales de Nuremberg. Basta con referirse a los avances del derecho criminal internacional público que hoy en día se preocupa de personas individuales como Pinochet o Milosevic. Pero también las condiciones, bajo las cuales tanto el FMI como el Banco Mundial están prestando dinero a los países, difícilmente pueden estar en conformidad con el concepto tradicional.<sup>4</sup> Y finalmente, un procedimiento de insolvencia, adaptado a las peculiaridades de la insolvencia pública –de acuerdo a la presente propuesta- será aplicado exclusivamente si el Estado en cuestión presenta la solicitud correspondiente. La totalidad de estos hechos aclara que una infracción de la soberanía de un estado no es tema alguno en el presente contexto.

## III. El Antiguo Modelo sobre cuya base tiene que ser formado el Nuevo

### 1. El Método

El modo de cómo se debería desarrollar este nuevo procedimiento es interesante ya que ejemplifica otra vez el modo de cómo los juristas generalmente “descubren” “nuevos” “derechos”.<sup>5</sup> El mejor modo de operación se puede ilustrar ejemplificando el modo de operar del

---

<sup>4</sup> Véase por ejemplo Weigelt, Die Konditionalität des Internationalen Währungsfonds in ihrem Verhältnis zur Staatssouveränität und zu den Menschenrechten – zugleich ein Beitrag zu den Entwicklungen staatlicher Souveränität im modernen Völkerrecht, 1999.

<sup>5</sup> Paulus, Verbindungslinien zwischen altem und neuem Recht, in: Festschrift für Mayer-Maly, 2002, p. (siguientes).

comité de diez hombres en la Antigua Roma. Habiéndoseles encargado la tarea de establecer en forma escrita un derecho para la estabilización del orden social, no se centraron en elaborar un proyecto preliminar, sino que primero viajaron a Grecia para ver cómo funcionaban otros derechos. Casi de la misma forma están emergiendo las nuevas reglas de insolvencia pública: uno observa ejemplos existentes y los adapta a las nuevas necesidades.

## 2. La Función Disciplinaria de todo Derecho de Insolvencia

Verdaderamente no es ninguna sorpresa que estos ejemplos se consideren dentro del derecho tradicional (por ejemplo privado) de insolvencia. Ello es legítimo por dos motivos: Primero, existe el cuerpo legal que ha tratado justo el mismo problema actual – la imposibilidad de una entidad de satisfacer sus acreedores. Durante milenios, este cuerpo legal ha desarrollado estrategias para tratar la situación. Segundo, uno de los motivos fundamentales para la “invención” del derecho privado de insolvencia fue la intención de disciplinar a los participantes del mercado; el miedo a que se active un procedimiento de insolvencia sirve en el fondo casi como una “luz roja”, cuyas reglas diferentes a las existentes en el transcurso general de negocios tienen que ser aplicadas. Es justamente este efecto disciplinario, el cual se considera cada vez más característica extraordinariamente importante, también para el sector del derecho público. Se sabe que la mera existencia de tal procedimiento puede cumplir su función aunque nunca llegue a ser aplicado.<sup>6</sup>

## 3. La “Carrera” del Procedimiento por Plan

Volviendo al tema de los ejemplos existentes; no sólo existe el anteriormente mencionado procedimiento según el capítulo 9, sino que también existen todos los así llamados procedimientos por plan, los cuales han sido ratificados por la legislación estadounidense bajo la forma de su famoso procedimiento según capítulo 11 y que tienen sus raíces justo en ese país por la necesidad de reorganizar las compañías ferrocarriles después de que se habían quebrado en el siglo XIX. Resumiendo, es un procedimiento, por el cual el deudor y sus acreedores tratan de llegar a un acuerdo en base a un plan sobre las posibilidades de salvar al deudor; una tercera persona, que sea neutral, presidirá; y el requisito de unanimidad para las negociaciones extrajudiciales ha sido reemplazado por un voto mayoritario.

El procedimiento por plan se entendió como una alternativa al tradicional y reconocido procedimiento de liquidación; fue asumido como tal por muchas legislaciones nacionales sobre quiebras a finales del siglo XX cuando una ola –aún activa– de legislación relativa a

---

<sup>3</sup> Relativo a este „derivado legal“ del anterior concepto político: Peace through Deterrence, vea por ejemplo FMI 2002, sub 10.

insolvencias literalmente atravesó todo el mundo. Una fuerza adicional que moviliza este desarrollo son las instituciones Bretton Woods como el FMI y el Banco Mundial: en los últimos años establecieron principios y normativas respecto a como se debería desarrollar un derecho de insolvencia moderno y eficiente.<sup>7</sup> Ambos coinciden que el procedimiento por plan desempeña un papel esencial en este contexto. La anteriormente mencionada condicionalidad garantiza que los legisladores de los países prestatarios no ignorarán este aspecto.

