

## EL FLAGELO DE LA DEUDA EXTERNA: NUEVO CANJE (Y NUEVOS PRÉSTAMOS)

Efraín Hugo RICHARD

publicado en *El Derecho*, febrero 2010.

1. Al producirse el “default” cada país intenta imponer una solución a sus acreedores externos. En nuestro país se dictó una norma a fin de señalar que el canje –solución novatoria- que se proponía a los acreedores esa definitiva y única. Prohibía nuevos acuerdos, como forma de lograr una solución de tipo concursal.

No es del caso insistir en que la toma de deuda externa para paliar el déficit fiscal implica una solución nefasta para un país. Hemos incursionado en ello<sup>1</sup>, y constituye una práctica nociva que usan los gobiernos para encubrir su propia ineficiencia, difiriendo el desastre para cuando asuma la conducción otro gobierno. No se piensa en la Nación, en objetivos nacionales. No se usa deuda externa para transformar el país sino para generar una apariencia de bonanza. A su vez suele ser un pingüe negocio para quienes intervienen en la negociación por la existencia de excesivo capital financiero en el mundo. Así se advierte en las nuevas normas dictadas que referimos en el punto siguiente.

También hemos apuntado al nefasto sistema de permitir la huída de capitales al extranjero por medio de un sistema financiero ilícito, que es de público y notorio<sup>2</sup>. Se señala que “En dos años, la fuga de capitales sumó u\$s 43.000 millones<sup>3</sup>, mientras que ahora se buscan créditos –conforme las resoluciones que referiremos en el punto 2- por U\$s 16 mil millones, que obviamente no llegarán íntegramente por comisiones y honorarios.

En el marco de esos efectos nefastos de la deuda externa, o de su incumplimiento, los catastróficos sucesos de fines del año 2001 en la República Argentina nos llevan a recordar lo acaecido en el decenio anterior y los estudios de Juan Bautista Alberdi, advirtiendo que el fenómeno se repite. El padre de la Constitución marcaba ese período decenal que empieza con euforia y termina con espanto a partir de contraer empréstitos soberanos<sup>4</sup>: “...no puede dejar de ser causa de crisis, es decir, de empobrecimiento para el país. Pero este efecto es lo que más dista de producirse el día que el empréstito se realiza. Todo lo contrario. Ese día rebosa el oro ajeno por todas partes en el país. Todo respira abundancia, bienestar, felicidad, mientras se gasta ese dinero, desde luego en el pago anticipado de algunos años de intereses, lo cual levanta el valor de los títulos en la Bolsa de Londres, y estimula al comercio a enviar manufacturas para comprar ese mismo dinero en el país deudor; a los trabajadores, a emigrar para tal país en busca de los altos salarios que allí paga el dinero ajeno. Todo es fiesta y lujo y opulencia, mientras se gasta de tal modo el dinero del extranjero, tomado a préstamo. Sin embargo, son los momentos en que se está labrando la pobreza o destrucción del capital ajeno, que sólo se hace sentir años después que ha desaparecido el capital....¿Quién es el que piensa que en esos momentos cabalmente se está elaborando la pobreza general llamada crisis, que hará su aparición fatal, lógica, inevitable, algunos años más tarde; es decir cuando se haya consumido del todo el caudal tomado a

<sup>1</sup> - *Crecimiento económico, deuda externa y crecimiento social* en colaboración con Emma Mini de Muiño, en *Revista de la Facultad*, vol 3 n° 2 año 1995 (diciembre) p. 99 y ss.. Nto. *El mercado financiero mundial, su crisis y responsabilidad (desde los paradigmas de la empresa a una gran estafa)* en “Ensayos de Derecho Empresario” (de nuestra Dirección) n° 5 pág. 47 a 84, Ed. Fespresa, Córdoba 2009.

<sup>2</sup> Nto. *LA CRISIS ARGENTINA Y LA MUNDIALIZACION FINANCIERA*, en *El Derecho* del 6 de marzo de 2002

<sup>3</sup> MELCONIAN, Carlos *Decadencia, no crisis* en *Semanario NOTICIAS*, 17 de octubre de 2009, pags. 38 y ss. Y sobre la modalidad de público y notorio de una actividad económica ilícita puede verse nuestro ensayo de la nota anterior, y *UN NUEVO CASO DE MERCADO BANCARIO ILÍCITO: BANCO AUSTRAL en Microjuris del 30 de diciembre de 2009; ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte) para la Revista elDial.Express del lunes 16 de marzo de 2009, y QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA” (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business) en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 258 mayo 2009, pág. 523 y ss.; El caso “Curatola” y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita, conjuntamente con Marcelo A. Camerini, en RDCO pág. 701, (tomo B Doctrina) año 42, tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.*

<sup>4</sup> ALBERDI, Juan Bautista en “ESTUDIOS ECONOMICOS” t. X p. 121 Ed. Viracocha, Bs. Aires 1954..

préstamo y sólo quede, del empréstito, la obligación de pagar sus intereses con la mitad del rédito anual del Erario público? – Y sin embargo, ese es el hecho de que nadie se acuerda cuando llega el día en que sus efectos naturales cubren de luto, de ruina y de lagrimas al país entero....”.

Casi 150 años después, en *La Mundialización Financiera. Génesis, costo y desafíos*<sup>5</sup> se sostiene en la *Introducción para la edición argentina* por su Director Francois Chesnais, profesor de París XIII, refiriéndose a la crisis de los tigres de Malasia en el 1997: “Son crisis que nos colocan en un tipo de situación potencialmente amenazadora para muchas otras economías, incluso la Argentina. En cada uno de los países involucrados, entre julio y setiembre de 1998, las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guión casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, pero cuya gravedad se debe al hecho de que supone una ruptura de su anclaje con el dólar. Esa decisión, inevitable por la amplitud del déficit externo, provocó, como elemento de un solo y único proceso, la caída libre del tipo de cambio, la huida de los capitales a corto plazo y el derrumbe del muy débil mercado financiero.

Se ha producido en los últimos años, aquello de lo que prevenía Alberdi en el Siglo XIX respecto a la toma de empréstitos externos: la destrucción de la economía, de la producción y el advenimiento del desempleo y la pobreza<sup>6</sup>.

De continuar las partes involucradas con esta actitud, anticipamos resultados apocalípticos y paradójicos, desde el punto de vista político-económico, las soluciones, siempre coyunturales y urgentes, continuarán con las transferencias de recursos de los países endeudados y pobres a los más ricos y capitalizados, todo en pos de una solución económico política-eficiente; los gobiernos de los países deudores solo se ocuparán de salvar obstáculos económicos inmediatos, a partir de la creación de un sin número de leyes, muchas de ellas respondiendo a grupos de presión o a meras necesidades electorales y no a las necesidades de la realidad social, que lejos de permitir el crecimiento económico y el consiguiente desarrollo económico-social, solo crean una gran inseguridad jurídica, que detendrá la inversión, y el mismo desarrollo que se pretende lograr.

