

ASPECTOS JURIDICOS DEL ENDEUDAMIENTO EXTERNO Y LA RENEGOCIACION RECIENTE DE MEXICO

Víctor Carlos GARCIA MORENO
César E. HERNANDEZ OCHOA

La desgracia de unos no hace la felicidad de otros.
Maurice Bertrand

SUMARIO: I. *La crisis de la deuda externa.* II. *Aspecto jurídico del endeudamiento externo.* A. *El enfoque jurídico.* B. *El nuevo marco legal.* C. *El nuevo marco financiero.* *El mercado del Eurodólar.* D. *La estructura negociadora de la banca comercial: Los sindicatos de bancos.* E. *El clausulado de los contratos.* 1. *La prórroga de la jurisdicción.* 2. *Las cláusulas de protección a la estructura sindicada.* i) *cláusula de incumplimiento cruzado.* ii) *cláusula de igual prelación de acreedores (Pari-passu).* iii) *cláusula de compromiso negativo (Negative Pledge).* iv) *cláusula de reparto proporcional de pagos. (Sharing of Payments).* v) *las cláusulas de protección a la estructura sindicada. Un comentario.* III. *Implicaciones jurídicas del incumplimiento.* A. *El riesgo del incumplimiento.* *Moratoria.* B. *El incumplimiento en los contratos de deuda. Consecuencias jurídicas que se derivan del contrato.* C. *La moratoria y el derecho.* D. *El derecho de compensación de cuentas.* E. *El cobro judicial de la deuda.* F. *La renuncia a la inmunidad soberana: Propiedad del Estado susceptible de afectación.* 6. *Interposición diplomática e intervención del Estado de la banca acreedora.* H. *Efectividad de los recursos jurídicos a disposición de los bancos acreedores.* I) *Algunos fallos de los tribunales en los casos de incumplimiento y las doctrinas en que se basaron.* 1. *La doctrina del acto de estado.* 2. *La doctrina de la cortesía internacional.* i) *Consistencia de la moratoria con la ley de los Estados Unidos: la analogía con los principios del capítulo once del Código de Quiebras.* 3. *Doctrinas y fallos. Corolario.* J. *Medidas jurídicas unilaterales.* 1. *Las represalias.* 2. *Las sanciones económicas.* 3. *Implicaciones de las medidas jurídicas unilaterales.* K. *La moratoria y los principios de derecho internacional.* 1. *El derecho a la preservación del Estado.* 2. *La cláusula rebus sic stantibus.* 3. *La inmunidad absoluta de jurisdicción.* 4. *Utilidad práctica de los principios de derecho internacional en el caso de una moratoria.* IV. *Aspectos jurídicos de la renegociación reciente de México.* A. *Un ambiente diferente.* B. *La estrategia del "buen deudor".* C. *Proceso de renegociación y resultados.* D. *Ventajas y desventajas de la renegociación mexicana.* 1. *Oil Contingency Resolving Credit Agreement.* 2. *Acceso al mercado secundario para reducción de deuda.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.* VI. *Anexos.*

I. LA CRISIS DE LA DEUDA EXTERNA

La deuda pública externa de los países en desarrollo es, actualmente, un fenómeno clave en la economía internacional. Existe una amplia literatura alrededor del tema, sin embargo, la proliferación de datos revela muy poco sobre sus aspectos esenciales. En ocasiones los datos suministrados por entidades prestamistas ocultan, bajo cifras globales, la gravedad que para algunos países -en especial los afectados por la crisis petrolera- tiene la magnitud de la deuda externa. México se encuentra -dentro de la clasificación que el Banco Mundial hace de los países endeudados- en el grupo de aquellos que tienen ingresos per cápita altos (500 o más dólares) pero que al ser productores y exportadores de petróleo dependen enormemente de sus ingresos por este producto. El agravamiento de la situación de la deuda se debe a varias razones; inflación, caída de precios de materias primas, alza de precios de importaciones, etcétera, pero sobre todo al alza de las tasas de interés. Las fluctuaciones y ascenso de las tasas de interés han surgido fundamentalmente del desequilibrio económico de los países desarrollados (el déficit norteamericano, por ejemplo). Para los 350 millones de habitantes que viven en una región marcada por la pobreza, como es la latinoamericana, el alza de las tasas de interés ha significado el estancamiento económico. Una región pobre se ha convertido, paradójicamente, en exportadora de capitales hacia la banca acreedora de los países desarrollados por concepto de intereses. México por su parte ha venido pagando más de 10,500 millones de dólares anuales.

II. ASPECTOS JURIDICOS DEL ENDEUDAMIENTO EXTERNO

A) *El enfoque jurídico*

El problema de la deuda ha probado tener una complejidad tal que resiste todos los intentos de abarcarlo desde una sola perspectiva disciplinaria. Si bien tiene un carácter preponderantemente económico también ha sido analizado desde perspectivas políticas y jurídicas. En este sentido se puede afirmar que cualquier contribución a su solución y entendimiento es valiosa.

Aún si el enfoque jurídico no proporciona la solución del problema de la deuda, sería un error pensar que no nos explica muchos de los fenómenos asociados a éste. Situaciones como las que se dan en una moratoria tienen consecuencias jurídicas significativas. Algunas de ellas son evitables, otras no. En todo caso, "la ley es el primer recurso de un acreedor en un caso de incumplimiento".¹

B) *El nuevo marco legal*

A pesar de que el derecho internacional tiene una gran experiencia histórica y desarrollo doctrinal a este respecto, la deuda externa de Latinoamérica tiene ciertas características jurídicas que no se habían presentado anteriormente. La generalización de las cláusulas de incumplimiento cruzado, "pari passu", "reparto proporcional de pagos", etcétera, en los contratos de deuda pública con la banca comercial, el desplazamiento de la doctrina de la inmunidad absoluta de los Estados y su substitución por la doctrina restrictiva de la inmunidad, la prohibición de la amenaza o el uso de fuerza por los Estados por la Carta de Naciones Unidas y el mismo cambio en las fuentes tradicionales de crédito (y por lo tanto de las obligaciones) tienden a crear un marco jurídico diferente para la deuda externa del que se dio en otras épocas.

Este marco normativo ha ayudado a la conservación del orden dentro de las negociaciones internacionales que en última instancia ha dependido de que los bancos se muestren dispuestos a usar las sanciones legales como último recurso.² A diferencia de los sistemas jurídicos nacionales, donde muchas controversias de carácter económico se resuelven en los tribunales³ el sistema internacional no se ha desarrollado lo suficiente para permitir la solución judicial de estos problemas. Los casos que se han presentado en tribunales han sido con Guatemala y Costa Rica, países pequeños. Los fallos de las Cortes Norteamericanas no dejan, sin embargo, de tener interés y nos muestran las posibles implicaciones jurídicas de una moratoria, los principios que las cortes aplican -con los que intentan solucionar los problemas que la deuda plantea- y, finalmente, las limitaciones y potencialidades de un enfoque jurídico.

C. *El nuevo marco financiero: El mercado del Eurodólar*

La deuda pública externa de América Latina se encuentra dentro del mercado de capitales denominado "Eurodólar" que desde el punto de vista jurídico tiene tres características: a) La falta de regulación jurídica que se manifiesta en situaciones como el que los empréstitos internacionales estén exentos del encaje legal. b) La enorme fluidez para movilizar recursos. y c) Reglas específicas para fijar tasas de interés (LIBOR y Prime), donde las tasas son fluctuantes, por ejemplo se fijan cada tres o seis meses, lo que ocasiona que los países en desarrollo se encuentren en estado de incertidumbre respecto a los montos que tendrán que pagar en el futuro.

¹Kaletsky, Anatole, *Los costos de la moratoria. Un ensayo de la Twentieth Century Fund*, Grálbo, 1985, p. 69.

²Cfr. Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 84.

³De hecho, una de las más interesantes propuestas de "solución" al problema de la deuda sugiere la adopción de un procedimiento similar al procedimiento de quiebras de negocios previsto en el capítulo 11 del Código relativo norteamericano. El procedimiento legal utilizado para rescatar una empresa en quiebra, si bien notablemente más complejo, muestra importantes coincidencias con algunos puntos del Plan Brady, notablemente el requerir que prevalezcan las consideraciones de largo plazo y la recuperación del deudor antes de exigirle que pague. Cfr. Sklar, Rubén, "Renegotiation of External Debt. The Allied Bank Cases and the Chapter 11 Analogy", en *Inter American Law Review*, vol. 17, núm. 1, 1985.

Respecto a la falta de regulación jurídica, debe señalarse que el mercado de Eurodólar -o más propiamente, el mercado de Eurodivisas- surge no sólo en un marco de relajamiento de las regulaciones legales sino como una forma de escapar de ellas.⁴

A raíz del crecimiento del mercado de eurodivisas la estructura del endeudamiento externo ha cambiado radicalmente. En el pasado, la mayor parte de los préstamos provenían de fuentes oficiales, hoy día la mayor parte del financiamiento proviene de fuentes privadas.⁵ De acuerdo a cifras del BID, hacia 1984 la proporción de préstamos provenientes de la banca privada había subido de 12 por ciento (en 1956) a 60 por ciento del total del endeudamiento público latinoamericano, mientras que la proveniente de fuentes oficiales había pasado de 60 por ciento a 30 por ciento en el mismo período.⁶ Esta magnitud del crédito privado ha resultado en el encarecimiento de los términos financieros. Los préstamos de fuentes privadas tienen las tasas de interés más altas y son los que resultan más onerosos seguir pagando.

D. La estructura negociadora de la banca comercial: Los sindicatos de bancos

La mayor parte de los préstamos de la banca acreedora se han realizado a través de consorcios o "sindicatos" de bancos, quienes han ido monopolizando los créditos internacionales. Dentro de dichos consorcios los bancos se encuentran representados por un banco líder (lead bank) o agente (agent bank) que se encarga de la intermediación entre los bancos acreedores y el deudor. La relación entre los bancos y el banco agente está sujeta a una serie de reglas específicas establecidas en los contratos y que buscan establecer las responsabilidades del agente y los bancos.⁷

Los préstamos sindicados surgieron en un principio como una forma de disminuir el riesgo de los bancos al prestar, ya que se compartía con otros bancos. La utilidad que reciben los bancos por sus obligaciones sindicadas consiste en una sobretasa (spread) que se añade a una tasa base (generalmente LIBOR o Primer, dependiendo del contrato). Esta utilidad puede parecer pequeña si no se tiene en cuenta que los bancos la obtienen casi sin costo ya que ellos en realidad no prestan sino reprecstan (fondos obtenidos en los mercados interbancarios de Londres y Nueva York) y que los deudores generalmente pagan por separado los gastos que la transacción involucra. Por otra parte desde el punto de vista del deudor -y sobre todo a partir del aumento de las tasas de interés- los préstamos resultan muy caros ya que se pagan las utilidades de los mercados interbancarios (al pagar la tasa base), las utilidades de la banca sindicada (al pagar la sobretasa) y los gastos que ocasiona la formación y mantenimiento del sindicato (al pagar gastos y comisiones).

E. El clausulado de los contratos

Al haber nacido como un medio de escapar a las regulaciones crediticias y en la ausencia de regulaciones comunes,⁸ el mercado de eurodivisas se vio en la necesidad de crear un marco jurídico propio. Esto lo logró a través de la redac-

⁴En los años 60's se introdujeron ciertas regulaciones bancarias en los Estados Unidos (p. ej. el "interest equalization tax") que hicieron más atractivo el depósito de fondos fuera del país. Asimismo se impusieron límites al acceso de los no residentes a créditos bancarios (a través del Voluntary Foreign Credit Restraint Program) por lo que estos tuvieron que buscarlos fuera de EUA. Finalmente las restricciones impuestas por la Reserva Federal norteamericana al pago de intereses acabaron por hacer de las eurodivisas una alternativa más atractiva. Cfr. Bujeda, Beatriz, *El contrato de crédito Eurodólar. Un análisis jurídico*, Tesis de licenciatura, UNAM, 1989, pp. 3-7.