#### 4. Un Cambio de Valores

Esta sorprendente carrera del procedimiento por plan dentro del derecho privado trae consigo un cambio de valores importante – por lo menos fuera de los Estados Unidos. Allí la quiebra<sup>8</sup>, que se entendía en casi todo el mundo como un defecto, ha sido reemplazada ya desde un principio y en términos generales por la idea de que el deudor debería tener la oportunidad de un nuevo comienzo – ello probablemente debido al mito fundacional de un nuevo comienzo en el Nuevo Mundo y por las necesidades de descubrir y colonializar el Occidente. Casi todo el resto del mundo se podía dar el lujo de criminalizar y penalizar a aquellos, que fracasaban en la vida económica y derivaban en una quiebra. Los ejemplos van desde la estigmatización social, como la infamia en la Antigua Roma, hasta la pena capital.

Sin embargo, tanto el actual incremento de la sociedad de prestación de servicios (“Dienstleistungsgesellschaft”) en todo el mundo, como las necesidades actuales de las así llamadas economías en transición provocaron un cambio general de esta actitud. Dentro del sector de prestación de servicio, los acreedores están en una mejor situación, si el deudor regresa al escenario económico pues ya no tiene nada o sólo es poco lo que se podría vender para satisfacer sus acreedores. Los típicos bienes de tales deudores son unos muy personales – como conocimientos, buena voluntad, ideas, capacidades etc. En vez de liquidar estos bienes sin que haya remedio, el deudor recibe mediante el procedimiento por plan la oportunidad de un nuevo comienzo.

Lo mismo vale para muchas, si no para todas, las empresas de países en transición. Si los requisitos para comenzar un procedimiento de liquidación fueran aplicados al igual que en países como Alemania, Italia o similares, casi todas las compañías tendrían que ser eliminadas. Para evitar tales resultados inaceptables, el procedimiento por plan se considera

---

<sup>7</sup> International Monetary Fund – Legal Department, *Orderly and Effective Insolvency Procedures - Key Issues*, 1999; World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, 2001.

<sup>8</sup> Instructivo, e.g., J. Whitman, *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence*, 105 *The Yale Law Journal*, p. 1872 seq. (1996)

una solución adecuada, pues le ofrece al deudor por lo menos la oportunidad de un nuevo comienzo – en el caso de que, por supuesto, la mayoría de los acreedores esté de acuerdo.

#### IV. Las Antiguas y Actuales Formas de Tratamiento de una Insolvencia Pública

Si, conforme con esto, la insolvencia no significa necesariamente cualquier forma de muerte civil, sino que implica la opción de un nuevo comienzo, se la adapta a la situación en la cual la liquidación es un derecho no realizable desde el principio. Tal es la situación, y hasta paradigmática, cuando quiebra un Estado. De hecho, ni siquiera se debería pensar en la liquidación en estos casos - ¿quién vendería qué a quién? Una reorganización es lo que se considera como objetivo primario (si no exclusivo) desde que existan negociaciones de reestructuración de deudas.

La historia viene de bien atrás – desde antes de la institucionalización del Club de París.<sup>9</sup> La formación de este Club en 1956 significó de todos modos un paso hacia adelante para transformar los esfuerzos comunes en un procedimiento. Al comienzo de los años 70, cuando los créditos literalmente llovían sobre los países pobres, ellos sólo tenían buena voluntad para aceptarlos. Cuando más tarde la necesidad de la devolución del dinero se convirtió en la famosa trampa de deudas y como tal un fenómeno de masas, quedó claro que tanto los procedimientos del Club de París como del Club de Londres resistieron a todo cumplimiento con requerimientos establecidos por el estado de derecho. En este caso los acreedores han sido –y aún lo son- todo en uno: acreedores, jueces, donadores y acusadores. Ello vale sobre todo para las instituciones Bretton Woods, que no solo son acreedores y asesores, sino que están más bien ligadas a las decisiones de la mayoría de los miembros, que suelen ser casi los mismos que los principales países acreedores.

#### V. Restricciones de lo que tiene que ser desarrollado ahora.

Considerando este desarrollo, la propuesta de Anne Krueger anteriormente mencionada significa un gran paso adelante en la dirección a la aplicación del Estado de derecho también en este área. En orden a mantener el avance de las cosas en la situación actual de la política y los intereses económicos, parece prudente empezar con la creación de un procedimiento y abstenerse de incorporar demasiados aspectos sustanciales. Por eso, no habrá por ejemplo una cancelación automática de las deudas al término de tal procedimiento – excepto que la mayoría de los acreedores llegue a este acuerdo.