¿Pretendemos grandes acumulaciones enfrentando masas empobrecidas y hambrientas? Si no se hace por solidaridad debe afrontarse por seguridad. No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot –al que nos referiremos en el punto 7-, de personas que “intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado”<sup>7</sup>. Recordemos una carta de nuestro Libertador Dn. José de San Martín “¿qué relaciones podremos emprender, cuando estamos a pupilo? ... Ánimo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas... ¿ Se podrán realizar o no contrastando el egoísmo de los más pudientes?”<sup>8</sup>.

El terrorismo encuentra su caldo de cultivo en la miseria. Con sólo 60 mil millones de dólares se podría proveer de alimentación, salud y educación básica a todos los menesterosos del mundo (los que viven con menos de un dólar por día<sup>9</sup>. Y justamente eso es lo que tenemos que asegurar que cada Estado cumpla con sus habitantes.

<sup>5</sup> Conf. *LA MUNDIALIZACION FINANCIERA. Génesis, costo y desafíos*. Com. Francois Chesnais, Editorial Losada, Buenos Aires 1999, señalada como 1º. Edición agosto 2001. 346 páginas en 8 capítulos. Traducción al castellano de la edición francesa por Mabel Campagnoli y Lucía Vera, y nto. *LA CRISIS ARGENTINA Y LA MUNDIALIZACION FINANCIERA*, en El Derecho del 6 de marzo de 2002, y *La Mundialización financiera; Globalización económica y lex mercatoria; El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera*, en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>6</sup> Sobre el punto puede verse TOUSSAINT, Eric *La bolsa o la vida. Las finanzas contra los pueblos*, Ed. Clacso, Buenos Aires noviembre 2003, traducción de Miguel Angel Djanikian; LOZADA, Salvador María *La deuda externa y el desguace del Estado nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002..

<sup>7</sup> Nto. *Pesificación de los depósitos bancarios: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y su amigo Pedro* en El Derecho diario del 7 de marzo de 2005, pág. 1 y ss.. Sobre la previsibilidad de los resultados catastróficos puede verse SALBUCHI, Adrián *Argentina ¿Colonia financiera?* Ediciones del Copista, Córdoba 2000; GALASSO, Norberto *De la Banca Baring al FMI. Historia de la deuda externa Argentina* Ed. Colihue, Buenos Aires diciembre 2002; libro colectivo *La memoria de la deuda. Una deuda con la memoria*, Director Carlos Juliá, Ed. Biblos.

<sup>8</sup> PIGNA, Felipe *Las vicisitudes de la independencia política* en La Voz del Interior, Córdoba 4 de julio de 2004, sección Temas pág. 1 y ss., específicamente pág. 2 tercera columna, para seguir en pág. 3, 4ª columna: “El nuevo Estado, dominado desde estos momentos fundacionales por una clase propietaria parasitaria, dificultará el progreso de una de las nacionales potencialmente más ricas del mundo”..

<sup>9</sup> Esta sería para Kurgman la mejor vía de solución: TREBER, Salvador *Paul Krugman, premio Príncipe de Asturias* en La Voz del Interior, Córdoba 3 de julio de 2004, editorial pág. A 12.

2. El intento de imponer la modalidad de pago, que cada país en “default” sostiene poder cumplir modificando las condiciones originales de emisión, es el centro de la cuestión. Esas condiciones originales son en cambio fácilmente modificables por los grandes grupos económicos privados a través de concursos preventivos judiciales o extrajudiciales, aún cuando afecten mercados internacionales<sup>10</sup>.

Las normas que se dictaron para el canje en el año 2004, al ofrecer una única oportunidad a los acreedores ante la imposibilidad del pago de la deuda externa, conforme las estrategias que comentaremos, impedían nuevas propuestas o negociaciones.

Sin duda ante el fracaso de esa negociación original y la persistencia de la estrategia de los juicios, el acoso del “mercado” financiero internacional, la ausencia de crédito externo y la necesidad de financiamiento se dictan una nueva serie de normas.

Así, por Resolución 267 de octubre 23 de 2009 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del 23 de octubre de 2009 (B. O. 10/12/09), se advierte el “desliz” en la ley 26.422 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2009, en cuyo Artículo 55 autorizó al Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Economía y Producción, a proseguir con la normalización de los servicios de la deuda pública referida en el Artículo 52 de la citada ley, destacando que la Ley N° 24.156, reguló en su Título III, el sistema de crédito público, estableciendo en su Artículo 65 que el Poder Ejecutivo Nacional podrá realizar operaciones de crédito público para reestructurar la deuda pública mediante su consolidación, conversión o renegociación, en la medida que ello implique un mejoramiento de los montos, plazos y/o intereses de las operaciones originales, dando cuenta que el Estado Nacional se encuentra abocado al desarrollo de las gestiones y acciones tendientes a avanzar en el diseño de una propuesta de reestructuración de la deuda instrumentada en títulos públicos elegibles para el canje dispuesto por el Decreto N° 1735 de fecha 9 de diciembre de 2004 y que no hubieran sido presentados al mismo, dado el marco normativo vigente.

Esa Resolución informa que con fecha 16 de octubre de 2009, Barclays Capital Inc. presentó al Estado Nacional para su análisis y discusión una propuesta de términos y condiciones financieras de una operación de reestructuración de la deuda referida, acompañando un modelo de Carta convenio, contando para tal fin con la colaboración en carácter de agentes colocadores a Citibank N.A. y Deutsche Bank Securities INC., suscribiendo con fecha 22 de octubre de 2009 una Carta convenio en la cual se establecen los términos y condiciones del compromiso que deberán asumir las partes en relación con la misma, dando cuenta que el Barclays ha venido manteniendo un fluido contacto con los tenedores de la deuda en estado de diferimiento, hecho que se concretara en un proceso de oferta revertida (reverse inquiry) por medio del cual logró agrupar formal e informalmente un número de tenedores que representan un monto significativo de la deuda y que han comprometido sus tenencias para la ejecución de un nuevo canje en términos más favorables para la Nación que el canje llevado adelante en el marco del Decreto N° 1735/04; considerando relevante destacar que la propuesta presentada por Barclays incluye el compromiso de realizar los mayores esfuerzos para que se realice una colocación de deuda que implique recibir dinero en efectivo por un monto estimado de dólares estadounidenses un mil millones (U\$S 1.000.000.000), que la Carta convenio prevé su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2009 y un período de exclusividad que se extenderá desde la firma de la misma hasta el 30 de junio de 2010, dando cuenta los considerandos que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta Cartera ha tomado la intervención que le compete.

---

<sup>10</sup> Pueden verse los acuerdos preventivos extrajudiciales de grandes compañías referidos casi exclusivamente a obligaciones negociables introducidas en mercados internacionales, acuerdos y magnitud empresarial que supone una cuidadosa planificación para transferir los perjuicios a los acreedores y beneficiar a la deudora. Nto. *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

Adviértase que todo ha ocurrido en tiempo record –lo que califica al “poder” financiero-, procediéndose en dicha Resolución a aprobar una Carta convenio suscripta entre el Estado Nacional y las instituciones Barclays Capital Inc., Citibank N.A. y Deutsche Bank Securities INC. junto con sus afiliadas, de fecha 22 de octubre de 2009, y en el art. 2º se autoriza el pago de los honorarios previstos por hasta la suma de \$ 2.757.600). El texto de la Carta convenio del 22 de octubre de 2009, donde se otorga una total indemnidad a esos Bancos.