⁵En realidad la privatización no necesariamente corresponde a las "fuentes" sino a las obligaciones, ya que la fuente original de la que proviene el financiamiento son los mercados interbancarios y éstos, actualmente reciben sus fondos en una gran proporción de depósitos de naciones soberanas. Así pues no es que exista una mayor privatización de los fondos crediticios sino quizá una mayor intermediación privada.

⁶Cfr. Biggs, Gonzalo. *Aspectos legales de la deuda pública latinoamericana: La relación con los bancos comerciales*, Banco Interamericano de Desarrollo. Serie de Reimpresiones, núm. 145, 1985, p. 162.

⁷Para un análisis de las obligaciones y características específicas que surgen en las obligaciones sindicadas ver Ryan Jr. Reade H. "International bank loan syndications and participations", en *International Financial Law. Lending, capital transfers and institutions*, 2a. Ed., Euromoney, 1984.

⁸Cfr. Bujeda, Beatriz, *op. cit., supra*, nota 4, p. 49. La autora dice que "(q) quizá el mercado del eurodólar es quizá el más jurídico de los principales mercados financieros". Esto, lejos de alegrarnos debería de mostrarnos que quizá el derecho es demasiado importante para dejarlo en manos de los abogados, sobre todo de los bien pagados abogados de la banca privada.

ción de los contratos que fue evolucionando paulatinamente hasta llegar a una sistematización⁹ impresionante, logrando contratos y clausulados tipo. De esta manera se construyó una estructura jurídica paralela que responde a las necesidades y tendencias de la banca, que se acopla a diversos sistemas legales para lograr un grado de eficacia y que ha logrado una gran estabilidad y flexibilidad (si bien esa flexibilidad que caracteriza al documento contractual rara vez se ha puesto al servicio del deudor).

1) *La prórroga de la jurisdicción*

El derecho aplicable a los contratos de deuda, de acuerdo al clausulado de éstos, es el de los países extranjeros donde se sitúa la banca (Nueva York, EUA y Reino Unido), sin embargo, el sometimiento a las leyes no significa sometimiento a la jurisdicción de los países acreedores.¹⁰ Como consecuencia de su soberanía los Estados no pueden ser juzgados por los tribunales de otros Estados, ni están obligados a obedecer sus mandamientos. Esto significa que tiene inmunidad con respecto a la jurisdicción y a la ejecución de Estados extranjeros. El fundamento de esta norma de Derecho Internacional no solo se encuentra en la soberanía de los Estados sino también en el evitar el surgimiento de los problemas prácticos que se derivan de la intromisión de unos Estados en los asuntos de otros.

Sin embargo, en las últimas décadas ha surgido una nueva teoría de la inmunidad cuyo desarrollo final ha permitido que los Estados soberanos puedan ser juzgados por tribunales extranjeros y que se les puedan ejecutar en el extranjero las sentencias de tales tribunales: la teoría de la inmunidad de jurisdicción restringida. El surgimiento de las leyes que tutelaban esta doctrina se da como una forma de atraer capitales financieros a los Estados Unidos, posteriormente cuando otros países desarrollados observaron el éxito de los Estados Unidos para atraer capitales, leyes y convenciones similares fueron establecidas en el Reino Unido y en varios países europeos. La teoría de la inmunidad de jurisdicción restringida, hace una diferenciación entre los actos que el Estado realiza en su potestad de estado (*acta iure imperii*) y los que realiza en su calidad de particular (*acta iure gestionis*), en esta última categoría caen los actos de carácter mercantil de los Estados y los contratos de deuda pública y con respecto a ellos se puede pactar y generalmente pacta la renuncia a la inmunidad.¹¹

2) *Las cláusulas de protección a la estructura sindicada*

i) *Cláusulas de incumplimiento cruzado*

En las cláusulas de incumplimiento cruzado (*cross default*)¹² generalmente se "dispone que el contrato de préstamo que contiene la cláusula se considerara incumplido si el deudor incumple cualquiera de sus otros contratos de préstamo, incluso aquellos con otros acreedores".¹³ Las consecuencias que se derivan de la existencia de estas cláusulas son que se refuerza, contractualmente la existencia de los sindicatos de bancos y que se impide el que un deudor pueda optar por cumplir determinadas obligaciones e incumplir otras selectivamente, obligándolo a cumplirle todas las obligaciones a todos los bancos.¹⁴ Las cláusulas de incumplimiento cruzado pueden aumentar significativamente la magnitud de las moratorias, pues si un país tiene poco dinero y este no le alcanza para cubrir más que algunas obligaciones, estas cláu-

⁹Cfr. Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 49. La autora señala cómo la sistematización llevó a los contratos a reducir su extensión de 200 a 18 páginas.

¹⁰Cfr. *State Immunity Act*. Sección 2 (2). En los Estados Unidos se discute esta cuestión, Cfr. Stevenson, John R., Browne, Jeffrey F. y Fislser Damrosch, Lor. "United States law of sovereign immunity relating international financial transactions", en *International Financial Law, Lending, capital transfers and institutions*, 2a. ed. Euromoney, 1984, p. 109.

¹¹Aspecto que comparten la Foreign Sovereign Immunities Act, la State Immunities Act y la European Convention on State Immunity.

¹²En los anexos de esta ponencia se puede encontrar una cláusula de incumplimiento cruzado.

¹³Mendes, citado en Sklar, Rubén, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 75 n.

¹⁴Biggs, Gonzalo, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 170.

sulas lo llevan, técnica y automáticamente, a incumplir todas, incluso las que hubiera podido pagar.¹⁵ Así, se disminuye el poder de negociación de los deudores y de los bancos pequeños, quienes salen perjudicados de negociaciones donde la banca negocia en conjunto con los deudores separados.

ii) *Cláusula de igual prelación de acreedores (Pari Passu)*

Las cláusulas de "igual" prelación de acreedores (*pari passu*) consignan "el compromiso (del deudor) de otorgar a la deuda que se adquiriera, el mismo rango de prelación o preferencia (*pari passu*), con otros pasivos a cargo de entidades usuarias".¹⁶ De esta manera se destruye la posibilidad de otorgar créditos preferenciales. "Es claro que lo que desean en este caso los prestamistas es no verse en un plan (. . .) de subordinados, procesal o real, frente a créditos externos concedidos a terceros".¹⁷

iii) *Cláusula de compromiso negativo (Negative Pledge)*

El compromiso negativo es una cláusula que "pone límites a la capacidad del deudor para otorgar hipotecas o gravámenes sobre sus activos o ingresos con el objeto de garantizar otras deudas".¹⁸ El objetivo central de esta cláusula es similar al de la cláusula de igual prelación de acreedores y consiste en evitar que el deudor cree un tratamiento preferencial para algunos créditos al otorgarles mejores garantías. Sin embargo al hacerlo imponen una "difusa e ineficiente limitación en la capacidad del deudor para pedir prestado"¹⁹ ya que en muchas ocasiones para otorgarle crédito se le piden garantías. El presupuesto central de esta cláusula es que "si el deudor solo puede pedir prestado otorgando garantías entonces su endeudamiento debe ser considerado excesivo y un mayor endeudamiento no debe de permitirse a menos que los acreedores que no tienen garantías lo aprueben".²⁰

iv) *Cláusula de reparto proporcional de pagos (Sharing of Payments)*

Esta cláusula, también denominada "de pagos a prorrata" establece que "ningún banco participante por razón o medio alguno pueda recibir un pago mayor a la proporción que le corresponde de acuerdo con su participación en el pago proporcional que reciban los demás bancos".²¹ De esta manera la banca acreedora "elimina (. . .) las negociaciones individuales o el otorgamiento de rebajas por pagos preferenciales".²²

v) *Las cláusulas de protección a la estructura sindicada. Un comentario final*

Las cláusulas a que hemos hecho referencia se han vuelto un lugar común dentro de los contratos de deuda, a través de ellas la banca busca el evitar que el deudor pueda incumplir selectivamente sus deudas y se encuentre en una posición negociadora fuerte para conseguir disminución del monto de la deuda. Esta situación ha sido reconocida por el propio Nicholas Brady quien admitió en su Plan que algunas de estas cláusulas "son una barrera substancial a la disminución

¹⁵Sklar, Rubén, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 75.

¹⁶Pellicer, Jaime. *Estructura jurídica y Leyes que rigen la actividad crediticia*, CEMLA, 1989, p. 21.

¹⁷Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 101.

¹⁸Tudor John, William. "Sovereign Risk and Immunity under English Law and Practice", en *International Financial Law, Lending, Capital Transfers and Institutions*, 2a. ed., Euromoney, 1984, pp. 92-93.

¹⁹*Ibidem.*

²⁰*Ibidem.*

²¹Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 92.

²²*Ibidem.*

de la deuda".²³ Al obstaculizar las formas de salida que tradicionalmente utilizaban los países endeudados para reducir el monto de las deudas la banca comercial, y sus abogados, olvidaron crear un mecanismo alternativo y han prolongado innecesariamente la situación desesperada de los países endeudados del mundo en vías de desarrollo.

La elaboración de los contratos de deuda refleja la fuerte posición negociadora de la banca comercial y su excelente asesoría jurídica. Aspectos como la prórroga de jurisdicción y el retiro de las inmunidades proporcionan a la banca seguridades que no habían tenido anteriormente. Sin embargo, se deben tener serias reservas con cierto tipo de cláusulas que al fortalecer la estructura negociadora de la banca comercial (i.e. los sindicatos de bancos) dificultan las soluciones negociadas y aumentan los riesgos de salidas extremas para los países deudores y los pequeños bancos que han quedado, por vicio de la redacción de un contrato, en una posición de desventaja.

II. IMPLICACIONES JURIDICAS DEL INCUMPLIMIENTO

A) *El riesgo del incumplimiento. Moratoria*

Subrayar las desventajas de la moratoria no evita su consideración ya que no todos los caminos que llevan a la moratoria dependen de la voluntad de los deudores. En muchos casos se llega a la moratoria por que no hay soluciones o, más claramente, por que las demás alternativas son peores que la moratoria. En México durante el período posterior a la intervención francesa, la inestabilidad política ponía a los gobiernos ante una grave disyuntiva, como lo refiere Francisco Calderón:

"Para impulsar el desarrollo económico del país se requería del capital exterior; pero no acudía por que desconfiaba de su estabilidad política y aún del deseo de cumplir con sus compromisos financieros. Por otra parte, el gobierno no podía conservar la paz sin dedicar todos sus recursos a normalizar la administración pública; pagar el servicio de la deuda significaba precipitar a la nación en nuevas guerras civiles y, ante la disyuntiva de restablecer la paz o el crédito, el gobierno escogió lo primero".²⁴

En el presente una serie de razones políticas internas han precipitado a los países hacia la moratoria. El proceso de democratización política en los países latinoamericanos combinado con las frustraciones provocadas por la ausencia de soluciones más atractivas al problema de la deuda, está llevando cada vez a más países a seguir este camino.²⁵

De esta manera, para abordar el problema de la moratoria no es necesario que lo consideremos algo deseable o aconsejable (aunque podemos hacerlo), basta con que lo veamos como una posibilidad latente, hasta cuando no es deseada, como una consecuencia del problema de la deuda.

La reciente renegociación mexicana de la deuda ha estado acompañada por el mayor optimismo. México siguió el camino de la negociación firme en lugar de la confrontación, sin embargo, el fantasma de la moratoria sigue presente en la opinión pública y académica que duda que el problema de la deuda haya sido, finalmente, resuelto. Mientras las situaciones sociales que llevan a la moratoria no se vean resueltas, nuestras decisiones serán sólo paliativos -de la misma manera en que la moratoria podría serlo-. Por otra parte, para el resto de latinoamérica que todavía no parece beneficiarse del ambiente del Plan Brady y el riesgo de la moratoria -cuando no la moratoria misma- es una realidad cotidiana.