---

<sup>9</sup> Véase en detalle, FMI 2002 a y adicionalmente FMI Working Paper, preparado por Rogoff/Zettelmeyer: Early Ideas on Sovereign Bankruptcy Reorganization: [www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0257.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0257.pdf).

De este modo el autor presenta aquí lo que parece una solución factible; como se contradice con la propuesta del FMI, se expondrá de forma resumida, lo que al parecer es la versión más reciente del concepto del Fondo.

### **B. El Concepto del FMI**

El SDRM del FMI se diseñó de tal forma que le confiere a esta institución la función decisiva para esos procedimientos y dentro de los mismos. La reflexión más reciente sobre el tema renuncia a la idea anterior que hasta la entrega de una solicitud para comenzar un SDRM estaría sujeta a la aprobación del FMI.<sup>10</sup> En su lugar, uno de los aspectos más importantes de toda regulación de insolvencia –particularmente la suspensión inmediata del derecho de acción de los acreedores al comienzo del caso (“suspensión automática”)- deberá depender de todos modos del consentimiento o del FMI o de los acreedores.<sup>11</sup>

Aún más, el motivo para comenzar un caso debería ser la existencia de deudas insostenibles – juzgando el Fondo cuando se trata de deudas insostenibles.<sup>12</sup> Finalmente, el plan debería estar sujeto a la aprobación final del Fondo – así el FMI dispone de una especie de última palabra relativa a cómo se tendría que resolver la desolada situación financiera del deudor.<sup>13</sup> Bajo estas circunstancias, no es mucho más que sólo una agradable concesión al Estado de derecho, que esta propuesta también disponga reglas para los jueces independientes: son encomendados con las tareas de verificar las exigencias del acreedor y apaciguar las disputas derivadas.<sup>14</sup>

### **C. Una Alternativa**

A la vista de esta propuesta se debería reiterar: el FMI no es exclusivamente asesor y acreedor de la mayoría de los países en cuestión, sino que es más bien una institución constituida por numerosos miembros, siendo los más ricos a menudo al mismo tiempo también acreedores y tienen una influencia decisiva dentro del FMI. Desde el punto de vista de los requerimientos fundamentales de las normas del derecho, tal colisión de funciones e intereses descalifica esta institución para un mayor papel dentro del procedimiento de insolvencia. Por eso, la consiguiente construcción de un procedimiento parece ser preferible – aunque hay que admitir que una cantidad de preguntas queda sin respuesta y que la mayoría de los aspectos todavía necesita más elaboración y precisión.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> FMI 2002 b más c

<sup>11</sup> FMI 2002 b, 14 sig., 28 sig.

<sup>12</sup> FMI 2002 b, 4

<sup>13</sup> FMI 2002 b, 27

<sup>14</sup> FMI 2002 b, 58 sig.

<sup>15</sup> Lo que sigue es una elaboración de lo que ya había propuesto en publicaciones anteriores – en orden cronológico: Staatliche Schuldenregulierung: (1)Verfahren und mögliche Inhalte, BMZ-spezial Nr 38, 2002 (=

## II. Aspectos Generales

### 1. La Tercera Parte será Neutral

#### a) Selección

Los principios del Estado de derecho, cuya aplicación es generalmente demandada o recomendada, dice que un procedimiento de regulación de deudas no puede ser encomendado exclusivamente a las partes afectadas (dejarlo sólo a un acreedor<sup>16</sup>) sino que –por lo menos en la última instancia- tiene que estar bajo la supervisión de una tercera parte la cual será neutral. Sólo entonces pueden surgir los mismos beneficios que existen en el derecho privado de insolvencia. Sin embargo, a diferencia de lo que propuso el FMI, esta tercera parte independiente no puede estar encargada de sólo unas pocas tareas menores sino que tiene que jugar un papel mayor dentro del procedimiento.

Respecto a la selección, lo primero que se debería considerar es un limitado número de candidatos. Pues el tema es una tan importante, que es vital que se configure cuanto antes un grupo de expertos; no sólo es de gran relevancia para prever el procedimiento, sino que también significa que la totalidad de experiencia acumulada facilita que el procedimiento se realice al mayor estándar posible. Este objetivo es tanto más fácil de conseguir, cuanto más pequeño es el número de candidatos para la posición de la tercera parte.