Apuntamos la publicitada actividad de ese grupo financiero internacional de “agrupar formal e informalmente un número de tenedores que representan un monto significativo de la deuda y que han comprometido sus tenencias para la ejecución de un nuevo canje en términos más favorables para la Nación que el canje llevado adelante en el marco del Decreto N° 1735/04”, lo que sin duda lo constituyó en gravitante para presentarse ante el Gobierno Nacional.

El Decreto 1953 del 9 diciembre 9 de 2009 de la Presidenta de la Nación (B. O. 10/12/09), en sus Considerandos destaca “Que en el marco de las operaciones de deuda pública que se prevén realizar en el mercado financiero local e internacional, se entiende conveniente y necesario habilitar la posibilidad de acceder al mercado doméstico de los Estados Unidos de America. Que en tal sentido, la registración de un programa de deuda pública del Estado Nacional ante la “Securities And Exchange Commission” (SEC), de los Estados Unidos de America, permitirá maximizar la participación de inversores de dicho mercado y posibilitará globalizar los instrumentos que se coloquen...se entiende conveniente prever la posibilidad de acceder al mercado doméstico de los Estados Unidos de America por un monto de hasta el valor nominal de VN U\$S 15.000.000.000”, y en su art. 1º dispone encomendar al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, a través del Organo Responsable de la Coordinación de los Sistemas de Administración Financiera del Sector Público Nacional, registrar un programa de deuda pública de la Republica Argentina ante la “Securities and Exchange Commission” (SEC) de los Estados Unidos de America, por dicho monto, facultando al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, a incluir cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales estadales y federales ubicados en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de America y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, exclusivamente respecto de la jurisdicción que se prorroga, en los contratos que resulte necesario suscribir con terceras personas que colaboren o participen en el proceso de emisión o en la colocación y comercialización de títulos públicos nacionales en los mercados financieros internacionales y su posterior administración. Se impone como límite que en todos los casos deberá preservarse la inembargabilidad en forma expresa respecto” bienes que se individualizan en el mencionado decreto. Podría inferirse que las terceras personas pueden ser los mismos indicados en la anterior Resolución.

Y como broche final, por Ley 26.547 (Sanción: 18/11/09; Promulgación de Hecho: 9/12/09; B. O. 10/12/09), el Senado y Cámara de Diputados dispuso: Artículo 1º – Suspéndese la vigencia de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 26.017 hasta el 31 de diciembre del 2010 o hasta tanto el Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, declare terminado el proceso de reestructuración de los títulos públicos alcanzados por la referida norma, lo que ocurra primero. Art. 2º – Autorízase al Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a realizar todos aquellos actos necesarios para la conclusión del proceso de reestructuración de los títulos públicos que fueran elegibles para el canje dispuesto en el Decreto N° 1735 del 9 de diciembre de 2004 y sus normas complementarias que no hubiesen sido presentados al mismo, en los términos del artículo 65 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias, a fin de adecuar los servicios de dicha deuda a las posibilidades de pago del Estado nacional en el mediano y largo plazo. Art. 3º – Los términos y condiciones financieros que se ofrezcan no podrán ser iguales ni mejores que los ofrecidos a los acreedores, en la reestructuración de deuda dispuesta por el Decreto N° 1735/04. Art. 5º – Los tenedores de títulos públicos que fueran elegibles para el canje dispuesto en el Decreto N° 1735/04 y sus normas complementarias que deseen participar de la operación de reestructuración que se realice en el marco de lo dispuesto en la presente ley, deberán renunciar a todos los derechos que les correspondan en virtud de los referidos títulos,

inclusive a aquellos derechos que hubieran sido reconocidos por cualquier sentencia judicial o administrativa, laudo arbitral o decisión de cualquier otra autoridad, y renunciar y liberar a la República Argentina de cualquier acción judicial, administrativa, arbitral o de cualquier otro tipo, iniciada o que pudiere iniciarse en el futuro con relación a los referidos títulos o a las obligaciones de la República Argentina que surjan de los mismos, incluyendo cualquier acción destinada a percibir servicios de capital o intereses de dichos títulos. Prohíbese ofrecer a los tenedores de deuda pública que hubieran iniciado acciones judiciales, administrativas, arbitrales o de cualquier otro tipo un trato más favorable que a aquellos que no lo hubieran hecho. Art. 6° – El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas informará trimestralmente al Honorable Congreso de la Nación, el avance de las tratativas y los acuerdos a los que se arribe durante el proceso de negociación.

3. Se advertirá que no sólo se contrata onerosamente los mejores esfuerzos de tres bancos, sino que dentro de esos esfuerzos esta la obtención de nuevos créditos externos por mil millones de dólares y la colocación de títulos por quince mil millones de dólares, y la eliminación de normas internas que obstaculizaban un nuevo canje de tipo voluntario-contractual, presumible con los acreedores agrupados por el grupo financiero referido.

No pareciera que esa nueva línea de endeudamiento estuviera destinada a obras públicas, sino nuevamente a enjugar “déficit fiscal”.

Esa tendencia de los gobiernos de buscar paliativos para la coyuntura, de evitar que la crisis se evidencie durante el período, sin formular políticas de largo plazo, es una constante en nuestro país. Así en el año 1933 un tesista sostenía que “El desequilibrio entre gastos y recursos origina el déficit que hace crecer a la deuda pública”<sup>11</sup>, apuntándose “El fenómeno criticado es que las sumas gastadas en exceso no fueron empleadas en obras públicas reproductivas si para enjuagar déficits”.

4. En el eje de la problemática del incumplimiento de la deuda soberana al intérprete jurídico se le generan dos problemáticas para el análisis:

- a. ¿Hasta donde puede llegar la presión de los acreedores sobre un país?, y
- b. ¿Qué método puede aplicarse para asegurar una negociación efectiva?, lo que implica mirar el futuro, pues hasta ahora sólo es posible la oferta de quita y espera plausible, y la aceptación voluntaria en la creencia que es lo mejor que puede lograrse (ver la negociación del 2004 y la que ahora se enfrenta).

5. La estrategia de quiénes no aceptan un canje es la promoción de juicios en juzgados extranjeros. Ante la necesidad de soluciones contractuales, que van ligadas a desestimular la posibilidad de promoción de acciones judiciales, la pregunta que hemos formalizado es ¿Hasta donde puede llegar la presión de los acreedores sobre un país?, se da una respuesta en la Decisión de la Corte Internacional Permanente de La Haya en el caso Socobel (Bélgica v. Grecia) sobre la consideración necesaria de la incapacidad de pago de un Estado bajo el fundamento de derecho internacional que valora el fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas. Se trata del fallo de la Corte en el Caso SOCIEDAD COMERCIAL DE BELGICA (SCB) –caso Socobel<sup>12</sup>- con fecha 15 de junio de 1939, en fallo adoptado por 13 votos contra 2.

<sup>11</sup> BIDABEHHERE, Fernando Arturo tesis en Universidad de Buenos Aires “Deuda pública argentina”, citada por “Evolución de la doctrina contable a través de las tesis doctorales en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires entre 1916 y 2008 Primer informe de avance” Director Carlos Luis García Casella pág. 142, Edición de esa Facultad Bs.As. octubre 2009.