B) *El incumplimiento en los contratos de deuda. Consecuencias jurídicas que se derivan del contrato*

En los contratos de deuda especifican una serie de situaciones dadas las cuales el contrato se considera terminado o rescindido anticipadamente. Estas causas enumeran una serie de condiciones que en opinión de la banca podrían per-

²³Brady, Nicholas, "El Plan Brady", en *El Mercado de Valores*, núm. 11, junio 1989, Año XLIX, p. 18. La preocupación del Secretario del Tesoro norteamericano se refería específicamente a las cláusulas de "participación proporcional de pagos" (sharing of payments clause) y de prohibición de garantía para cualquier obligación (negative pledge clause), las cuales impedían el libre acceso a los bancos que deseaban incorporarse a las transacciones de reducción de la deuda o su servicio.

²⁴Calderón, Francisco, "La República Restaurada. La Vida Económica", en *Historia Moderna de México*. (Cosío Villegas, Daniel Coord.), Editorial Hermes, 1965, p. 482.

²⁵*Foreign Report*, "Down Hill in Latin America", 12 de enero de 1989, pp. 7-8.

judicar la situación del deudor y su capacidad de pago de la obligación contraída, estas pueden constituirse por la violación o falsedad de las declaraciones hechas por el deudor en el contrato, por la suspensión de pagos, por la declaración de una moratoria unilateral en el pago total o parcial del principal o de los intereses, o por otras razones. La consecuencia de la terminación anticipada es:

“El pago inmediato del principal, intereses devengados y cualquiera otra suma adeudada por el prestatario de acuerdo con el contrato incluyendo los gastos o pérdidas que los bancos prestamistas hayan incurrido por el empleo de la adquisición de depósitos a plazo fijo para el mantenimiento de sus respectivas participaciones en el préstamo”,²⁶

Desde luego la terminación anticipada implica el comienzo de un período de cobro de intereses moratorios que generalmente consisten en un aumento de la sobretasa (spread).

C) La moratoria y el derecho

A pesar de que como hemos visto anteriormente un contrato de crédito eurodólar puede darse por terminado anticipadamente por una serie de situaciones analizaremos detenidamente la más común que es la que tradicionalmente se definía como moratoria. Jurídicamente, la moratoria de la deuda es el retraso en el cumplimiento de una obligación adquirida a través de un contrato y/o un tratado. Este incumplimiento temporal (distinto del repudio) acarrea una serie de consecuencias legales. Sin embargo estas consecuencias no se verifican en ocasiones, al no ser sometido el caso a los tribunales competentes para sancionarlo. Aún en estos casos el incumplimiento subsiste. En este sentido, las llamadas “moratorias técnicas” o moras²⁷ no dejan de ser incumplimientos legales, con la peculiaridad de que la acción legal no se ejercita. A pesar de esto, el derecho a la acción legal puede ser ejercido en cualquier momento por la parte afectada. La moratoria implica diferentes consecuencias legales, dependiendo de los sujetos que intervengan en la relación. Si la obligación que se incumple fue contraída con un banco comercial, generalmente el tribunal competente será el tribunal nacional del país donde será pagada la deuda (generalmente, las jurisdicciones de Nueva York -estado- y los Estados Unidos -federal- y, en otros casos, de Inglaterra), y el derecho aplicable será el del país de ese tribunal (esto es, el derecho aplicable en Nueva York -incluyendo leyes norteamericanas- o el derecho inglés y, en ambos casos, el derecho internacional). Esta determinación, la del derecho y jurisdicción aplicable, está contenida en las cláusulas de jurisdicción de los contratos privados de deuda²⁸ que, a su vez, toman en cuenta la fuente de financiamiento y el domicilio de los bancos y los abogados especializados.²⁹ El hecho de que la jurisdicción quede en estos lugares³⁰ debilita, por varias razones, la posición de los deudores. Puede darse el caso de que la ley aplicable no corresponda a la del tribunal a que se someta el caso, sobre todo cuando se pacta una cláusula de jurisdicción múltiple, es decir cuando se considera la posibilidad de someter las controversias sobre el contrato a uno de varios foros.³¹

²⁶Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 104-107.

²⁷Eduardo Zalduendo distingue entre mora y moratoria “en el primer caso se trata de una suspensión o demora transitoria de un servicio; en el segundo caso, se trata de una suspensión generalizada y sin plazo de los servicios de la deuda externa”. *La deuda externa*, Depalma, 1988, p. 31. Esta clasificación corresponde a la que distingue entre moratoria técnica y moratoria declarada, es decir distingue en cuanto a la intención del deudor.

²⁸En los anexos de esta ponencia pueden encontrarse cláusulas de determinación de derecho aplicable y de sometimiento a la jurisdicción extranjera.

²⁹“La selección de leyes no solo obedeció al poder financiero de los acreedores sino al origen y sede de los bufetes internacionales que actuaron como legisladores en estos contratos”. Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, p. 57.

³⁰La validez de la prórroga de jurisdicción en el caso de soberanos (*i.e.* Estados), presenta varios problemas vista desde el punto de vista jurídico. En el caso de algunos países sudamericanos pactarla constituye una violación de disposiciones constitucionales, sin embargo existen desarrollos jurisprudenciales que apuntan en el sentido de que la prórroga es válida. Tal es el caso de la interpretación desarrollada por la Procuraduría General de Venezuela y un fallo de la Corte Federal de Comodoro. Rivadavia, Argentina. *Cfr.* Biggs, Gonzalo, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 171.

³¹En esos casos, “los abogados (...) consideran que la ley aplicable acordada por las partes regirá las cuestiones sustantivas del contrato de crédito mientras que las cuestiones procesales serán regidas por la ley del *forum* o

Por otra parte, si la obligación fué contraída con otro sujeto de derecho internacional, esto es con otro Estado o con un organismo internacional, el único tribunal competente sería un tribunal internacional, pero se requeriría que ambas partes se sometieran previa y expresamente a su jurisdicción. Si esto no sucede, en las relaciones entre Estados se admiten, por parte del derecho internacional, ciertas sanciones unilaterales de un Estado contra otro. Tal es el caso de las sanciones económicas y de las represalias.

D) *El derecho de compensación de cuentas*

La legislación norteamericana permite que los bancos apliquen los valores líquidos depositados en cuentas corrientes, al pago de los valores que sus clientes les adeuden por otros conceptos.³² Durante la crisis de los rehenes norteamericanos en Irán el derecho a la compensación de cuentas demostró puede llegar a tener alcances muy amplios ya que algunos bancos lo aplicaron en conjunción con la cláusula de repartición proporcional de pagos aplicando las cuentas del deudor al pago no solo de la parte del banco donde tenía sus cuentas sino también la de los demás bancos en los préstamos sindicados que Irán había dejado impagados.³³ Este "derecho de compensación de cuentas" (*set off*), representa la mejor opción para un acreedor pues le permite cobrarse, por sí mismo y sin previa determinación judicial en ese sentido, de una cuenta de su deudor. Por el contrario esta es la peor opción para el deudor moroso que quiera conservar sus activos.

E) *El cobro judicial de la deuda*

El incumplimiento de las obligaciones trae generalmente por consecuencia que el tribunal condene al deudor al pago de la deuda y dicte medidas para el embargo (precautorio o posterior a la sentencia) de los activos que el deudor tiene en el país donde se dictó la sentencia, "a fin de satisfacer con su producto y adjudicación la demanda del deudor".³⁴

El tribunal podría además hacer uso de los medios de cooperación judicial internacional para embargar bienes del deudor en otros países, siempre que los bienes existan y que el tercer país haya firmado un tratado proveyendo el reconocimiento y ejecución de sentencias del país del juez que la dicta. Este caso podría, hipotéticamente, darse en relación con nuestro país, sin embargo existen tres situaciones que vuelven imposible el que esto suceda. Primera, los Estados Unidos -la nación de la mayor parte de la banca acreedora- exhiben una total falta de este tipo de tratados.³⁵ Segunda, si el monto del embargo fuera muy grande, el juez mexicano se vería obligado, legalmente, a no ejecutar la sentencia del juez extranjero por consideraciones de orden público. Esto se encuentra consignado en el artículo 569 de nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles que "establece la posibilidad de darle eficacia y otorgarle reconocimiento a una sentencia extranjera siempre y cuando no sea contraria al orden público mexicano".³⁶ Tercera -y definitiva- en México no existe la posibilidad legal de embargar o hacer objeto de mandamientos de ejecución a las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública federal de acuerdo al artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles.³⁷ En tanto esta disposición es considerada de orden público por nuestros tribunales, los acreedores estarán incapacitados legalmente de realizar embargos en México.

F) *La renuncia a la inmunidad soberana: Propiedad del Estado susceptible de afectación*

Los contratos privados de deuda entre la banca y los Estados generalmente incluyen renunciaciones expresas a la inmu-

³²Cfr. Biggs, Gonzalo, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 172; Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 76 y 88 n16.

³³Cfr. Simmons, Richard S. "The Iranian hostage crisis: Its impact on international financial law", en *International Financial Law. Lending. Capital Transfers and Institutions*, Euromoney, 2a. Ed., 1984, p. 199.

³⁴Cfr. Biggs, Gonzalo, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 173; Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 76.

³⁵Cfr. Delaume, Georges. "Three Perspectives on Sovereign Immunity. Public Debt and Sovereign Immunity", en *American Journal of International Law*, vol. 71, No. 3, 1977, p. 417.

³⁶García Moreno, Víctor Carlos. "Notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento externo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXVII, enero-junio, 1987, núms. 151-153, p. 18.

³⁷*Idem*, p. 18.

nidad de ejecución que estos normalmente tienen en el extranjero. Estas renunciaciones son complementarias a las cláusulas por las que se acepta someterse a una jurisdicción extranjera pues sin la renuncia a la inmunidad el sometimiento a otra jurisdicción no valdría nada. Las renunciaciones a la inmunidad son consideradas, bajo las nuevas legislaciones norteamericanas e inglesas (FSIA, 1605-a-1 y SIA), como obligatorias e irrevocables para los Estados que las firman.³⁸ Esto significa que los Estados pueden ser válidamente demandados en cortes extranjeras (Ver la Doctrina de Inmunidad de Estado más abajo) y que además se les pueden ejecutar las sentencias sobre los activos (propiedades o cuentas) que posean en el extranjero. Estas renunciaciones se han convertido en una práctica generalizada en los contratos de deuda, sin embargo hay ciertas reglas que conviene analizar pues nos marcan los límites a que se sujetan. Primero, los embargos precautorios (*i.e.* previos al fallo del tribunal) sólo se pueden realizar cuando el contrato contiene una renuncia expresa para ese tipo de efectos y sólo con el objeto de evitar que el deudor traslade su propiedad antes del fallo.³⁹ ⁴⁰ Segundo, la inmunidad de la propiedad que los bancos centrales (en nuestro caso las cuentas del Banco de México en el extranjero) tienen para su propio manejo no es renunciable. Sin embargo esta última excepción, que en la ley norteamericana⁴¹ no deja lugar a dudas, ha sido modificada por interpretaciones jurisprudenciales en aquellos casos en que los fondos del banco central sean usados en actividades comerciales.⁴² Por otra parte la inmunidad de los fondos no siempre evita el que estos sean puestos en estado de interdicción de hecho, como en el caso del congelamiento de activos de Irán en que el gobierno norteamericano prohibió a los bancos norteamericanos la transferencia de fondos.⁴³

Si el Estado deudor desea proteger sus cuentas en el extranjero de posibles afectaciones judiciales puede depositarlas en bancos donde los embargos no sean admitidos. Por ejemplo las cuentas del Banco de la Reserva Federal de los Estados Unidos no admiten embargo precautorio (dándole por lo mismo la oportunidad al deudor de retirar sus activos si prevé que el fallo no le será favorable). Las cuentas del Banco de Pagos Internacionales de Basilea no son, en caso alguno, susceptibles de embargo⁴⁴ como tampoco lo serían nuestros Derechos Especiales de Giro (DEG's) en el FML.⁴⁵

G) *Interposición diplomática e intervención del Estado de la banca acreedora*

Finalmente, el banco acreedor tiene la opción de utilizar la interposición diplomática para que las autoridades de su país gestionen diplomáticamente el pago de las deudas. A través de ella las autoridades de los países acreedores podrían gestionar diplomáticamente el pago de la deuda de los bancos constituidos en esos países. Sin embargo la interposición diplomática no ha sido de mucha utilidad para resolver este tipo de reclamaciones en el pasado. En ocasiones simplemente politiza las controversias y resulta, finalmente, más lenta que la utilización de otras vías. Más aún, en algunos casos, como el de los Estados Unidos, la interposición diplomática es la excepción. "En términos generales el Departamento de Estado no interviene en casos que involucran violaciones contractuales entre un Estado extranjero y un nacional de los Estados Unidos a menos que se muestre que hubo denegación de justicia".⁴⁶ La moratoria en si misma

³⁸Cfr. Delaume, Georges, *op. cit., supra*, nota 35, p. 400.