Junto a este tema prioritario, la relevancia de cómo se define tal grupo de colaboradores y dónde se ubica es sólo secundaria. Podría estar vinculado a una institución – por ejemplo las Naciones Unidas o una de sus agencias especializadas o (la elección evidente desde el punto de vista de un abogado) la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

De todos modos sería plenamente factible que el grupo se diseñara de una forma más abierta y que las partes tuvieran su opción, como en procedimientos normales de arbitraje, para designar una persona de su elección que a su vez designe a una tercera parte que asumirá un papel supremo. La dificultad en este caso es, por supuesto, la decisión de quién formará parte del grupo de colaboradores y quién tendrá la autoridad para formarlo. La opción del

---

[www.bmz.de/infothek/fachinformationen/spezial/spezial038/index/html](http://www.bmz.de/infothek/fachinformationen/spezial/spezial038/index/html); (2) Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten, Wertpapier-Mitteilungen 2002, S. ..(en inglés: Some Thoughts on an Insolvency Procedure for Countries, to appear in the American Journal of Comparative Law 2002); (3) Ein Insolvenzverfahrensrecht für Staaten, Humboldt Forum Recht, [www.Humboldt-Forum-Recht.de/1-2002/index.html](http://www.Humboldt-Forum-Recht.de/1-2002/index.html).

<sup>16</sup> A veces (y especialmente en los EE.UU.) es el deudor el que tiene a su cargo tratar su propia insolvencia (= deudor en posesión) – pero está bajo la supervisión de una Corte independiente.

“arbitraje” tiene la ventaja de ser más flexible y probablemente aceptado más rápidamente, pues por lo menos uno de los que toman la decisión tiene que ser nombrado por las mismas partes. La opción de la “institución” tiene de todos modos la ventaja de mayor neutralidad y una definición más fácil.

Por eso, el presente autor, está a favor de la creación de una Cámara nueva de la Corte Internacional de Justicia – una Cámara para insolvencias. Pero no sería suficiente ampliar las nuevas y las existentes competencias de los jueces actuales, ya que la forma de trabajo tratada en la propuesta actual es bastante diferente a la tarea “habitual” de un juez que resuelve disputas. Un gran número de temas altamente económicos, políticos y sociológicos (y sólo finalmente también legales) deben ser tomados en consideración – en relación a la habilidad de “manejar” negociaciones entre partes fuertes en vez de decidir la controversia surgida entre ellos a nivel judicial.

#### b) Funciones

La lista de las funciones (legales) a realizar por esta tercera parte podría variar. Los detalles se discutirán más adelante. Como se ha indicado ya, no es sólo un papel judicial; es más: aparte del control legal, de la verificación de las exigencias y del apaciguamiento de la disputa, tiene que gestionar también las discusiones entre deudor y acreedores, tiene que (por lo menos en cierta medida) supervisar los asuntos estatales del deudor y, debido a su influencia y dependiendo de su carisma o carácter personal, tiene que servir a las partes afectadas como un asesor general. En vez de subirlo al mismo nivel que un juez, más bien hay que considerarlo una especie de administrador.

## 2. Calificación del Deudor

Se podría responder a la pregunta que sólo los Estados tienen la calidad para ser tratados como deudores en el sentido de la presente propuesta de procedimiento. Ello excluiría a regiones, las que forman –desde el punto de vista constitucional- parte de un Estado.<sup>17</sup> De todos modos van a surgir problemas, si una parte de una unidad más grande reclama

---

<sup>17</sup> Se podría poner en cuestión si los Estados miembros de la Unión Europea deberían ser considerados unidades independientes, que pueden entregar una solicitud, o no. Un problema similar surge cuando un Estado anteriormente unido se divide en dos o más partes – como por ejemplo en el caso de Yugoslavia, que está (de momento) planeando (o ya lo ha determinado) llamarse Serbia-Montenegro – con consecuencias poco claras.



unilateralmente su independencia pero no es suficiente para ser calificado como deudor – y sólo porque sería demasiado fácil abusar de este procedimiento.

### 3. ¿Quién se califica como Acreedor?

Tan simple como parece ser la pregunta, tan difícil es dar una respuesta comprensible. Por supuesto, cada persona natural y jurídica disponiendo de un título legal contra el Estado deudor es acreedor del mismo. Pero en el presente contexto, se debería responder cuál de los acreedores debería ser incluido en un procedimiento de insolvencia. Esto no es cuestionable con respecto a otros Estados o prestatarios organizados, tales como las instituciones Bretton Woods, bancos y otras entidades similares – no importa que sean extranjeros o nacionales. Lo mismo vale para proveedores privados de fondos, siendo ellos obligacionistas.

Las respuestas son problemáticas cuando se trata de individuos privados del Estado deudor que no son obligacionistas sino acreedores de, por ejemplo, una declaración de reembolso de impuestos. Si estuvieran incluidos, los políticos responsables del Estado estarían demasiado en contra de comenzar un procedimiento de insolvencia. Así, la táctica política o electoral tiende a minar las necesidades económicas. Tal vez sería una solución que estos acreedores privados nacionales estuvieran incluidos en una base ad-hoc, dependiendo del juicio de la persona neutral relativo a las circunstancias generales del caso actual.