<sup>12</sup> PCIJ series A/B, núm. 78, pág. 21, citado HERDEGEN, Matthias *Derecho económico internacional*, 2ª edición 1998, Ed. Dike Biblioteca Jurídica, Colombia, pág. 377. El fallo se registra en esas series en versión inglesa. La traducción libre que formalizamos al español se encuentra en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), donde puede consultarse otros trabajos sobre deuda externa, mundialización financiera y actividad bancaria *off shore e indirect doing business*.

La Corte ingresó en las consideraciones con respecto a que si sería justo y equitativo, como opuesto a la ley estricta, conforme a lo peticionado que debido a su situación presupuestaria y monetaria es materialmente imposible para el gobierno griego ejecutar los fallos como están formulados; el gobierno griego y la SCB deben llegar a un acuerdo para la ejecución de estos fallos que corresponda con la capacidad presupuestaria y monetaria del deudor; y que, en principio, la base justa y equitativa para dicho acuerdo se debe encontrar en los acuerdos concluidos o a ser concluidos por el gobierno griego con los obligacionistas de su deuda pública externa. Entendiendo que, aunque la Corte no puede admitir los reclamos del gobierno griego, puede colocar en los registros una declaración que si bien el gobierno griego deberá ocuparse del tema de los pagos, teniendo en cuenta los legítimos intereses de la empresa, la habilidad del gobierno griego de pagar, y la tradicional amistad entre los dos países, habilitan a la Corte a declarar que los dos gobiernos están, en principio, de acuerdo en contemplar la posibilidad de negociaciones en vista a un arreglo amistoso en el que se tenga en cuenta, entre otras cosas, la capacidad de pago de Grecia, o sea la capacidad monetaria y presupuestaria del deudor.

Claramente la Corte consideró que mas allá de lo estrictamente legal o de su competencia, cabía valorar la equidad como principio rector de las relaciones entre los estados y en especial cuando hay un conflicto de intereses. Equidad fundada en la posibilidad de pago y cumplimiento de los fines del Estado (presupuesto).

5.1. En años posteriores y por distintas causas la Corte Internacional de Justicia ha seguido haciendo referencia a la relación que debe existir entre la ley y la equidad, un ejemplo de ello es cuando sostuvo que “la aplicación de la equidad es un problema abstracto de la Justicia, pero la aplicación de las reglas de derecho requiere la aplicación del principio de equidad”<sup>13</sup>, pues el Juez no puede sino juzgar sino a través del prisma de la equidad que, según clásica definición, es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente (nota a los arts. 2567 a 2570 del Cód. Civ.). Las leyes predeterminan qué debe considerarse justo o injusto, y que para su aplicación debe seguirse un camino deductivo, mientras que cuando se trata de resolver aplicando un criterio de equidad la solución se busca por un camino inductivo, puesto que se parte de la premisa que la aplicación de ley en forma estricta, sopesando las circunstancias del caso concreto, resulta a priori, injusta. Y lo que no puede soslayarse es la necesidad de satisfacer la necesidad de justicia en las relaciones humanas, así como también los requerimientos del orden social<sup>14</sup>.

5.2. El derecho internacional valora su propio fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas. En caso de dificultades de pago de carácter “existencial”, es pertinente invocar el estado de necesidad (necessity), siempre y cuando, éste no haya sido ocasionado por el estado mismo en forma reprochable. Hemos visto que en la jurisprudencia de las cortes internacionales y los tribunales de arbitramento encuentra cabida la idea de consideración necesaria de la incapacidad de pago de un estado

Es fundamental permitir que los Estados, que por su existencia justifican las organizaciones internacionales a las que han dado origen, aseguren los derechos humanos mínimos de sus habitantes, y ello debe ser reconocido por la comunidad internacional.

En ese sentido Sabine Michalowsky titulado *El Estado de necesidad como defensa contra el pago de la deuda externa*<sup>15</sup>, que recrea con mayor fundamento lo que exponemos precedentemente en torno a la imposibilidad de pago de la deuda soberana.

Lo expresado recalca en la inexistencia de soluciones compulsivas colectivas.

<sup>13</sup> I.C.I., Reports 1969, par. 85, pag. 47.

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor*, LL-1980-B-937; CNCiv., Sala "G", 8/7/809, ED 90-228)

<sup>15</sup> En Jurisprudencia Argentina 2007 – IV – Fascículo 9 Buenos Aires 28 de noviembre de 2007, pág. 3, Editorial Lexis Nexis.

6. En cuanto a ¿Qué método puede aplicarse para asegurar una negociación efectiva?, la cuestión se ha enfrentado en la comparación entre Insolvencia soberana vs. insolvencia privada, al no existir sistemas internacionales que impongan soluciones coercitivas como en los Concursos Preventivos de deudores empresarios, por lo que se destacan las soluciones y estrategias negociales. La diferencia entre ambas situaciones es evidente, las hemos expresado ante una polémica “LA IMPOSIBLE COMPARACIÓN DE LAS QUITAS Y ESPERAS EN PROPUESTAS DE SOCIEDADES COMERCIALES CON LAS DE LA DEUDA EXTERNA”<sup>16</sup>.

6.1. La cuestión suscitó y suscita proyectos en congresos internacionales, y los esfuerzos de economistas y juristas.

En la tesis de Bidabehere referida se apuntaba que “La Conferencia Económica Mundial de Londres, de junio de 1933 trató el proyecto de constituir organismos de acreedores para que los deudores puedan entablar negociaciones”. Adam SMITH lo anticipó en 1876<sup>17</sup>, presumiblemente como la primera referencia a la necesidad de un procedimiento de insolvencia soberana adecuado. Aún el tiempo transcurrido desde entonces y las cientos de países que han cesado en pagos, una y otra vez, no ha emergido un procedimiento de insolvencia soberana que permita canalizar de forma adecuada este problema.

En este punto cabe remitirse al libro “Créditos abusivos – Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores”, cuyos autor es Juan Pablo Bohoslavsky<sup>18</sup>, cuyo prólogo se nos confió, y que por lo tanto podrá motivar asumir muchas ideas desenvueltas por dicho jurista en su apasionante libro. En dicho prólogo anticipamos que el default de la deuda soberana y la actitud de los acreedores no es cuestión nueva: “No. No somos usureros..., al menos no lo somos como lo cuentan... Mira, hasta hace poco más de un siglo, en el año 1230, los cristianos también prestaban dinero con intereses. Tanto judíos como cristianos lo hacíamos, pero un decreto de vuestro papa Gregorio IX prohibió a los cristianos el préstamo con intereses y, a partir de entonces, sólo los judíos y algunas otras comunidades como los lombardos continuamos practicándolo. Durante mil doscientos años los cristianos habéis prestado dinero con intereses. Lleváis poco más de cien años sin hacerlo, oficialmente... -¿Oficialmente? -Sí, oficialmente. Hay muchos cristianos que prestan dinero con intereses a través de nosotros. En cualquier caso quisiera explicarte por qué lo hacemos. En todas las épocas y en todos los lugares los judíos siempre hemos dependido directamente del rey. A lo largo de los tiempos nuestra comunidad ha sido expulsada de muchos países, lo fue de nuestra propia tierra, después lo fue de Egipto, más tarde, en 1183, de Francia y pocos años después, en 1290, de Inglaterra. Las comunidades judías tuvieron que emigrar de un país a otro, dejar atrás todas sus pertenencias y suplicar a los reyes de los países a los que se dirigían, permiso para establecerse. En respuesta, los reyes, como sucede con los vuestros, suelen apropiarse de la comunidad judía y nos exigen grandes contribuciones para sus guerras y gastos. Si no obtuviéramos beneficios de nuestro dinero no podríamos cumplir con las desorbitadas exigencias de nuestros reyes y nos volverían a expulsar de donde nos encontramos. -Pero no sólo prestan dinero a los reyes -insistió Arnau. - No cierto. ¿Y sabes por qué?... Porque los reyes no devuelven nuestros préstamos, muy al contrario, nos piden más y más préstamos para sus guerras y sus gastos. De alguna parte tenemos que sacar el dinero para prestárselo, cuando no para contribuir graciosamente, sin que sea un préstamo...”<sup>19</sup>.