³⁹Cfr. *Foreign Sovereign Immunities Act*, 1609-d-1, *State Immunity Act*.

⁴⁰Sin embargo en el caso *Libre* el Tribunal Superior interpretó, y admitió como válida para permitir el embargo precautorio, una renuncia a la inmunidad soberana que no se refería específicamente a este tipo de embargos, sino que decía que el deudor "renuncia irrevocable e incondicionalmente a cualquier derecho o inmunidad de procedimientos legales, incluyendo el juicio y ejecución de una demanda con el argumento de la soberanía". Citado en Kaletsky, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, pp. 89-90n20.

⁴¹*Foreign Sovereign Immunities Act*, Art. 1661, inciso b, subinciso 1.

⁴²Cfr. Delaume, Georges, *op. cit., supra*, nota 35, p. 412.

⁴³Cfr. Kaletsky, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, pp. 89-90n24.

⁴⁴Cfr. p. 80 y 90n25.

⁴⁵*Ibidem*.

⁴⁶Citado en Bishop, William Jr. *International Law. Cases and Material*, Prentice Hall, 1953, p. 513.

no es considerada suficiente motivo para permitir la intervención de los gobiernos. A este respecto el Council on Foreign Relations se pronunció poco después de las múltiples moratorias de la década de los treinta:

Formalmente el gobierno de los Estados Unidos exige que los demás Estados respeten sus obligaciones con acreedores norteamericanos, y que, en el caso de que disminuyan o atrasen sus pagos, los acreedores norteamericanos reciban un trato tan bueno como el que se otorga a los acreedores extranjeros. Nuestro gobierno otorgará protección en contra de un repudio por parte de un gobierno extranjero. . . protestará contra la discriminación (en contra de los ciudadanos norteamericanos). Pero no se encargará de determinar hasta qué punto, en qué fecha y en qué moneda deben cumplirse las obligaciones del país deudor. El hecho de que un gobierno extranjero reconozca su responsabilidad de pago y prometa un trato igual (bueno o malo) satisface al menos en cuanto a la forma, al gobierno de los Estados Unidos.⁴⁷

H) Efectividad de los recursos jurídicos a disposición de los bancos acreedores

Hasta ahora, si bien los contratos de deuda "han demostrado ser idóneos para ser protegidos y ejecutados judicialmente",⁴⁸ los medios a disposición de los bancos acreedores han probado ser ineficaces para tratar el problema de la deuda. En primer lugar, el único medio realmente disponible, esto es, el embargo de los activos que un país tiene en el extranjero, aún cuando fuera legalmente posible, tiene una seria desventaja práctica: no alcanzaría para cubrir sino una pequeña parte de lo adeudado. Esta razón ha motivado el que los casos de moratorias llevados a los tribunales sean relativamente pocos, casi muestras, que se hayan dado sólo con países cuya deuda externa es muy pequeña; como Guatemala y Costa Rica y que hayan sido, en ocasiones, llevados a los tribunales por los bancos más pequeños -los que podrían satisfacer el pequeño monto que se les adeuda con los activos que el deudor tiene en el extranjero-. A esto se ha añadido un factor más que también disuade a los bancos de seguir el camino del cobro judicial: los tribunales no siempre han fallado a favor de los bancos acreedores.

I) Algunos fallos de los tribunales en los casos de incumplimiento y las doctrinas en que se basaron

Dos han sido los principales casos que se han dado en los últimos años involucrando situaciones de incumplimiento de deudores soberanos de sus obligaciones con la banca comercial: el caso *Libra Bank v. Banco Nacional de Costa Rica*, S. A.⁴⁹ y el caso *Allied Bank International v. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*.⁵⁰ Si bien ambos casos fueron ganados finalmente por los bancos acreedores, en el segundo caso (*Allied*) la corte norteamericana falló a favor del deudor en primera instancia. Al ser remitido el caso a la Corte de Apelaciones volvió a fallar a su favor del deudor y sólo cuando el acreedor interpuso el recurso de reposición⁵¹ (*rehearsal*) en la misma Corte de Apelaciones y tras recibir un comunicado del gobierno norteamericano en ese sentido, revirtió su fallo y favoreció al banco acreedor.

Abandonando las consideraciones de orden práctico es interesante ver los principios legales que llevaron a los tribunales a dar los fallos que dictaron. Es interesante sobre todo porque los fallos que analizaremos fueron dictados por tribunales norteamericanos y en ellos se aplicó tanto el derecho norteamericano como el derecho internacional, que si bien en la práctica se aplica selectivamente (*i.e.* en unos casos si y en otros no) es considerado formalmente en los EUA tan parte del derecho local como las leyes norteamericanas.⁵²

⁴⁷Citado en Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1.

⁴⁸*Cfr.* Bujeda, Beatriz, *op. cit.*, *supra*, nota 4.

⁴⁹*Libra Bank Limited v. Banco Nacional de Costa Rica*, U. S. District Court of New York, julio 11, 1983, p. 3.

⁵⁰*Allied Bank International v. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*, fojas 83-7714, Segundo Circuito, 23 de abril de 1984.

⁵¹Utilizo el nombre de reposición por referirme a un recurso de nuestro sistema jurídico que presenta similitudes con el recurso norteamericano de *rehearsal*. Es decir un recurso por el cual se pide al tribunal de segunda instancia que reconsidere su propio fallo con vistas a modificarlo total o parcialmente.

⁵²Tanto en los Estados Unidos de América como en México las jurisprudencias respectivas han señalado que el derecho internacional tiene internamente el mismo rango que las leyes federales.

1) *La doctrina del acto de estado*

Una doctrina utilizada por los deudores en su defensa es la doctrina del acto de Estado. De acuerdo a ella los tribunales de un Estado no pueden enjuiciar los actos de las autoridades de otro Estado pues esto implicaría que califican la validez de los actos de otro Estado y esto, a su vez, entraría en conflicto con consideraciones de política exterior las cuales no competen al poder judicial sino al ejecutivo. El criterio busca no perturbar las relaciones exteriores del país: "No juzgar en casos específicos -que perturben la diplomacia- la legalidad de actos soberanos de otros Estados".⁵³ Los actos soberanos que el tribunal se abstiene de calificar por respeto a la diplomacia pueden afectar intereses privados o violar principios de derecho interno o derecho internacional.⁵⁴ Sin embargo la doctrina tiene dos excepciones que la privan de valor para la defensa de deudores soberanos.

La primera excepción se presentó en el caso *Bernstein v. N.V.* y consistió en la consideración de que solo si el Departamento de Estado norteamericano (encargado de la política exterior) se pronunciaba a favor, el tribunal podía calificar la legalidad de los actos de otro gobierno.

La segunda excepción fue sostenida en los dos casos de deudores soberanos que ya hemos mencionado (*Libra* y *Allied*) y consiste en que la doctrina solo se aplica a los efectos de los actos del gobierno extranjero dentro de su propio territorio. En el caso específico de Costa Rica, el tribunal había fallado en su favor basado en esta teoría (en el caso *Allied*) dictaminando que el decreto del gobierno costarricense prohibiendo a sus bancos el pago de la deuda no podía ser calificado por los tribunales ya que eso hubiera afectado la política exterior norteamericana favorable a la renegociación de la deuda de Costa Rica. El razonamiento del tribunal fue el siguiente:

El presidente Reagan y el Congreso se mostraron comprensivos ante la crisis financiera de Costa Rica y su suspensión del pago de los préstamos de la Ley de Asistencia Internacional (Foreign Assistance Act) (. . .) La Cámara de Representantes también expresó su total apoyo a la República de Costa Rica y sus instituciones democráticas en un momento en el que este país responde a la crisis económica actual (. . .) El hecho de que la restructuración de la deuda de Costa Rica es acorde con nuestra política internacional queda demostrado con el apoyo a la restructuración que expresaron tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo de nuestro gobierno (. . .) Aunque sus acciones perjudicaron la actividad comercial, no hay duda de que Costa Rica actuó como un Estado Soberano al impedir un desastre financiero nacional.⁵⁵

Sin embargo en la siguiente instancia el tribunal de apelaciones falló en el mismo sentido pero basado en la doctrina de la Cortesía y, en la instancia final dictó fallo a favor del banco acreedor (entonces solamente el banco *Liberty* había continuado el litigio representando por *Allied*) sobre la base de que el sitio de la deuda era Nueva York y que la doctrina solo se aplica cuando la afectación de propiedad por un gobierno extranjero es realizada dentro de su propio territorio (misma regla aplicada en el caso *Libra*). Así pues, si bien la doctrina ha servido de base para fallos a favor de deudores incapacitados por órdenes de su gobierno⁵⁶ para pagar la deuda y siempre que estos cuenten con el apoyo del ejecutivo norteamericano, es muy dudoso decir que este precedente podrá ser utilizado en el futuro, ya que ha sido revertido.

2) *La doctrina de la cortesía internacional*

La cortesía en el ámbito jurídico norteamericano tiene cierta similitud con la doctrina del Acto de Estado -con la

⁵³Parte de la sentencia en el caso *IAM vs. OPEP*, citada en Kaletsky, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, p. 74. .

⁵⁴*Idem*, p. 73.

⁵⁵Fragmento de la sentencia del caso *Allied* citado en Kaletsky, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, p. 75.

⁵⁶Por lo demás la doctrina del acto de Estado "no es válida para un gobierno que pide prestado por sí mismo, ya que no se puede arguir que la propia acción soberana le impide cumplir con sus obligaciones." Wood, citado en Kaletsky, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, p. 88n14.

cual ha sido confundida⁵⁷ pero es más amplia. Puede ser definida como “el reconocimiento que una nación permite dentro de su territorio a los actos (. . .) de otra nación”⁵⁸ Este sólo se aplica si los actos coinciden con la ley y la política de los Estados Unidos. Esta doctrina fue utilizada por el tribunal norteamericano de apelaciones en el caso Allied. Basado en este principio el tribunal reconoció los decretos constarricenses prohibiendo el pago de la deuda por ajustarse a la política exterior norteamericana (que se presumió favorecía la renegociación de la deuda costarricense) y por ajustarse a la ley norteamericana. Este último punto; en qué manera la moratoria costarricense pudo ajustarse a la ley norteamericana merece ser estudiado con más detalle, en el entendido de que es sólo un prerrequisito para la aplicación de la doctrina de la cortesía.

i) *Consistencia de la moratoria con la ley de los Estados Unidos: la analogía con los principios del capítulo once del Código de Quiebras*

El Código de Quiebras de los Estados Unidos en su capítulo 11, permite detener las acciones de cobro de los acreedores cuando el deudor se encuentra en proceso de reorganización de su negocio. En el caso Allied la corte encontró que la prohibición de pago de la deuda externa de Costa Rica era análoga a la reorganización de un negocio y no constituía una repudiación de sus obligaciones sino “una prórroga de pago efectuada de buena fe a fin de renegociar sus obligaciones”.⁵⁹ Cabe aclarar que no fue solamente la prohibición de pago la que se tomó en cuenta para determinar la analogía sino que la corte tomó el proceso entero, desde los decretos restrictivos hasta el proceso de renegociación, como parte del mismo acto. Así, una moratoria que no estuviera acompañada por un proceso o un intento de renegociación no podría ser analogada de esta manera.