### 4. Tipos de Procedimiento

Después de todo lo que se ha expuesto en relación a la ya no existente exclusividad de liquidación dentro del derecho de insolvencia y al surgimiento del procedimiento por plan, está claro que el único tipo de procedimiento tiene que ser este último. No debería haber ninguna posibilidad de excluir al Estado insolvente de la comunidad de los otros Estados. Todo lo contrario: el procedimiento por plan dispone del instrumento para encontrar un camino por el cual el Estado insolvente puede ser llevado de regreso al mercado en el cual actúan todos los Estados.

### 5. Comunidad Compulsiva

#### a) El Concepto

Probablemente el mayor obstáculo de la adaptabilidad directa del derecho privado de insolvencia al entorno internacional público es la falta de competencia para formar lo que la erudición alemana suele denominar “Zwangsgemeinschaft”, lo que podría ser traducido como

“comunidad compulsiva”. Cada legislador nacional tiene el poder de someter a todos los acreedores a un procedimiento de insolvencia ante sus subordinados – no importa que lo deseen o no, no importa que tengan conocimiento de este procedimiento o no, y tampoco importa si son connacionales o extranjeros. Teniendo este poder, el derecho privado de insolvencia está en la posición extraordinaria a aclarar todas las relaciones financieras del deudor a través de un procedimiento singular.

#### b) Acercamiento Contractual

Ya de antemano se presupone que esta competencia existe en todos los actos jurídicos tratando insolvencias transfronterizas. Pero definitivamente, no existe dentro de la esfera del tema presente. Hasta ahora no existe en nuestro mundo, tal autoridad que pueda obligar a los acreedores anteriormente mencionados a participar en el procedimiento de insolvencia pública, lo que abre el camino a un comportamiento aprovechado. La única solución en las actuales circunstancias es recurrir a obligaciones contractuales, conocidas como “cláusulas de autorización”, “cláusula de acción colectiva” o “cláusula *pari passu*”.<sup>18</sup> De todos modos, éstas no incluyen a los acreedores nacionales privados, que disponen de dichas declaraciones de reembolso de impuestos; y naturalmente sólo funcionan a favor de los otros acreedores, en el caso de que las respectivas cláusulas contractuales se apliquen sin excepción. Pero se puede afirmar seguramente que cuanto más pobres son los países y cuanto más acceso necesiten al mercado de capitales, tanto más atractivas serán sus ofertas para renunciar a dichas cláusulas. Por eso, es un acercamiento laudable del FMI que abogue por un tratado internacional que sería obligatorio para los individuos de una legislación nacional. De todos modos, en vez de cambiar el estatuto del FMI con este propósito (y refiriéndose así a la función clave mencionada anteriormente que atañe a esta institución), por dichos motivos es preferible que se modifique el estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Conforme al artículo 93 (1) de la Carta de Naciones Unidas, esa modificación incluiría a todos los Estados miembros.<sup>19</sup> Se debería añadir que el artículo 95 de la Carta de las NU establece de modo más o menos explícito la posibilidad de crear una nueva Corte.

#### c) Derecho Modelo

De todos modos, se debería considerar también un acercamiento bastante diferente – a lo largo del siguiente camino de argumentación: Es un hecho incuestionable que un legislador nacional tenga el permiso de crear una comunidad compulsiva para todas las insolvencias tanto de personas naturales como de jurídicas. Ello vale también para subdivisiones de un

---

<sup>18</sup> Paulus en: Humboldt Forum Recht (fn 15), p. 6-2-1.

<sup>19</sup> Para más detalles veáse por ejemplo Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a new Century* (General Course on Public International Law), 2001, p. 413 sig.

Estado así como de municipalidades y, a lo mejor, hasta de regiones y estados federados dentro de esta jurisdicción. Bajo estas circunstancias, ¿no debería ser posible entonces para tal legislador nacional establecer una comunidad compulsiva en el caso de que sea insolvente esta nación?. En otras palabras: ¿no debería ser posible para un legislador aprobar un derecho de insolvencia para su propia insolvencia? Para garantizar la uniformidad de este acercamiento y para excluir la búsqueda de ventajas individuales, las NU (o una de sus subdivisiones como por ejemplo UNCITRAL) podrían desarrollar un derecho modelo que deje sólo estrechos márgenes para desviarse de la vida general. Si la condicionalidad del FMI o del Banco Mundial obligara a los Estados a asumir este modelo, se podría avanzar en su aceptación y su impacto.