Las cosas han cambiado, pero no tanto... Los prestamistas de primer grado saben que el Rey o el Estado puede no devolver los fondos, y por eso sólo intermedian y transfieren los certificados de deuda a acreedores no informados. Las comisiones sí se cobran -o mejor dicho se descuentan- incluso

<sup>16</sup> Publicado en El Derecho, diario del miércoles 29 de noviembre de 2006, pág. 1, y nto. *¿Es abusiva una propuesta concursal similar en quita y espera a la formulada por el gobierno argentino para atender su deuda pública externa?* En Zeus Córdoba, 18 de noviembre de 2007, año VI tomo 11, pág. 673, y en Zeuz, Año XXXIV, 10 de diciembre de 2007, tomo 105, pág. 2. .

<sup>17</sup> “Cuando se torna necesario para un Estado declarar su propia quiebra, de la misma manera que cuando se le torna necesario a un individuo, una justa, abierta y admitida quiebra siempre es el remedio menos deshonoroso para el deudor y menos perjudicial para el acreedor”, en *Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (reprint, 1991), Prometheus, New York, 1776, p. 590.

<sup>18</sup> Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2009.

<sup>19</sup> FALCONES, Ildefonso “La Catedral del Mar” Ed. Grigalbo, Buenos Aires 2006, pág. 292/3.

para pagar alguna comisión al funcionario que decide la toma de deuda soberana. Se advierte en la misma Resolución referida en el punto 2.

Todavía no hay un procedimiento internacional de insolvencia soberana. Solamente existen algunos primeros pasos como “collective action clauses”. Éstas tienen un alcance limitado, como subraya Bohoslavsky. Existen varias propuestas más completas que son presentadas y analizadas por ese autor, quién dedica especial atención a la propuesta del FMI y al concepto de Raffer. Una diferencia clave de estas dos propuestas es la institucionalidad del arbitraje. La propuesta del FMI adscribe al mismo un rol destacado y excluye los créditos de las Instituciones Financieras Internacionales de la reestructuración de la deuda. La propuesta de Raffer provee un arbitraje institucionalmente realmente independiente y un ámbito más incluyente para los créditos que serían tratados en la insolvencia. La propuesta de Raffer es mucho más cercana a la argumentación de Bohoslavsky, que elabora el rol muy problemático del FMI en las recientes crisis de deuda. El A. de una manera convincente muestra que un Derecho Internacional respecto al asunto podría contribuir a desincentivar la concesión abusiva de crédito y por lo tanto atenuar los ciclos de endeudamiento externo.

6.2. Un rasgo característico de la insolvencia privada es que cuando se activa el mecanismo falencial, automáticamente se suspenden todos los juicios que se seguían contra el deudor, y se impide el inicio de demandas. Precisamente, el carácter colectivo de este tipo de procesos pretende la acción de cada acreedor por su cuenta, se reproducirían los juicios y el patrimonio del deudor sería desmembrado, sin posibilidad de reorganizarse, quedando la mayor parte de las deudas pendientes de pago.

En el ámbito soberano nada de ello ocurre. Aunque hoy es un tema que es abordado tanto por las propuestas de modelos de insolvencia como por las contractuales que intentan ofrecer una respuesta adecuada a estos problemas, lo cierto es que salvo en aquellos casos en que se han empezado a estipular las cláusulas de acción colectiva (CAC) -como es el caso de Canadá y el Reino Unido<sup>20</sup>-, la suspensión de pagos del Estado, aún realizada de manera explícita y formal, no impide la prosecución y proliferación de juicios de cobro en su contra<sup>21</sup>.

Los acreedores del Estado están todos en la misma posición respecto de la preferencia de cobro, salvo el FMI y el BM, que son considerados en la práctica acreedores privilegiados. Decimos que así son considerados en la práctica, ya que ese ejercicio de facto de la preferencia no es reconocido por los estatutos de una y otra Institución Financiera Internacional. De hecho, las propuestas de SDRM (conocidas estas siglas de la versión original en inglés de la propuesta: *Sovereign Debt Restructuring Mechanism*) del FMI pretenden *legalizar* esa práctica reconociendo expresa y formalmente ese privilegio.

6.3. La escena actual es dominada, por un lado, por las propuestas formuladas oficialmente por el FMI a través del SDRM (2002/3) y el Tesoro de Estados Unidos (2002) a través de su Secretario Taylor relativas a las CACs, y por el otro, por la propuesta originariamente desarrollada por RAFFER y hecha propia por el movimiento liderado por *Jubilee 2000* que propugna el Tribunal Neutral de Arbitraje sobre la base del Capítulo 9 del *Bankruptcy Code* de Estados Unidos.

Los modelos de insolvencia y los contractuales, que son las dos categorías genéricas bajo las cuales se ubican las propuestas, fueron siempre ensayados por los estudiosos y los grupos de trabajo especializados, intentando abordar los mismos problemas pero con diferentes herramientas.

<sup>20</sup> Aunque aún las CACs no han pasado el test crucial: su utilización en caso de default.

<sup>21</sup> Argentina es un caso elocuente: a pesar de haber declarado el default y haber cerrado el acuerdo con sus acreedores en la proporción que se había propuesto, los juicios de cobro contra el país siguieron su marcha.



6.4. Los problemas de acción colectiva que se producen y intentan remediar las propuestas, PACs, al decir de Bohoslavsky, que se sintetizan en su libro –que aconsejamos leer- son:

a. *Corrida hacia la salida (rush to the exit)*. Una vez percibidos los primeros síntomas de dificultades que exterioriza el deudor, los acreedores procurarán deshacerse de sus créditos, para lo cual intentarán su conversión en activos más líquidos. Esto provoca no sólo caos y costos innecesarios, sino que también agrava la situación del deudor, puesto que se deniega cualquier tipo de gracia en los plazos de pago, así se trate de créditos a corto plazo, lo que complica y agrava las crisis (la mexicana, por ejemplo).

b. *Carrera hacia los tribunales (creditor grab race)*. En los albores del default, cuando las *malas noticias* comienzan a diseminarse, los acreedores usarán los instrumentos legales a su alcance para tratar de demandar al deudor y ejecutar los bienes que puedan llegar a embargar con preferencia al resto de los acreedores. Actuarán de ese modo a pesar que una visión más integral indique que el resultado de una reorganización genuina de la empresa deudora beneficiaría mucho más a la masa de acreedores.