3) *Doctrinas y fallos. Corolario*

Los dos casos que hemos revisado fueron finalmente perdidos por el deudor. Sin embargo en el caso Allied, Costa Rica obtuvo dos fallos favorables de los tribunales antes de que la decisión final fuese revertida. A fin de cuentas la decisión sólo fue revertida cuando un comunicado expreso del gobierno estadounidense se pronunció a favor de los bancos.⁶⁰ Las doctrinas de inmunidad de Estado y del acto de Estado probaron no ser, en última instancia, un medio de defensa para los deudores. La primera por el advenimiento de la doctrina restrictiva de la inmunidad de Estado. La segunda por el no reconocimiento de la doctrina para aquellos actos que no se realizan dentro del territorio del deudor. La única doctrina que presenta posibilidad para salvar a los deudores de un fallo adverso que los condene a la ejecución judicial en los países de los acreedores es la de la cortesía internacional, siempre y cuando el deudor cuente con el apoyo expreso (ya que en vista del último comunicado del gobierno norteamericano las cortes podrían suponer el no apoyo) del gobierno de los Estados Unidos y siempre que sus actos muestren que la deuda no se repudia sino que se trata de renegociar.

J) *Medidas jurídicas unilaterales*

Ante la falta de una jurisdicción obligatoria en la arena internacional, los Estados recurren a medidas unilaterales. Este tipo de medidas podrían ser utilizadas por los poderes ejecutivos de los Estados cuyo acreedores se les suspendiera el pago. A pesar de ser continuamente atacadas por las nuevas tendencias del derecho internacional, ese tipo de medidas

⁵⁷Gonzalo Biggs, se refiere a las dos indistintamente. *Cfr. op. cit., supra*, nota 6, pp. 183-184.

⁵⁸*Cfr. Sklar, Rubén, op. cit., supra*, nota 3, p. 64.

⁵⁹Biggs, Gonzalo, *op. cit., supra*, nota 6, p. 184.

⁶⁰Fue el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en un informe *amicus curiae* de 11 de junio de 1984 quien solicitó al tribunal reconsiderar la demanda por haber malinterpretado la política exterior norteamericana. *Cfr. Kaletsky, Anatole, op. cit., supra*, nota 1, p. 88n11.

siguen perteneciendo al *corpus* del derecho internacional, mientras que los nuevos principios no alcanzan todavía un *status* definido. A esta área pertenecen las represalias y las sanciones económicas.⁶¹

1) *Las represalias*

“Las represalias son actos de auto-ayuda (*Selbsthilfehandlung*) de parte del Estado ofendido, que responde después de una demanda insatisfecha a un acto contrario al derecho internacional de parte del Estado ofensor (. . .) Serían ilegales si un acto previo en violación del derecho internacional no hubiera proporcionado justificación para ellas”.⁶²

Las represalias equivalen al “ojo por ojo” en el derecho internacional, generalmente recurren a ellas los países poderosos, en base a ellas han sido justificadas acciones tan poco acordes a derecho internacional para nosotros como la ocupación de Veracruz por la marina norteamericana en 1914. Sin embargo, la práctica internacional reciente sigue confirmando el uso frecuente de las represalias en la esfera económica y su reconocimiento como legales por los tribunales de los países desarrollados. Los Estados Unidos son el principal promotor moderno de represalias. Así, puede citarse el bloqueo de activos de Europa Oriental de 1945 a 1973, el bloqueo de activos de la República Popular China o de sus nacionales de 1950 a 1979, el bloqueo de propiedad cubana puesto en vigor como parte del embargo de 1960 que sigue vigente, el congelamiento de activos iraníes de 1979 (reconocido por cortes del Reino Unido y Alemania Federal), etcétera.⁶³

Las represalias aumentan la esfera de las propiedades del deudor susceptibles de ser afectadas ya que frente a ellas no puede argüirse la inmunidad de la propiedad estatal, puesto que tienen el efecto de “suspender” la validez de las reglas de derecho internacional que protegen lo afectado. También, se han dado situaciones en las que acciones paralelas a las represalias han afectado los activos propiedad de particulares del Estado afectado.

Al afectarse los activos de los nacionales de un país por acciones de su gobierno (por ejemplo por declarar la moratoria) se estaría violando el derecho internacional puesto que el gobierno tiene distinta personalidad jurídica de sus nacionales o empresas. Al respecto se ha señalado que:

Los ciudadanos particulares de un país -incluyendo personas morales- no son responsables en forma alguna por las deudas de su gobierno (. . .) Los tribunales de la mayoría de los países reconocen a las corporaciones nacionalizadas, las que son enteramente propiedad del gobierno y su banco central, como entidades legales distintas, separadas de su gobiernos y responsables solo por su propio incumplimiento.⁶⁴

Sin embargo los países que lo han hecho consiguen justificarlo considerándolo como un acto (o una medida) de control para evitar que se retiren los fondos bancarios y se afecte la economía del Estado. Es decir, la afectación de activos de particulares no se considera una represalia (a pesar de que el contexto pareciera implicarlo) sino el ejercicio del derecho a la protección de la economía de posibles agresiones de extranjeros.⁶⁵ No se les afecta por la moratoria, sino para evitar que al retirarlos apresurada y masivamente dañen la economía del Estado. Tal fue el caso de la afectación de los activos chinos de 1950 a 1979 en los Estados Unidos y los activos argentinos en 1982 en el Reino Unido.

Las represalias no pueden amenazar la integridad territorial o la autonomía política de otro país pues constituirían una violación del artículo 3 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta prohibición puede remontarse a la aparición de la doctrina Drago que impide el uso de medios militares para cobrar deudas insolutas de un Estado con otro Estado.⁶⁶ Anteriormente en la Convención de La Haya de 1907 se adoptó el principio que dice: “las partes contra-

⁶¹Para un buen análisis de las consideraciones políticas y económicas de posibles represalias que tome en cuenta actores, acciones y respuestas, *Vid.* Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 137-157.

⁶²Bishop, William, Jr., *op. cit.*, *supra* nota 46, p. 562.

⁶³*Cfr.* ASILS, *International Law Journal*, Vol. VII, 1983, pp. 233-234.

⁶⁴Kaletsky, Anatole, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 81.

⁶⁵*Cfr.* ASILS, *International Law Journal*, *cit.*, *supra*, nota 63, pp. 235-236.

⁶⁶“La deuda pública no puede llevar a la intervención armada, ni tampoco a la ocupación de las naciones americanas por un poder europeo”. Drago, citado en Bishop, William Jr., *op. cit.*, *supra*, nota 46, p. 514. Una versión más amplia puede consultarse en los anexos de esta ponencia.

tantes convienen no recurrir a la fuerza armada para el cobro de las deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a sus nacionales. . .⁶⁷

Finalmente, hay que señalar que la decisión de lanzar represalias es fundamentalmente política y pública, en oposición a las decisiones económicas y privadas, por lo que "no es tomada por el Tesoro o la Reserva (quienes serían más sensibles a las presiones de los banqueros) sino por el Presidente o el Departamento de Estado. . ."⁶⁸

2. Las sanciones económicas

A diferencia de las represalias, las sanciones económicas no implican "violaciones legales" al derecho internacional, antes bien forman parte de lo que se conoce como jurisdicción doméstica de los Estados. "(P)rácticamente toda la esfera de las relaciones económicas internacionales, excepto ahí donde concesiones mutuas han sido garantizadas por tratado, pertenece a la jurisdicción doméstica".⁶⁹ Al tener esta naturaleza, los Estados se encuentran en libertad para afectar a otros en cualquier momento a través de sanciones económicas, sin que nada pueda ser dicho acerca de la legalidad de éstas. Sin embargo, el desarrollo progresivo del derecho internacional muestra una fuerte tendencia a limitar el uso de fuerza en su aspecto económico y aunque hasta ahora no ha salido del ámbito de las declaraciones internacionales y de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el futuro conforme el derecho internacional vaya siendo creado cada vez más por los países en desarrollo y menor por los países poderosos esta tendencia puede alcanzar un *status firme*.

3. Implicaciones de las medidas jurídicas unilaterales

Incluso ahora, las represalias y sanciones económicas no necesariamente favorecen a los países poderosos ya que pueden ser usadas en ambas direcciones. Dado que la represalia implica la consideración por parte del Estado que la toma de la previa ilegalidad de un acto del Estado contra el que se dirige, implica un problema de calificación. El acreedor siempre considerará que se le ha violado un derecho y que esto lo justifica a violar otros. Pero el deudor puede a su vez considerar que no ha violado ningún derecho y que las violaciones de derechos de la otra parte son las primeras que tuvieron lugar. Así, a una represalia puede responderse con otra represalia y así sucesivamente mientras no exista un tribunal que califique los actos de las partes.

La existencia de amplios activos norteamericanos e ingleses en nuestro país nos permite a nosotros el uso de medios de defensa frente a las represalias si consideramos que una moratoria fue legal de acuerdo a derecho internacional y que cualquier afectación de cuentas o activos mexicanos en otro país no está justificada. Desde luego esta posibilidad debe tomar en consideración que los activos de gobiernos extranjeros son mínimos y que los activos que tendrían que ser afectados serían los de particulares o empresas extranjeras con una personalidad diferente del Estado autor de la represalia. Sin embargo, esto puede hacerse con la misma justificación que lo han hecho otros gobiernos extranjeros, esto es, basándose en el derecho de los Estados a poner limitaciones al uso de fondos dentro de su jurisdicción.

Si se asume que el Estado extranjero o sus nacionales pueden retirar sus fondos y afectar la economía de un país, este país "tiene un interés económico en evitar la depreciación de su moneda, la disminución de la disponibilidad de créditos y el alza de las tasas de interés (que tal acción traería)"⁷⁰ Este interés, equivale a un derecho a utilizar medios de defensa para proteger la economía cuando esta pueda ser afectada por los extranjeros.

K) La moratoria y los principios de derecho internacional

1) El derecho a la preservación del estado

Alfred Verdross sostiene: "Un Estado deudor que esté pasando por difíciles situaciones financieras podrá posponer

⁶⁷Cfr. Zaldueño, Eduardo, A., *op. cit. supra*, nota 27, pp. 47-48.

⁶⁸Kaletsy, Anatole, *op. cit., supra*, nota 1, p. 156n!

⁶⁹Briely, citado en Bishop, William Jr., *op. cit., supra*, nota 46, p. 463.

⁷⁰Meyer citado en *ASILS, International Law Journal, cit., supra*, nota 63, p. 235.

pagos y, si es necesario, hasta disminuir su monto, ya que el cumplimiento de las obligaciones internacionales está limitado por el derecho de sobrevivencia del Estado".⁷¹ Es claro que el pago de las deudas puede llegar a entrar en conflicto con otros derechos de mayor jerarquía. En esos casos los Estados tienen el derecho, no de repudiar la deuda sino de suspender su pago. Sin embargo se ha objetado la aplicabilidad de este principio de toda situación. "Una emergencia nacional debe ser considerada solo si los pagos hacen imposible para el Estado deudor el llevar a cabo sus funciones esenciales y amenazan su existencia".⁷² Limitar a los Estados a situaciones tan difíciles que amenacen su misma existencia para poder darles acceso al derecho a declarar las moratorias sería totalmente criminal en el actual contexto de la deuda externa de Latinoamérica, cuyo agravamiento se debe en gran parte a que continuamente se posponen los intentos por solucionarla.

2. La cláusula *rebus sic stantibus*

El cambio radical de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*) puede dar lugar a la alteración o terminación de las obligaciones. El caso de la deuda externa latinoamericana podría entrar en esta hipótesis, puesto que el brusco cambio de las tasas de interés y la gran caída de los precios de las materias primas han sido factores íntimamente relacionados con la actual incapacidad latinoamericana para solventar el pago de la deuda.⁷³ La aplicación de la doctrina debe, sin embargo, obedecer ciertas reglas, se debe probar que las circunstancias han cambiado, y que su permanencia sin cambios, fue vista por las partes como una condición de la obligatoriedad del tratado o contrato. En algunos casos basta que se demuestre que se han dado cambios esenciales o vitales que vuelvan en extremo poco razonable exigir el cumplimiento de la obligación. En todo caso la doctrina se presenta como una regla de construcción que busca asegurar que un efecto razonable sea dado a los tratados o contratos, es decir, busca no destruir sino llevar a cabo la intención de las partes.