## II. El Comienzo del Procedimiento

### 1. Los Motivos de Apertura

En el derecho privado todavía no ha sido posible identificar o definir en términos jurídicos los motivos que impulsen de forma verdaderamente satisfactoria un procedimiento de insolvencia. Sin embargo, el derecho de insolvencia ha funcionado durante milenios, así que esa dificultad no es ningún argumento en contra de la introducción de un procedimiento de reestructuración de deudas. De todos modos, el endeudamiento excesivo como impulso para un procedimiento de insolvencia presenta considerables problemas en el derecho privado que sería muy problemático aplicarlo al área de soberanía discutida aquí. Hasta parecería recomendable regresar al tópico generalmente aceptado de suspensión de los pagos o incapacidad de cancelar pagos. Esa situación normalmente existe cuando el deudor es incapaz de pagar las deudas en su debida forma. Una opción que seriamente se podría considerar en este contexto, es si la incapacidad inminente de pago puede funcionar como impulso. Avanzando con la abertura de esos procedimientos existe una mayor oportunidad para que la reestructuración de deudas sea implementada más rápidamente; en esta fase de inicio, los activos líquidos no han sido aprovechados en la misma dimensión, como es inevitablemente el caso si el deudor, ya ha llegado a la altura que no es capaz de cancelar pagos.

De todos modos, se podría preguntar si ese es el momento en el cual sería mejor apartarse del modelo del derecho privado de insolvencia. Sin duda, la cuestión crucial, a la que hay que responder antes de abrir el proceso de reestructuración de deudas, es, si la solicitud ha sido

entregada honestamente o no. Sea cual sea la cobertura de este término, también deberá cubrir situaciones en las cuales, de hecho, estén disponibles reservas para cancelar las deudas actuales.

## 2. El Derecho de entregar una Solicitud

Desde el punto de vista del derecho privado de insolvencia se debería otorgar el derecho de entregar una solicitud tanto al deudor como al acreedor, ya que sólo en este caso ambas partes tienen el poder de amenazar con tal entrega y sólo así el derecho de insolvencia puede ejercer su función disciplinaria. De todos modos, hasta en el marco de este cuerpo legal hay excepciones de esa regla general: a veces se permite el derecho de entrega exclusivamente a una autoridad controladora, y a veces se lo otorga sólo al deudor – siendo el mejor y más famoso ejemplo para el presente contexto el procedimiento según capítulo 9 del código de quiebra de EE.UU.

Si hasta municipalidades deben tener el derecho de solicitar, eso tiene que corresponder más aún en el caso de quiebra de un Estado. Si cada institución o persona tuviera este derecho, la soberanía del Estado deudor sería verdaderamente minada. El no tener influencia a la entrega de una solicitud significaría que este Estado tendría que cambiar su política de un momento a otro; acreedores podrían chantajear un gobierno en detrimento de la población del Estado. Y eso simplemente no debe ser.

De hecho, si el deudor tiene el derecho exclusivo de entregar una solicitud, hay que notar que así se le otorga un poder excesivo sobre los acreedores, pues será sólo él quien pueda romper las negociaciones ante el Club de París o el de Londres. Según lo entiende el autor, estas negociaciones no serán y no deberían ser abolidas; deberían tener la función de lo que se llama “diálogo extrajudicial de acuerdo amistoso” enmarcado en del área de insolvencias de empresas: son el intento final a salvar el deudor y evitar los procedimientos de insolvencia. Sin embargo, el poder excesivo del deudor tendrá que ser compensado a propósito de fortaleciendo en estas circunstancias la posición de los acreedores. Eso se puede hacer mediante el sometimiento de la solicitud del deudor a un control estricto y a su permisividad.

## 3. Permisividad de la Solicitud

Dicho control debería ser ejercido por el administrador. Aparte de su experiencia jurídica, necesita también el apoyo del FMI o del Banco Mundial.

### a) Viabilidad del Plan

La solicitud tiene que ser entregada a la Corte Internacional de Justicia junto con un plan. En este mismo, el deudor tiene que detallar cómo se realizará la reestructuración de deudas. Aunque la aprobación final depende del consentimiento de los acreedores, el administrador deberá tener la tarea a revisar el plan de forma general respecto a su habilidad y oportunidad de realización. Si no se hiciera eso, un país deudor podría “escaparse” demasiado fácil a este procedimiento – aunque sólo fuese para ganar tiempo.

b) No abuso

Lo que se ha dicho hasta ahora, está estrechamente vinculado a otra parte de la tarea inicial del administrador – controlar si la solicitud se entrega con intención de abuso o no. Probablemente es imposible definir en términos abstractos cuáles serían los casos pertenecientes a esta categoría. Si por ejemplo un deudor presenta un plan que está previsto para descargar su país en partes o en la totalidad de sus pagos de reparación, uno lo entendería como abusivo. Pero las cosas se tienen que ver en forma diferenciada en el caso de que este país ahora sea dirigido por un gobierno completamente diferente y la reestructuración de deudas se requiere por otra cosa que las obligaciones de reparación. En total, hay ejemplos innumerables de este tipo; evidentemente la experiencia del administrador es indispensable y, de tal modo, es preferible la opción institucionalizada de la tercera parte con su función neutral.