No es de menospreciar el carácter destructivo que la carrera hacia los tribunales puede acarrear para el país deudor –y que hemos sufrido-. En la crisis de Irán-Estados Unidos de 1978-9 pudo evidenciarse claramente la capacidad de agresión contractual/judicial de los acreedores que virtualmente paralizan el comercio exterior del país deudor. La existencia de juicios pendientes mella la reputación financiera del país cercenando su acceso al mercado del crédito, o por lo menos castigando el precio de los créditos que contraiga.

Acto a Bohoslavsky que el uso combinado de estímulos positivos y negativos hacia los acreedores también puede coadyuvar a disuadir a los *free-riders*. Por ejemplo, ofreciendo desembolsos de efectivo, liberando garantías o dándoles preferencias como *zanahorias*; o amenazando con defaultear o imponer CACs<sup>22</sup>, como castigo. El problema de los *free-riders* parte de la premisa no siempre válida de que éstos serán satisfechos en forma total. Es más razonable asumir que recobrarán algo más que el valor de mercado de su título, luego de un trabajoso, riesgoso, prolongado y costoso litigio. Por ello los acreedores restantes a los que se les ofrecen títulos que superen en un 20% o 30% el valor depreciado que marca el mercado (como en general sucede en las reestructuraciones) tendrán un fuerte incentivo para aceptar esa propuesta.

Se apunta que los llamados *fondos buitres* realizan una fuerte apuesta de riesgo, ya que compran los títulos cuando su valor colapsó, con la expectativa de alcanzar cuantiosos beneficios a partir de su posterior evolución en el mercado. Esa mayor propensión al riesgo toma cuerpo en su preferencia por litigar antes que por aceptar el acuerdo.

El problema son los nuevos créditos que necesita recibir el deudor, bajo qué condiciones, en qué magnitud y quien debería otorgárselo, y que pretenden las normas referidas en el punto 2.

6.5. Algunas propuestas requieren cambios a nivel normativo, diseñando ambas un procedimiento de insolvencia soberana, aunque reconocen dos diagnósticos y ponderaciones muy distintas de la realidad y responsabilidades políticas en el estado actual de cosas en el sistema financiero mundial. Una refleja la posición del FMI y la otra la del movimiento social que brega por mayor justicia en estos asuntos. Enfrentan a una propuesta netamente contractual, que representa la visión de Estados Unidos acerca cómo lidiar con las crisis provocadas por las deudas soberanas.

La cuestión tiene relación con el poder de negociación del Estado en cada caso, puesto que mientras en el primero puede llegar a compeler a los acreedores a aceptar el acuerdo atento la tecnología jurídica de que dispone para protegerse contra los abusos de aquéllos, en la propuesta contractual el poder de negociación está más atomizado, y el Estado está expuesto a una mayor presión

<sup>22</sup> De todos modos, la imposición de las CACs aparece más bien como una hipótesis casi imposible de llevar a la práctica, y por ello un estímulo poco efectivo, ya que no se puede cambiar el contenido del contrato contra la voluntad de los acreedores.

descentralizada (en cada clase), con lo cual se verá forzado a ofertar propuestas de manera diferenciada.

El vínculo contractual confía más en la voluntad de las fuerzas del mercado para abrazar su propuesta, que en imposiciones exógenas. Las propuestas de procedimientos institucionalizados requieren de la fuerza normativa para poder ser implementados e impuestos a los agentes del mercado.

Bohoslavsky se formula dos tipos de reflexiones. La primera de carácter técnico-jurídico, y es que no se está sometido a un proceso justo si una de las partes oficia a su vez de juez, como ocurre con el FMI en el SDRM. Y la segunda, que para aquellos que estimamos que la crisis de la deuda es no sólo el reflejo de la impericia y corrupción de los gobiernos de los países tomadores de crédito, sino también una inicua relación de fuerzas que beneficia a los países más desarrollados, el único modo de hacer virar el rumbo de la economía hacia objetivos más solidarios es balanceando la relación de las partes en el proceso y permitiendo a la ciudadanía participar de modo transparente en el proceso.

No existe motivo alguno que permita prever que manteniendo (más aún, reforzando) los poderes del FMI y la parte acreedora en la gestión de la deuda, los problemas que ésta plantea sean definitivamente solucionados sin que ello implique una mayor pauperización de las poblaciones de los países endeudados. Al contrario, tal como el propio FMI lo señaló al presentar la propuesta del SDRM: *“El Fondo sólo tendría influencia en el proceso tal como lo hace ahora, a través de sus decisiones de préstamos”*.

El único modo de disciplinar a acreedores y deudores, poniéndole coto a los excesos de ambas partes, es garantizando que un punto intermedio entre sus intereses sea encontrado, y ello sólo puede lograrse a través de un procedimiento con garantías mínimas de imparcialidad.

7. Cuando la crisis financiera argentina del 2001, vinculada a nuestro criterio al sobreendeudamiento del Estado-, el voto del Ministro Zaffaroni en el caso Bustos, donde a fines del año 2004 la CSJN de la República Argentina considero constitucional la pesificación de los depósitos bancarios, en moneda extranjera, es consciente de la posible existencia de un complot y ante ello ordena una investigación: *“En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales.... Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares. Por cierto que esta circunstancia, de cuyas consecuencias en parte debe hacerse cargo la presente sentencia, no puede pasar por alto a la atención de esta Corte. Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al Sr. Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley, quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina”*<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Pero la investigación no sólo la ha abierto Zaffaroni. Trasciende la noticia que *“Organismi terzi neutrali di conciliazione: la possibile soluzione per i bond argentini ADR provider e contenzioso internazionale”*. Así Fabio Luciani expresa: *“Con la recente ordinanza n. 11225/05 la Corte di Cassazione ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano nelle controversie instaurate per ottenere il rimborso delle somme investite nei bond argentini. La Corte ha ritenuto applicabile la regola di diritto pubblico internazionale, secondo cui gli Stati sono immuni dalla giurisdizione di un altro Stato (par in parem non habet iurisdictionem), riconoscendo tuttavia l'efficacia della clausola interna al prestito obbligazionario che prevede la competenza dei giudici di New York o di quelli argentini. Il difetto di giurisdizione del giudice italiano rischia di compromettere la possibilità per i risparmiatori di casa nostra di ottenere giustizia, in quanto oltre alle difficoltà di carattere tecnico legate alle azioni legali presso giudici stranieri, si aggiungono gli oneri economici generati da procedimenti giudiziari di questo genere. Negli Stati Uniti, per casi dalle dimensioni simili, la definizione delle controversie molto spesso passa attraverso transazioni ottenute con l'intervento di un conciliatore. Questa soluzione potrebbe generare effetti positivi sia per i risparmiatori italiani, che vedrebbero ridursi i tempi e i costi della controversia, sia per le banche e lo Stato argentino, che avrebbero la possibilità di chiudere la vicenda con un notevole guadagno in termini di immagine e costi. L'esperienza statunitense sta dimostrando l'efficienza e l'efficacia della conciliazione, soprattutto in casi come questo. Forse, allora, la soluzione appropriata per la vicenda dei bond argentini potrebbe essere ricercata invocando l'intervento degli organismi terzi neutrali di conciliazione (ADR provider), i quali*

7.1. Ante los antecedentes referidos parecería conveniente que los países que se encuentren impedidos de cumplir sus fines y funciones, con riesgo para su población frente a la deuda externa, deberían instruir a sus órganos ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (conjuntamente con otros países miembros, generalizando el problema, involucrando a países de América Latina, África y Asia) a fin de que a través de un Proyecto de Resolución se pida a la Corte Internacional de Justicia de La Haya una opinión consultiva sobre los aspectos jurídicos internacionales de la deuda externa (art. 96 de la Carta de la ONU y arts. 38, 65 y 68 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)<sup>24</sup>.