En relación al caso de la deuda existe una regla que podría limitar su aplicación y que consiste en que la doctrina se aplica normalmente a tratados de duración indefinida.⁷⁴ Además, se ha apuntado que "la cláusula (*rebus sic stantibus*) parece no ser aplicable en aquellos casos donde el prestamista haya cumplido el acuerdo (. . .) al haber puesto el préstamo a disposición y el deudor sostiene que su incapacidad para obtener la moneda extranjera necesaria para el pago es una nueva circunstancia que pospone o elimina la demanda del acreedor."⁷⁵ Ciertamente, esto no demuestra la inaplicabilidad del principio pero sí muestra las dificultades que puede presentar su utilización. Probar que las circunstancias han cambiado de una manera tal que vuelve nula la obligación puede llegar a ser muy difícil dado que la redacción de los contratos de deuda seguramente no incluirán referencias a la intención o motivaciones de las partes. Antes bien muchos contratos incluyen declaraciones expresas del deudor de que no imagina circunstancias que puedan impedir su cumplimiento. Así, si se lleva a un tribunal internacional, un caso basado en esta teoría puede perderse.⁷⁶

La verdadera limitación de la cláusula es que "(n)o parece haber ningún caso en el cual su aplicación (la de la cláusula) haya sido admitida por ambas partes en una controversia, o en la cual haya sido aplicada por un tribunal internacional".⁷⁷ Sin embargo, hay precedentes de utilización de la cláusula en tribunales nacionales y en la práctica internacional. En este sentido, los Estados Unidos, la aplicaron cuando en 1941 Roosevelt suspendió la International Load Line Convention de 1935 o en el caso *Hooper v. U. S.* donde la corte declaró válida la resolución del Congreso norteamer-

⁷¹ Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Ediciones Aguilar, p. 155.

⁷² Hahn, Hugo. "Public Foreign Debts and International Law", en *Law and State*, vol. 33, 1986, p. 15.

⁷³ García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, *supra*, nota 36, p. 12.

⁷⁴ *Harvard Research in International Law*, citado en Bishop, William Jr., *op. cit.*, *supra*, nota 46, p. 165.

⁷⁵ Hahn, Hugo, *op. cit.*, *supra*, nota 72, p. 15.

⁷⁶ Así sucedió en el caso de Las Zonas Libres de Saboya y Gex (Francia v. Suiza, 1932) ante la Corte Permanente Internacional de Justicia. Francia perdió el caso debido a que no pudo probar, a satisfacción de la Corte, que las partes basaron su consentimiento en las circunstancias que, a su juicio, habían cambiado. La parte sustantiva, i.e. la validez de la cláusula, ni siquiera fue analizada por la Corte dado que faltaban sus prerequisites. Extractos relevantes de la sentencia se citan en Bishop, William Jr., *op. cit.*, *supra*, nota 46, pp. 163-164.

ricano que nulificó los tratados de 1798 con Francia. Así, la cláusula puede ser utilizada en declaraciones unilaterales o en tribunales nacionales con una seguridad mucho mayor. Si es utilizada en este sentido, se requiere, para poder ser válida, el que el Estado que la invoca notifique a la otra parte que está basando su incumplimiento en la cláusula.

3) *La inmunidad absoluta de jurisdicción*

Si bien resultaría imposible impugnar la doctrina de la inmunidad de jurisdicción restringida en tribunales norteamericanos o ingleses ya que estos la adoptan plenamente, puede intentarse su impugnación en *tribunales internacionales* ya que existe un debate respecto a su *status* como costumbre internacional.⁷⁸ En este sentido, las constituciones de varios países latinoamericanos prohíben la renuncia a la inmunidad soberana del Estado.⁷⁹ De la misma manera al menos dos grandes potencias, China y la Unión Soviética, se niegan a pactar la prórroga de la jurisdicción y se adhieren a la doctrina de la inmunidad absoluta. Puede afirmarse que la doctrina restrictiva constituye en todo caso una costumbre regional que no tiene por que ser obligatoria para los Estados que no la han aceptado, sino solamente para aquellos Estados que la han incorporado en su derecho interno o que han firmado convenciones reconociéndola (por ejemplo los que han firmado la Convención Europea sobre Inmunidad de Estado). Sobre este punto podría discutirse si las entidades prestatarias estaban en posibilidad de comprometer al Estado a la adopción de una nueva norma de derecho internacional.

4) *Utilidad práctica de los principios de derecho internacional en el caso de una moratoria*

En la época actual hay pocos casos de moratorias declaradas formalmente desde la segunda guerra mundial solo se pueden citar los casos de Cuba y el Congo-Zaire,⁸⁰ esto revela un cambio respecto a los siglos XIX y los comienzos del presente, y es fruto de las transformaciones legales que hemos venido señalando. Sin embargo no tiene por que significar la predominación jurídica final de los acreedores.

La decisión de llegar a una moratoria no debe presentarse nunca como fruto del orgullo nacionalista o del arrebato populista, antes bien se debe tomar con la conciencia de que si bien puede no solucionar el problema de la deuda hay fuertes principios jurídicos en los cuales basar nuestro derecho a tomar este tipo de decisiones. Estos principios no son estructuras vacías de sentido, antes bien muestran ciertos problemas recurrentes de los Estados y ciertas fórmulas de solución aceptadas por la comunidad internacional como válidas. Nuestra vecindad, y nuestro cada vez mayor intercambio comercial con los Estados Unidos (donde el derecho internacional es derecho interno) debería bastar para justificar nuestro interés en ajustar nuestra conducta a ciertos patrones aceptados como derecho por la comunidad de naciones incluso en aquellas ocasiones en que, para defender nuestros intereses, nos veamos compelidos a tomar las decisiones más graves.

IV. ASPECTOS JURIDICOS DE LA RENEGOCIACION RECIENTE DE MEXICO

A) *Un ambiente diferente*

La reciente renegociación de la deuda externa mexicana se presentó en un contexto internacional más favorable. Dos fueron los cambios fundamentales que permitieron el cambio en el enfoque tradicional de los acreedores sobre el problema del endeudamiento:

Primero, la creación de reservas en los bancos para cubrir las pérdidas de las deudas de los países en vías de desarrollo. Hasta antes de la crisis deudora los bancos no reconocían en sus estados financieros la gravedad de la situación de la deuda. Es interesante ver que incluso la renuencia de los bancos a permitir reducciones en las tasas de interés o a pactar el no pago de las mismas en las sucesivas renegociaciones de la deuda estaba ligada a obligaciones contables. Dado que

⁷⁸El profesor Gamal Musil Badr en su libro *State Immunity* defiende la tesis contraria, es decir, el status de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción restringida como costumbre internacional.

⁷⁹Tal es el caso de Venezuela, Colombia y Brasil. Si bien la jurisprudencia venezolana ha eliminado la prohibición.

⁸⁰*Cfr.* Zalduendo, Eduardo, *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 16.

sólo la porción de una deuda que se refiere al interés cobrado por la misma es considerada para el cálculo de utilidades, la banca comercial prefirió ocultar la realidad -el hecho de que no iba a recibir pagos sobre el principal- de ser reflejada en las cifras de utilidades que sus accionistas analizaban.⁸¹ Se creaba así una situación por la que la banca, para no enfrentar la realidad acababa prestándose a sí misma.

Además, los préstamos otorgados por la banca internacional reflejaban otra situación paradójica, por una parte si uno tomaba en cuenta los intereses cobrados y las condiciones de los contratos uno percibía que el nivel de riesgo que los bancos le asignaban era muy alto y que por esa razón los intereses resultaban tan caros, por otra parte, si uno atendía al nivel de reservas⁸² que los bancos creaban para protegerse del riesgo de incumplimiento en esos créditos uno podría pensar que el riesgo de incumplimiento era mínimo. Esta situación no solo reflejaba la actitud de la banca de sacar las mayores utilidades posibles sino también la falta de regulación de este mercado financiero. Sin embargo esta situación ha ido modificándose paulatinamente. "Durante 1987 la banca creó reservas de entre 20 a 60 por ciento, dependiendo de cada institución, para descontar las pérdidas que generarían los préstamos otorgados a países en vías de desarrollo".⁸³ Por otra parte una serie de reglamentaciones norteamericanas que se han ido implantando en la presente década han llamado la atención sobre el problema de la irreal y por lo mismo peligrosa situación que se presentaba en el sistema financiero.⁸⁴ La situación de la banca norteamericana puede contrastarse con la de la banca europea que había aumentado sus reservas previamente y con la de la banca japonesa que no puede aumentar sus reservas. El erario japonés solo le permite efectuar reservas deductibles del 1 por ciento, y solamente puede aprovisionar el 15 por ciento de sus créditos para el tercer mundo. Lo cual podría explicar la decisión del Eximbank de otorgar fondos frescos a México.⁸⁵ Así, la existencia de un nivel adecuado de reservas y una regulación contable más consciente de esta necesidad, volvió razonable, ya que no agradable, para la banca el otorgar reducciones de deuda.

Segundo, la conciencia de que era "necesario reducir el saldo de la deuda y su servicio como condición indispensable para que los países con problemas de sobreendeudamiento puedan aspirar al desarrollo de sus economías".⁸⁶ Esta posición ha sido defendida por los negociadores mexicanos como una tesis propia, mexicana. Lo novedoso acerca de esta tesis fue su adopción por el Secretario del Tesoro Norteamericano Nicholas Brady⁸⁷ que desató una nueva conciencia, entre las naciones acreedoras, de que la época de las viejas estrategias recesivas no podía continuar mucho tiempo más. Dentro del punto anterior, se encontraba la tesis deudora de que era necesario que las partes involucradas en el problema de la deuda hicieran efectiva su corresponsabilidad, es decir que era necesario distribuir la pérdida correspondiente a los créditos involucrados entre deudores y acreedores.

De esta manera los objetivos que el Ejecutivo mexicano planteó con respecto a la deuda fueron los siguientes: 1) Reducir la deuda acumulada, 2) Disminuir la transferencia neta de recursos al exterior, 3) Obtener financiamiento multi-anual y 4) Disminuir la proporción de la deuda con respecto al Producto Interno Bruto (PIB).⁸⁸

⁸¹Cfr. Sklar, Rubén, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 71n.

⁸²El problema de la creación de reservas que solo pueden provenir de dos fuentes: las utilidades de la banca o deducciones de impuestos, es decir, acaban costándole a los accionistas o al gobierno de la banca acreedora.

⁸³Franck C., Antonio, *Consideraciones sobre aspectos contables y reglamentaciones que afectan la restructuración de la deuda*, Ponencia presentada en la H. Cámara de Diputados, mayo 1989, p. 6.

⁸⁴Destaca la "Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988" que obliga a las agencias regulatorias federales bancarias a reportar al Congreso cualquier obstáculo reglamentario a la reducción de la deuda, así como los boletines de mayo 1985/1988 del Instituto Americano de Contadores Públicos que establecen claramente que las pérdidas generadas por Swaps, ventas de créditos e intercambios de deuda que genere una pérdida ésta debe cargarse a la reserva. Cfr. Franck C., Antonio, *ibid.*, pp. 2 y 7.

⁸⁵Cfr. *Excelsior*. "Prefiere la banca salir de México en lugar de dar más crédito". Sección Financiera 18 de agosto de 1989.

⁸⁶Gurría Treviño, José Angel, *Presentación ante la H. Cámara de Diputados*, 6 de marzo de 1990, pp. 5-6.

⁸⁷En el Plan Brady, se propone la eliminación de barreras a las opciones de disminución de deuda, tanto las contractuales como las que se derivan de regulaciones contables. Cfr. *El Mercado de Valores*, Núm. 11, junio 1, 1989, Año, XLIX, pp. 16-19.

⁸⁸Cfr. SHCP, *La Renegociación de la Deuda Externa de México*, febrero 4, 1990, pp. 8-9.

B) La estrategia del "buen deudor"

La estrategia mexicana partía del "buen" comportamiento que México había observado en los años pasados. México había sido uno de los raros países -si no el único- que pudo implantar las recesivas medidas de austeridad del FMI sin llegar a la desestabilización del gobierno. Este solo hecho implicaba que si México no podía negociar un acuerdo favorable ningún país lo lograría. El fracaso de la renegociación mexicana significaría el fracaso de la estrategia global de los acreedores. Por esta razón los negociadores mexicanos buscaron obtener antes que nada el apoyo político de los países de la banca acreedora y de los organismos internacionales -responsables ambos de la estrategia global de la deuda- con el objetivo de que estos presionaran a la banca y colaboraran en el proceso de renegociación.