Existe una forma de abuso que no depende de juicio personal sino que de hechos: solicitudes repetidas. Se debería determinar por ejemplo que un procedimiento de insolvencia en la presente forma sólo se puede empezar cada dos, tres, cinco, ocho u otra cantidad de años. Serviría como obstáculo a cada Estado deudor al entregar una solicitud, que no tiene buenos motivos y una base sólida. Tal regla también sería un incentivo suficiente para diseñar el plan de una forma que pueda ser aceptada al menos por la mayoría de los acreedores. Esta regla funcionaría -como ya he mencionado anteriormente- para compensar el poder excesivo del deudor respecto a su derecho exclusivo de iniciar el procedimiento.

c) ¿Un Mínimo de Requerimientos en el Contenido del Plan?

Otra parte de la tarea de control del administrador podría ser que el plan deberá contener cierto mínimo de requerimientos como, por ejemplo, mejorar del sistema escolar, renunciar a ciertos objetos costosos de prestigio, etc. Ejemplos se pueden encontrar –por lo menos en cierta medida- en el contexto de la condicionalidad del FMI y del Banco Mundial.

Hasta si la idea de exigir que el plan contenga tales características sustanciales fuera demasiado ambiciosa por el momento, se debería acordar que el Estado deudor en todo caso disponga de lo que en la terminología del derecho privado se llama nivel mínimo de ingresos

(sea lo que sea su definición en el futuro), ya que el procedimiento de insolvencia pública propuesto aquí es, para reiterarlo, un procedimiento por plan que no tenga el objetivo de la liquidación del Estado deudor. Todo lo contrario, el procedimiento debería servir como una medida para reintegrar a este Estado a la comunidad de los Estados financiera y económicamente sanos.

#### 4. El Efecto de la Solicitud

Ya se ha reiterado que la consecuencia inicial más relevante de la apertura de un procedimiento de insolvencia es desde ese momento la abstención de los acreedores de cualquier acción contra el Estado deudor, cuyo efecto iría en detrimento para la totalidad de los acreedores y su oportunidad de satisfacción. Naturalmente vale también para cualquier (trans)acción al respecto por parte del deudor. Esta “suspensión automática” es tan crucial en el entorno del derecho internacional público de insolvencia como en la misma área del derecho privado. Por eso tiene que formar parte del presente esquema.

A diferencia de la propuesta del FMI, esta suspensión debería ser independiente de cualquier consenso, pues si los acreedores (o sólo uno de ellos) tuvieran que estar de acuerdo, serían liberados de la presión disciplinaria quedando ella sólo al deudor. Ello correspondería a la actual situación existente –por ejemplo en el Club de París o el de Londres – y que se deberá superar institucionalizando el procedimiento.

De hecho, el deudor también tiene que seguir estando sujeto a la presión disciplinaria. Por lo tanto, no sólo la suspensión automática tendría que ser anulada en cuanto la parte tercera en su calidad neutral descubra cualquier intención de abuso; adicionalmente, un nuevo intento de realizar los beneficios de un procedimiento de insolvencia sería posible sólo después de algunos años (vea numeral 3 b). Además, se debería reflexionar si la suspensión –automática– no se debiera limitar a un período de tiempo, por ejemplo tres meses. Existiría una posibilidad de prolongación, la cual se otorgaría por la tercera parte en su calidad de parte neutral.<sup>20</sup>

### III. El procedimiento

Una vez determinados los requerimientos del comienzo, empieza la segunda fase - la discusión y el voto sobre el plan.

#### 1. Negociaciones

El plan que será presentado por el deudor está, por supuesto, sujeto a cambios y modificaciones surgiendo en el transcurso de las negociaciones entre el deudor y sus

---

<sup>20</sup> La segunda mejor solución sería exigir para cualquier prolongación el consenso de una mayoría determinada de los acreedores.

acreedores, presididas por la tercera parte siendo neutral. Por ningún motivo está prohibida que actúe también como una especie de intermediador entre las dos partes avanzando con las cosas, haciendo propuestas o discutiendo los asuntos por separados, etc.

## 2. Aceptación del Plan

De acuerdo a la presente propuesta de un procedimiento de insolvencia, no se deberán abolir las negociaciones ante el Club de París o el de Londres. De todos modos tendrán un significado diferente, ya que dejan de presentar algo parecido a la última instancia. Formarán más bien algo que en su equivalente en derecho privado se llama “negociaciones extrajudiciales”, que tienen lugar antes de todos los procedimientos de insolvencia: así el deudor intenta llegar a un acuerdo con sus acreedores, el que resuelve los problemas financieros, económicas, estructurales, etc. de su miseria sin que tenga que pasar por un procedimiento de insolvencia. De todos modos, fuera de este procedimiento, tal acuerdo necesitará unanimidad para ser obligatorio para todas las partes integrantes.