De producirse tal petición, es posible que las potencias acreedoras sostengan que la Corte no tiene competencia para formular su dictamen por tratarse de una controversia entre Estados acreedores y Estados deudores, señalando que los Estados acreedores no habrían dado su consentimiento a que la Corte se expida. Se aduciría seguramente que el procedimiento consultivo no puede ser utilizado como medio para eludir ese requisito del consentimiento de los Estados demandados que constituye la base de la jurisdicción de la Corte.

Ante tal posibilidad, recordamos que existe un dictamen que emitió la Corte, a raíz de la prisión del cardenal Mindsenty que suponía la negación de derechos humanos en Rumania, Hungría y Bulgaria. Los Estados se negaron a presentarse ante la Corte y suministrarle información. Ante esa actitud, sostuvieron los países firmantes del tratado de paz, las grandes potencias, que la divergencia existente no debe ser obstáculo a un pronunciamiento de la Corte. La Corte recurrió en ese caso al método de las distinciones, característico de la jurisprudencia anglosajona para eludir precedentes que no se desea seguir, dictaminando “el consentimiento de los Estados partes de la disputa es la base de la jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente con respecto a los procedimientos consultivos aun cuando la petición de opinión se relacione con una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte tiene sólo carácter asesor y como tal no tiene fuerza obligatoria, de aquí se sigue que ningún Estado, sea o no miembro de las naciones Unidas, puede impedir que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas consideran deseable a fin de ilustrarse sobre el curso de las acciones que hay que emprender. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al que tiene derecho a solicitarlo.

La Corte fue categórica al afirmar su competencia para ejercer su jurisdicción consultiva, proclamando que ella no depende del consentimiento de los Estados interesados. Sostuvo inequívocamente que aunque el pedido se relacione con una controversia de orden jurídico todavía pendiente, ningún Estado puede, al rehusar su consentimiento, tornar a la Corte incompetente para ejercer su jurisdicción consultiva.

Ello debería servir a fin de invocar, al margen de otros aspectos de la relación crediticia, la violación de los derechos humanos, ya no tan solo los de tercera generación o de la solidaridad – derecho del desarrollo, derecho al medio ambiente, derecho de la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a comunicarse y el derecho a la paz– también los de segunda generación– económicos, culturales y sociales y los de primera generación –derechos políticos y civiles-, el

---

sarebbero sicuramente in grado di fronteggiare situazioni di questo genere in virtù dell'esperienza e della preparazione necessaria, maturati in anni di presenza nel contenzioso internazionale. Questa proposta è avvalorata anche dalle recenti novità legislative italiane concernenti il diritto societario, laddove il D. Lgs. 5/2003 riconosce l'importanza della conciliazione e degli organismi terzi neutrali. Questi ultimi si adoperano, infatti, nel contattare le parti coinvolte nella controversia, cercando di portare tutti allo stesso tavolo di negoziazione. Da questo momento il conciliatore (scelto di comune accordo) si prodigherà nel cercare un possibile accordo, mediando interessi e posizioni spesso solo apparentemente distanti. La netta differenza strutturale e funzionale della conciliazione rispetto a qualsiasi altro procedimento giudiziario ordinario o arbitrale è evidente, poiché mentre questi ultimi si concludono con l'emanazione di un provvedimento a carattere vincolante (sentenza per il giudizio, lodo per l'arbitrato) deciso dal giudice o dall'arbitro, nella conciliazione la definizione è affidata alla volontà delle parti che si estrinseca in un negoziato assistito da un conciliatore. Trattandosi di un procedimento per sua natura svincolato dalle norme procedurali proprie del giudizio ordinario o di quello arbitrale, tutte le risorse (in termini di costi, di tempi e di opportunità) possono essere proficuamente utilizzate al fine di valutare la sussistenza degli interessi in gioco, evitando così le sterili diatribe di contrapposizione che inaspriscono i rapporti e compromettono le possibilità di avere un valore aggiunto dalla definizione della controversia. Nel caso dei bond argentini, la conciliazione e gli organismi terzi neutrali potrebbero allora profilarsi come uno strumento efficiente per una situazione che al momento sembra essere ancora più complicata”.

<sup>24</sup> En el caso de la República Argentina Proyecto de ley presentado por el diputado Allende, en 1999, sobre la base de resolución aprobada por unanimidad en 1996 por la Cámara de Diputados de la Nación.

derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, a la seguridad social. Estos han sido difundidos por la ONU, UNESCO y organizaciones no gubernamentales a través de seminarios internacionales y sido reconocidos en las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General de la ONU.

7.2. La comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido “que la deuda externa constituye uno de los obstáculos principales que impiden, a los países en crecimiento, el goce efectivo de su derecho al desarrollo, alertando al respecto, que las políticas de ajuste estructural tienen graves repercusiones para la capacidad de los países en desarrollo”, ateniéndose a “la Declaración sobre el Desarrollo y de formular los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos”. “...la solución definitiva al problema de la deuda externa se encuentra en el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo, que garantice a los países en desarrollo, entre otras cosas, unas mejores condiciones de mercado y precios a los productos básicos, la estabilización de los tipos de cambio y de interés y un acceso más fácil tanto a los mercados financieros, como a la tecnología de los países desarrollados”...”Las necesidades del crecimiento y el ejercicio de los derechos comunes desde el empleo, educación, salud y medio ambiente, no pueden subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural y reformas económicas originadas por la deuda”<sup>25</sup>.

## 8. MEDITACIONES FINALES.

8.1. Accesoriedad de lo financiero. Hay una subversión axiológica, se han alterado los valores de la economía. El problema es de una gravedad tan inusitada, que obliga a poner en claro los conceptos, de lo económico y jurídico. Lo financiero, accesorio, ha ocupado el centro de la escena desplazando lo principal: la actividad económica productiva. La Economía es la Ciencia de la creación de riqueza y de su distribución; lo financiero representa una parte accesorio. Es correcto que lo financiero obtenga una parte de la ganancia del sector productivo al que apoya. Pero lo único que genera riqueza es el sistema productivo y de distribución. Cuando lo financiero toma toda la utilidad ahoga a lo productivo, aumenta el riesgo operativo por lo que cobra más intereses asfixiando al resto del sistema capitalista y llevando en su seno la autodestrucción.