C) Proceso de renegociación y resultados

Los procesos de renegociación a partir de la crisis de la deuda de 1982 siguieron un patrón muy similar caracterizado por el refinanciamiento de la deuda, es decir el cambio de la deuda vieja por deuda nueva -jurídicamente se trataba de una novación de deuda-. Los plazos otorgados para la amortización del crédito oscilaban entre 5 y 7 años, se negociaba caso por caso y se pedía la negociación previa con el FMI.⁸⁹ En la actual renegociación se siguió un procedimiento parecido: se refinanció la deuda, cambiando créditos viejos por bonos nuevos y negociando previamente con el FMI. Sin embargo el patrón de refinanciamiento no se tradujo en un empeoramiento de las tasas de interés y de las condiciones del crédito, que era lo que comúnmente pasaba.⁹⁰ Por el contrario los bancos se plegaron, hasta cierto punto, a los objetivos del proyecto mexicano, se obtuvieron reducciones de deuda (35 por ciento de reducción en el 41 por ciento de la deuda), reducciones en el monto de las tasas de interés (a 6.25 por ciento del 47 por ciento de la deuda), recursos frescos para financiar el proyecto de desarrollo del país (25 por ciento de recursos frescos en el 12 por ciento de la deuda), plazos mayores para el pago de la deuda (un solo pago del principal a 30 años) y la eliminación de algunos obstáculos que impedían el acceso al mercado secundario para efectuar posteriores reducciones de deuda.⁹¹ Sin embargo no todas las concesiones favorecieron a los negociadores mexicanos. A cambio de lo obtenido se pactó un acuerdo por el cual si a partir de 1996 México obtenía mayores ingresos por concepto de ventas de petróleo se aumentaría el rendimiento de los bonos de reducción de deuda y de reducción de interés en poder de la banca. Por otra parte, México aceptaba intercambiar un monto de deuda por inversión (Swaps), a pesar del repudio que el secretario de Hacienda mexicano, Pedro Aspe, había hecho de estos instrumentos en foros internacionales dado su carácter inflacionario. Además, México, con el apoyo del FMI, aumentó la calidad -y el valor real- de los nuevos bonos de deuda en poder de la banca al protegerlos con bonos y depósitos de garantía.

D) Ventajas y desventajas de la renegociación mexicana

Lo obtenido por los negociadores mexicanos representa un avance respecto a la anterior situación de la deuda externa, al menos para México. Sin embargo cabe preguntarse si lo obtenido fue un acuerdo que distribuyó equitativamente la corresponsabilidad por las pérdidas que surgían de la deuda. La posición del gobierno mexicano no se pronuncia sobre la justicia de lo obtenido, pero sí afirma que los beneficios fueron "suficientes" para reactivar el crecimiento económico (con la ayuda de fondos traídos por inversión extranjera) y que fueron "razonables" para los bancos. Por otra parte se señala que el acuerdo fue "oportuno" destacando el hecho de que si el interés por el rescate económico de Europa Oriental hubiera existido en esa época la renegociación mexicana habría obtenido resultados más pobres.⁹²

⁸⁹Cfr. Biggs, Gonzalo, *op. cit.*, *supra*, nota 6, pp. 174-177.

⁹⁰*Idem*, p. 175.

⁹¹Los datos económicos están tomados de Gurría Treviño, José Angel, *op. cit.*, *supra*, nota 86, pp. 6-7.

⁹²Los calificativos entre comillas y la consideración sobre el cambio de dirección de los flujos financieros Europa Oriental ver en Salinas de Gortari, Carlos, "México, espacio atractivo para la comunidad internacional". Discurso pronunciado en la reunión anual del Foro Económico Mundial, el 1 de febrero de 1990, en *Nexos* 147, marzo de 1990.

1) *Oil Contingency Revolving Credit Agreement*

La cláusula de cambio de condiciones, de cambio de ingresos por petróleo, por la que se concedía a la banca la posibilidad de mejorar el rendimiento de sus nuevos bonos de deuda, se convirtió al instrumentarse la negociación en un acuerdo llamado "Oil Contingency Revolving Credit Agreement". La razón de haber convertido la cláusula en un acuerdo probablemente obedece a que los abogados de la banca privada pensaban que en el hipotético caso de que fuera una cláusula podría suceder que si un tribunal declaraba la nulidad de la obligación principal -el contrato de deuda- la cláusula seguiría la suerte del contrato principal, mientras que de esta manera se convierte en una obligación independiente. La mecánica del acuerdo es la siguiente:

Si a partir de junio de 1996 el precio del petróleo se sitúa arriba de 14 dólares reales de 1989 y siempre y cuando los ingresos totales por exportación de crudo sean superiores en términos reales a los obtenidos en 1989, México aumentaría el rendimiento de los bonos de reducción de deuda y de su servicio en un monto que no exceda el 30 por ciento de los ingresos adicionales por la exportación de crudo. Dicho aumento sería ponderado por la proporción de la deuda que participe en las opciones de reducción y tendría como tope un rendimiento máximo de 3 por ciento anual.⁹³

Esa es la aportación mexicana a la banca comercial. Como forma de equilibrarla se convino que si "el precio del petróleo cae abajo de 10 dólares por barril (a precios de 1989), un grupo de bancos comerciales, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional aportarían recursos por alrededor de 800 millones de dólares".⁹⁴

Las ventajas de renegociación son menos claras cuando se ven a la luz de los compromisos a largo plazo que suscribió el gobierno mexicano ya en un medio de mayor escasez como el que se presentará a fin de siglo lo más probable es que se de la hipótesis de recuperación de valor de los bonos mexicanos. No difiere de situaciones anteriores en que se compromete el futuro para salir del paso del presente.

2) *Acceso al mercado secundario para reducción de deuda*

La renegociación mexicana obtuvo un descuento mayor en términos económicos del que se hubiera obtenido comprando la deuda con descuento en el mercado secundario. Sin embargo una de sus ventajas consistió en que se eliminaron barreras que permiten "efectuar operaciones de reducción adicional de deuda en el futuro, incluyendo recompras directas".⁹⁵ Esta flexibilidad se ajusta a parámetros definidos en los contratos e incluye opciones de reducción de deuda y transacciones de dinero nuevo basadas en precios de mercado (tales como recompras en efectivo e intercambios de deuda garantizada por deuda). Esta flexibilidad era la que propugnaba Nicholas Brady en su Plan cuando proponía la renuncia general voluntaria por parte de los acreedores a las cláusulas de reparto proporcional de pagos (sharing of payments) y de compromiso negativo (negative pledge) que constituían, en su opinión, "una barrera substancial a la disminución de la deuda".⁹⁶ Lo conseguido por México son excepciones acordadas y específicas a estas cláusulas, nuevamente menos de lo propuesto pero más que antes.

3) *El futuro de la renegociación*

La hipótesis en la que basa su confianza el gobierno mexicano es el crecimiento. Si este se da la renegociación será percibida por los círculos oficiales como favorable, si no se da México se verá forzado a incumplir los pagos de intereses lo que podría poner en funcionamiento las cláusulas de vencimiento anticipado y nos llevaría nuevamente a la mesa de negociaciones. La apuesta del gobierno depende ahora del retorno de capitales y de la llegada de inversión extranjera.

⁹³SHCP, *La Renegociación de la Deuda Externa de México*, julio de 1989, p. 15.

⁹⁴*Idem*, pp. 14-15.

⁹⁵SHCP, *La Renegociación de la Deuda Externa de México*, febrero 4, 1990, p. 19.

⁹⁶Brady, Nicholas, *op. cit.*, *supra*, nota 23, p. 18.

E) *La renegociación mexicana y la deuda de los países en vías de desarrollo*

Pocos son los países latinoamericanos que comparten la estabilidad del sistema político mexicano frente a las grandes demandas sociales que desata la recesión económica, pocos son los que además comparten la fama de "buenos deudores". Dado el nuevo interés de los centros financieros internacionales por mandar recursos a Europa Oriental estos países deberán competir por créditos cada vez más escasos. Para algunos de ellos la solución mexicana no solo se presenta como inviable sino también quizá como indeseada, dado que sus posibilidades de crecimiento se encuentran más lejanas. Para ellos el éxito de la renegociación mexicana significa de alguna manera la continuación de una estrategia global frente al problema de la deuda que no ofrece muchas alternativas a sus problemas y que materializa, finalmente, una corresponsabilidad poco equitativa.

V. CONCLUSIONES

El marco jurídico del endeudamiento externo en la segunda mitad del siglo veinte presenta características inéditas históricamente y una problemática jurídica peculiar. El cambio de las fuentes tradicionales de crédito, la aparición de un clausulado tipo y un cuerpo de normas sobre inmunidad soberana más sensible a las necesidades y preocupaciones de la banca acreedora que a los graves problemas de los países deudores, así como el repudio que el derecho internacional moderno hace del uso de los medios violentos para el cobro de deudas insolutas, conforman un escenario diferente al que se había presentado en otras épocas.

La revisión de las diversas legislaciones internas y convenciones que han adoptado la teoría de la inmunidad de jurisdicción restringida indica la conformación paulatina de una nueva costumbre internacional que coloca a los Estados modernos en calidad de particulares en sus relaciones crediticias con la banca acreedora comercial y frente a los tribunales extranjeros. Por otra parte la prórroga de jurisdicción por la que se admite la validez de que un Estado se someta tanto a los fallos como a las ejecuciones de tribunales extranjeros; si bien considerada como un caso excepcional -y opcional- en las nuevas leyes y convenciones, parece haberse convertido en un lugar común -casi una regla- en la mayor parte de los contratos internacionales de deuda. Así, respecto a la deuda los Estados se encuentran colocados en un marco jurídico que los despoja de su protección soberana en el extranjero.

El clausulado que ha surgido en los contratos de deuda ha tendido a reforzar la protección a la banca acreedora privada y revela tanto su fuerte posición negociadora como su excelente asesoramiento técnico. Sus principales efectos han sido el dificultar las opciones de reducción de deuda (impidiendo el acceso de los deudores a los mercados secundarios, etcétera), fortalecer la estructura negociadora típica de los acreedores (*i.e.* el sindicato o consorcio de bancos) y el impedir las moratorias (poniendo trabas a su uso selectivo y aumentando sus riesgos). La redacción contractual ha impedido eficazmente las soluciones alternativas y colaborado con las leyes y convenciones de inmunidades soberanas al mantenimiento del problema de la deuda. Las modificaciones hechas en la última renegociación si bien introducen mejoras importantes en el proceso y términos financieros del endeudamiento externo no han implicado la alteración significativa del clausulado contractual y sí, en el caso de México, la introducción de cláusulas nuevas que apuntan a la pérdida a mediano plazo de las ventajas de la renegociación. La renegociación mexicana constituye una materialización y una aceptación tácita por la banca acreedora del principio de corresponsabilidad de la deuda, que si bien es poco equitativa no por ello deja de ser importante.

Los casos de incumplimiento que han sido llevados a tribunales han demostrado que si bien la estructura jurídica no ha sido favorable a los deudores tampoco ha permitido a los acreedores encontrar una solución a su predicamento. El principal problema de los acreedores es que aun cuando los tribunales fallen a su favor les es imposible satisfacer sus créditos con los activos que los Estados deudores tienen en el extranjero. Así, la vía judicial no es una vía a través de la cual la banca acreedora pueda hacer efectivos sus créditos. Por otra parte los tribunales no siempre han fallado a favor de la banca, dándose casos en que (al menos en instancias intermedias) han fallado, y razonado su fallo, a favor de la mora del Estado deudor. El análisis de los razonamientos legales de los tribunales extranjeros (apoyándose en precedentes y doctrinas de inmunidad del Estado, del acto de Estado, de la cortesía internacional, así como la analogía con los principios del Código de Quiebras de Estados Unidos) muestra como puede defenderse el deudor en mora si su caso llega a ventilarse en estos tribunales, y si bien nos permite observar un creciente desarrollo jurisprudencial en el sentido de proteger los intereses de la banca acreedora, no deja de ofrecer opciones a los Estados deudores.