Ello cambia dentro de un procedimiento de insolvencia. Una de las consecuencias de la anteriormente mencionada “comunidad compulsiva” es el reemplazo del requerimiento de unanimidad por un voto mayoritario, cosa decisiva para el desarrollo de dicho efecto disciplinario: sabiendo que uno puede ser vencido por mayoría de voto una vez que haya comenzado el procedimiento de insolvencia, se reducirá el grado de rigidez con el cual un acreedor singular intenta imponer sus propios intereses en las negociaciones anteriores (el problema del comportamiento aprovechado). A veces, este efecto retroactivo de la mera existencia de un derecho de insolvencia se llama “paz por disuasión” – por eso se tiene que constatar implícitamente que una reglamentación para insolvencias pueda tener éxito hasta que no (o sólo raras veces) haya sido aplicado en la práctica.<sup>21</sup>

De lo que se ha dicho hasta ahora resulta evidente, que en el presente contexto se tiene que renunciar a la unanimidad y que en su lugar basta con una mayoría para aceptar el plan. Cómo se definirá la mayoría es una cuestión técnica que no se debería discutir aquí más detalladamente. Como observación general se debería notar que la determinación exacta corresponde al grado de disciplina de los participantes. Cuanto más se aproxime la mayoría a un 51 %, tanto más fuerte es la posición del deudor - y viceversa. La contrapartida del derecho privado de insolvencia provee a veces requerimientos de mayoría combinada, compuesta por cierta mayoría de los acreedores en adición a otra mayoría de la totalidad de exigencias.

## 3. ¿Poderes de Impedimento?

---

<sup>21</sup> Véase nota (al pie de la página) N° 6

Tal vez es demasiado pronto para promover la idea de introducir también la posibilidad de recuperar parte del dinero o de los activos del deudor, cuando han sido entregados desde el comienzo del procedimiento bajo condiciones rechazables. Ese mecanismo, el “*actio Pauliana*”, es una parte esencial en casi todos los códigos de insolvencia (del derecho privado). Uno podría pensar en transferir este “*actio*” también al contexto del derecho internacional público de insolvencia, autorizando a la tercera parte en su función neutral, a remontar a los orígenes de ciertos pagos cancelados a acreedores u otras entidades, que ejercían presión, y recuperarlos.

Tal idea es de todos modos muy ambiciosa y hace falta una consideración muy cautelosa para definir lo que se puede recuperar y bajo qué circunstancias. ¿Qué pasaría si el jefe de Estado del país deudor compró millares de pares de zapatos para su esposa, qué pasaría si construyó un prestigioso edificio de oficinas sin tener un plan de operaciones – o un aeropuerto enorme en pleno desierto donde nadie lo usa, etc.? Hay gran cantidad de ejemplos, pero basta en este estado del desarrollo, que se considere que se debería recordar esa opción: Ello no sólo aumenta el efecto disciplinario en el deudor y el acreedor, sino que también ayuda a mejorar las condiciones financieras del deudor para el beneficio de sus acreedores.

#### IV. Implementación del plan

Una vez que el plan haya sido aceptado por la mayoría requerida, comienza la tercera fase – la implementación del plan. Si no se alcanzó una mayoría, el deudor está en la misma posición en la que está un deudor actualmente, confrontado con la necesidad de dirigirse al Club de París y/o Londres. En estas negociaciones y dentro del límite de tiempo mencionado arriba (numeral II, 3 b), el deudor no tiene ninguna opción para comenzar nuevamente el procedimiento de insolvencia con un plan nuevo (o el antiguo). Esa consecuencia sirve para ejercer una presión sobre él para que recuerde los intereses de sus acreedores, presentados en las discusiones anteriores (como se describe en el numeral III, 1) y para que no exagere imponiendo sus propios intereses.

Pero si se alcanzó una mayoría, las ideas y propuestas, en las cuales consiste el plan, tienen que transformarse en realidad, lo que obviamente no se puede dejar sólo a la autorresponsabilidad del deudor. Es necesaria una cierta cantidad de control la que deberá ejercer la tercera parte en su calidad de parte neutral. Pero como se tratará de una sola persona con probablemente poco equipo, el control tiene que completarse por la amenaza de una sanción en el caso de que falle la implementación del plan. Y otra vez la sanción podría



consistir en que el plan (retroactivamente) pierda su validez; así el deudor sería enfrentado nuevamente con las exigencias anteriores de sus acreedores e impedido de iniciar un nuevo procedimiento de insolvencia.