Si no vuelven las inversiones a lo productivo, no sólo va a haber más desocupación y quiebras, sino también se va a comenzar a perder grandes porciones de lo que la gente supone tiene invertido, sea en un fideicomiso, en un fondo común de inversión, en títulos derivados o en un banco. Ahora el inversor se siente seguro, porque no tiene dinero en un banco argentino sino en un banco extranjero. Claro que no quieren ver lo que son ciertos Bancos del exterior, particularmente los asentados en paraísos fiscales: sólo son placas en un viejo edificio de oficinas, atendido por poco personal con buen sistema de computación y donde no existe ningún tesoro en el que puedan encontrar sus ahorros. Es la típica banca llamada eufemísticamente “*off shore*”, que realizan un ilícito *indirect doing business*.

La mundialización financiera generó un exceso de recursos prestables y pocos proyectos de producción que son los únicos que generan riquezas. La gente no invierte en actividades de riesgo, productivas, por el canto de sirena de invertir en “productos” financieros que no crean riqueza.

De futuro deberíamos postular que sólo se prestara internacionalmente para proyectos productivos, para no satisfacer necesidades políticas de un gobierno sino las de un país.

8.2. Ante ese exceso de dinero, sólo se debería prestar en negocios en participación, para que los grandes inversores ideen proyectos en beneficio de un país o colaboren con el proyecto y cobren de acuerdo al éxito real del proyecto. Avizoramos que la solución de tal exceso de capital y de los riesgos de la mundialización financiera y de la corrupción, podrían paliarse volviendo a los pactos de *commenda*, a la sociedad accidental o negocios en participación, a los *joint venture*, donde quiénes disponen de capital se unan a técnicos analistas para propiciar obras para los países en desarrollo, para

<sup>25</sup> Resolución del 23-4-99, N° 1999/22.

afrontar estructuras y no coyunturas, generando una inversión productiva que permita el pago del venture capital a través de la misma obra y no del agobio de un pueblo<sup>26</sup>.

Los capitales destinados a deuda pública deberían cumplir, en el futuro, con ciertos requisitos y aplicarse con ciertas técnicas jurídicas: a. en primer lugar los colocadores de deuda deben informar adecuadamente, en cuanto cobrar por ello, de los riesgos a los inversionistas, de no asumirán responsabilidad; b. en segundo lugar no debería reconocerse como deuda pública soberana las sumas que estuvieran dirigidas a paliar déficits presupuestarios y no a desarrollar obras o satisfacer emergencias derivadas de desastres (que en realidad deberían cubrirse por ayuda humanitaria); c. con tal sentido las inversiones deberían localizarse como con riesgo para desarrollar ciertas empresas y actividades, apoyando siempre a la producción y –asumiendo un riesgo específico- obtener una utilidad por ello.

Una solicitud de renegociación o de nuevos créditos en términos favorables, con base en los fundamentos anteriores, deberá contener la exigencia de garantizar la distribución proporcionada de los riesgos. La población de un estado deudor constituye también en este sentido una comunidad solidaria, que se debe imputar en cierta medida los errores cometidos por sus gobiernos, responsabilizándolos..

Por eso es que en lo interno de estos países debería reverse las obligaciones, responsabilidades y sanciones que le caben a los funcionarios que malversaren los fondos públicos o que negligentemente manejen el endeudamiento externo. ¿Cómo enfrentar este estado de cosas? ¿Cómo ordenar la realidad cruel y alinear la economía con el derecho? Así como los acreedores deben aceptar que un país deudor ofrezca quitas y esperas, el tratamiento a sus funcionarios debería ser similar al que propugnamos respecto a los administradores societarios desleales, por aplicación del art. 1112 C.C. Argentino<sup>27</sup>.

Correlativamente con ello, debe requerirse a la comunidad internacional que sancione a los intermediarios que colocaron en el mercado minorista títulos de la deuda pública argentina, cuyas posibilidades de ser atendidos en los plazos indicados y con los intereses prometidos era remota al más mínimo examen de la realidad presupuestaria, para que ello no se repita..

Ante el estado actual, los fundamentos del caso Socobel podrían ser fundamentales: El Estado no puede abandonar sus obligaciones básicas como tal en relación a la población.

Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseemos a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “¡El mundo esta desquiciado!, ! Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!”. Este es el desafío que formalizamos: tratar que se analice la cuestión desde la óptica del derecho, aportando las técnicas jurídicas que puedan utilizar los gobernantes, e instituciones internacionales, para el tratamiento de la deuda externa, para asegurar el cumplimiento correcto y no abusivo de los contratos, y al mismo tiempo formule planes de desarrollo futuro para toda la comunidad.

Debe considerarse que el endeudamiento externo por encima de lo racional es parte de la expansión de la mundialización financiera para la colocación de los excesos prestables, ante la cada vez menor actividad productiva que acepte tasas depredadoras<sup>28</sup>. Los gobiernos aceptaron o aceptan esas tasas para su propia subsistencia, sin pensar en la salud de la nación que administran. No se estructura un orden social, sólo se promete. Y la falta de recursos aparece generada, o por lo menos profundizada, por contraer deuda externa. Este parece ser el obstáculo para proyectar un orden social interno, que aparece impuesto por organismos internacionales sin atender a hechos sociales. Pero el razonamiento es falaz, sin orden social sustentable, sin Nación, sin comunidad unida por un plan, no hay posibilidad de pagar la deuda, permitiendo, sólo amortizaciones esporádicas, violentas sangrías que no palian el problema, sólo lo alargan.

<sup>26</sup> Pueden verse sobre ello los trabajos que publicamos desde el año 1996 con Emma Mini de Muño referidos en el libro citado en nota anterior y en [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).

<sup>27</sup> En la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) pueden verse nuestros numerosos trabajos sobre los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades en insolvencia.

<sup>28</sup> *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002.-

8.3. Como apuntamos desde el 2002 el F.M.I. comienza a hablar de que habría que preparar en el ámbito internacional una suerte de ley de quiebras, para atender “lo impensable”, y ello como resultado de la crisis argentina. Así Anne Kruegger, su Vicedirectora en ¿Pueden los países declararse en quiebra? (La Voz del Interior, 17.02.02 Sec E pág. 4) bajo el criterio que “Los países deben honrar sus deudas y sufrir cuando no es así”, lo que explica las exigencias de ese Fondo, cuestiona “por qué algunos países esperan tanto para reestructurar una deuda insostenible” postulando un régimen de concursos internacionales de países en dificultades, para ordenar las relaciones con los acreedores y facilitar acuerdos.

Quizá en la identidad de conductas de administradores públicos con los societarios, que demoran afrontar su cesación de pagos generando mayores daños a acreedores, puedan verse las reflexiones que formulamos y los evidentes daños que genera la toma de deuda soberana para paliar déficit fiscal.

8.4. Las referidas normas del punto 2 nos imponen estas expresiones, no para desactivar las negociaciones, sino para ayudar a reflexionar sobre los efectos nefastos de los endeudamientos, tratando de no caer en los repetidos efectos descritos por los historiadores, aplicando esas inversiones a generar riqueza y no a gravar el futuro de la ciudadanía.