La insuficiencia misma del marco jurídico que se ha formado alrededor del problema de la deuda externa motiva la

reflexión sobre la posibilidad de medidas jurídicas unilaterales por parte de acreedores (intervención armada, represalias frente a moratorias y sanciones económicas) y deudores (moratoria basada en diferentes doctrinas). Respecto a las medidas que pudieran tomar los acreedores hay una señalada prohibición en el derecho internacional moderno respecto al uso de medios violentos para el cobro de deudas insolutas, sin embargo la doctrina de la represalia ha sido usada repetidamente en los últimos años para justificar jurídicamente violaciones al derecho internacional. Finalmente, las sanciones económicas siguen perteneciendo a la jurisdicción doméstica de los Estados. Por otra parte la moratoria puede ser justificada con base en dos doctrinas, la referente al derecho a la preservación del Estado y la que invoca la doctrina *rebus sic stantibus*. Todas las justificaciones jurídicas de las medidas unilaterales involucran aspectos técnicos que deben manejarse correctamente para lograr una aplicación correcta de los principios invocados ya sea para su argumentación, refutación o defensa en un tribunal internacional.

Existen dos direcciones de investigación que se presentan particularmente fértiles para ayudar a la solución del problema de la deuda desde el campo jurídico: la relativa a la eliminación de barreras clausurales que conduzcan a una materialización más efectiva del principio de corresponsabilidad y la que se refiere a la justificación e implementación de una moratoria que pueda sostenerse firmemente en el Derecho Internacional. En el ámbito de la deuda externa la mejor asesoría e investigación técnica-legal de los acreedores privados no tienen por que seguir delineando el marco jurídico.

V I. BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y ARTICULOS

ASILS. *International Law Journal*, vol. VII, 1983.

Aspe Armella, Pedro, "La Renegociación de la Deuda Externa de México", en *El Mercado de Valores*, Año L, No. 4, Febrero 15, 1990.

Biggs, Gonzalo, *Aspectos Legales de la Deuda Pública Latinoamericana: La Relación con los Bancos Comerciales*, Banco Interamericano de Desarrollo. Serie de Reimpresiones, No. 145, 1985.

Bishop, William, *International Law. Cases and Materials*. Prentice Hall, 1953.

Brady, Nicholas, "El Plan Brady", en *El Mercado de Valores*, No. 11, junio 1, 1989, Año XLIX.

Bujeda, Beatriz, *El Contrato de Crédito Eurodólar. Un Análisis Jurídico*. Tesis de licenciatura, UNAM, 1989.

Calderón, Felipe, *Marco Constitucional de la deuda Pública Externa Mexicana*. Ponencia presentada ante la H. Comisión de Programación y Presupuesto de la H. Cámara de Diputados, México, Mayo 1989.

Calderón, Francisco, "La República Restaurada. La Vida Económica", en Daniel Cosío Villegas (Coord.), *Historia Moderna de México*, Editorial Hermes, 1955.

Crozer, George K. y Wall, Duane D. "The Eurodollar Market: Loans and Bonds", en *International Financial Law. Lending, capital transfers and instituciones*, 2a. Edición, Euromoney, 1984.

Delaume, Georges. (1977) "Three Perspectives on Sovereign Immunity. Public Debt and Sovereign Immunity", en *American Journal of International Law*, Vol. 71, No. 3.

Excelsior, "Prefiere la banca Salir de México en Lugar de dar más Crédito", 18 de agosto de 1989.

Franck, Antonio, *Consideraciones sobre Aspectos Contables y Reglamentaciones que afectan la Restructuración de la Deuda*. Ponencia presentada ante la H. Comisión de Programación y Presupuesto de la H. Cámara de Diputados. México, mayo 1989.

Foreign Report. "Downhillin Latin America", 12 de enero de 1989.

García Moreno, Víctor Carlos, "Notas sobre un Enfoque Jurídico del Endeudamiento Externo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXVII, enero-junio, 1987, núms. 151-153, pp. 95-109.

García Moreno, Víctor Carlos y Hernández Ochoa, César Emiliano, "Apuntes Jurídicos sobre el Endeudamiento Externo y la Última Renegociación", en *Revista México Internacional*, No. 3, Año 1, octubre-noviembre, 1989.

Gurría Treviño, José Angel, *Discurso en la Sesión de la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la H. Cámara de Diputados*. Política Financiera y Hacendaria 11, SHCP, marzo 6 de 1990.

Hahn, Hugo, "Public Foreign Debts and International Law", en *Law and State*, Vol. 33, 1986.

Hernández Ochoa, César Emiliano, "Implicaciones Jurídicas de una Moratoria", en *Vértice. Revista de Análisis y Estudios*, Año 2, No. 4, Agosto 1989.

Kaletsky, Anatole, *Los Costos de la Moratoria. Un Ensayo de la Twentieth Century Fund*, Grijalbo, 1985.

Kurz, William C. F. "Problem Loans and Sovereign Restructuring", en *International Financial Law, Lending, capital transfers and institutions*, 2a. Edición, Euromoney, 1984.

Logan, Francis D. y Rowntree, Peter D. "Term Loan Agreements", en *International Financial Law. Lending, capital transfer and institutions*, 2a. edición, Euromoney, 1984.

Malagón Vera, Alfonso, *La Administración de la Deuda Pública Externa*. Instituto Nacional de Administración Pública, A. C., 1987.

México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. *La Renegociación de la Deuda Externa de México*, julio de 1989, SHCP, 1989.

México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "México envía a la Banca Comercial la Hoja de Términos y Condiciones", en *El Mercado de Valores*, No. 19, octubre 1, 1989, año XLIX.

México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "México envía Carta de Intención al FMI", en *El Mercado de Valores*, No. 3, febrero 1, 1990, año L.

México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *La Renegociación de la Deuda Externa de México*, febrero 4, 1990, SHCP, 1990.

Pellicer, Jaime, *Estructura Jurídica y Leyes que rigen la Actividad Crediticia*, CEMLA, 1989.

Reyes Heróles G. G., Jesús, *Multi-Mini-Menu: Elementos para Avanzar en la Solución de la Deuda Externa de México*, Inédito, 1988.

Salinas de Gortari, Carlos, "Solución al Problema de la Deuda Externa", en *El Mercado de Valores*, No. 15, agosto 1, 1989, Año XLIX.

Salinas de Gortari, Carlos, "México, espacio atractivo para la comunidad internacional", Discurso pronunciado en la reunión anual del Foro Económico Mundial, el 1 de febrero de 1990, en *Nexos* 147, marzo 1990.

Sklar, Rubén, "Renegotiation of External Debt: The Allied Bank Cases and the Chapter 11 Analogy", en *Inter American Law Review*, vol. 17, No. 1, 1985.

Stevenson, John R., Browne, Jeffrey F., Fisler Damrosh, Lori, "United States Law of Sovereign Immunity Relating to International Financial Transactions", en *International Financial Law. Lending, capital transfers and institutions*, 2a. Edición, Euromoney, 1984.

Tudor John, William, "Sovereign Risk and Immunity under English Law and Practice", en *International Financial Law. Lending, capital transfer and institutions*, 2a. Edición, Euromoney, 1984.

Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Ediciones Aguilar.

Zaldueño, Eduardo A., *La Deuda Externa*, Ediciones Depalma, 1988.

CONTRATOS DE DEUDA PUBLICA

-CONTRATO DE REFINANCIACION GARANTIZADO. Fechado el 1 de agosto de 1985 entre los PRESTATARIOS mencionados en las páginas de firmas del presente, el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA como Banco Central de la República Argentina, la REPUBLICA ARGENTINA como garante, los BANCOS, los AGENTES DEL SINDICATO y el AGENTE DE CONVERSION mencionados en las páginas de firmas del presente y los AGENTES ORDINARIOS.

-NEW RESTRUCTURE AGREEMENTS Dated as of August 29, 1985. Among MEXICAN PUBLIC SECTOR OBLIGORS and THE UNITED MEXICAN STATES as Guarantor and BANCO DE MEXICO as the Central Bank of the United Mexican States and THE SERVICING BANKS and THE ADMINISTRATIVE AGENT and THE BANCK SIGNATORIES.

-CONTRATO DE RENEGOCIACION DE LA DEUDA EXTERNA Y SUS ANEXOS. República Dominicana, 1o. de agosto de 1986.

-The United Mexican States. DISCOUNT AND PAR BOND AGREEMENT. Dated as of February 1990. Citibank, N. A. as Closing Agent.

-The United Mexican States. NEW MONEY BOND SUBSCRIPTION AGREEMENT Dated as of February 1990. Citibank, N. A. as Closing Agent.

-The United Mexican States. OIL CONTINGENCY REVOLVING CREDIT AGREEMENT. Among the United Mexican States, Banco de México, IBRD, Citibank, N. A. as Agent.

-The United Mexican States. 1990 AMENDMENT. Dated as of February 1990. Citibanks ans Closing Agent.

CASOS

-Allied Bank International v. Banco de Crédito Agrícola de Cátago, fojas 83-7714 (Segundo Circuito, 23 de abril de 1984).

-Libra Bank Limited v. Banco Nacional de Costa Rica, (U. S. District Court of New York, julio 11, 1983, p. 31).

VII ANEXOS

A) Algunas cláusulas representativas de los contratos de deuda pública.

Cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

“h) *Ley Argentina: No existe inmunidad.* (. . .) Bajo las leyes de la República Argentina, . . . , ni dicho Prestatario ni ninguno de sus Ingresos, activos o bienes goza de derecho de inmunidad alguno, por razones de soberanía o de otro tipo, con respecto a notificación de procesos o a la jurisdicción de cualquier tribunal en relación con cualquier juicio, acción o procedimiento emergente de, o relacionado con sus obligaciones bajo este Contrato o sus Pagares, o con respecto a la ejecución o cumplimiento de cualquier sentencia resultante de los mismos, y si dicho Prestatario o cualquiera de sus ingresos, activos o bienes se hiciera acreedor a cualquiera de dichos derechos de inmunidad, dicho Prestatario ha renunciado efectivamente a dichos derechos. . .” (Tomado del Contrato de Refinanciamiento Garantizado de la República Argentina, p. 59, 1o. de agosto de 1985).

Cláusula de determinación de derecho aplicable.

“Section 12.06. *Governing Law.* This Agreement has been prepared, substantial negotiated, and execute and delivered by all parties hereto, in New York, New York, and this Agreement and the Notes shall be governed by and construed in accordance with the law of the State of New York” (Tomado de Multi-Year Refinancing Agreement de la República de Ecuador, p. 182, 19 de diciembre de 1985).

Cláusula de igual prelación de créditos (paripassu).

“ . . . las obligaciones y otras Deudas contraídas y a ser contraídas por la República en virtud de este contrato tienen y tendrán un rango que sea por lo menos “*pari passu*” en todos sus aspectos con todas las otras Deudas Externas de la República, . . .” (Tomando del Contrato de Renegociación de la Deuda Externa de la República Dominicana, Gaceta Oficial, pág. 1551, 1o. de agosto de 1986).

Cláusula de incumplimiento cruzado (cross de fault).

“Sección 9.01 - CASOS DE INCUMPLIMIENTO.

Si cualquiera de las siguientes situaciones ocurriere y se mantuviere:

(e) Que el Banco Central, la República o cualquier otro Organismo Gubernamental no pagare cualesquiera Deudas Externas (. . .) del Banco Central, la República o cualquier otro Organismo Gubernamental por un monto total de principal y/o intereses que sobrepasen US\$5,000,000 (o su equivalente en cualquier otra moneda) a su vencimiento (ya sea un vencimiento programado, un pago anticipado exigido, anticipación, demanda, o de otra forma) y que dicha falta continúe después del período de gracia aplicable, si lo hubiere, especificado en el acuerdo o instrumento relativo a dicha deuda. . .” (Tomando del Contrato de Renegociación de la Deuda Externa de la República Dominicana, Gaceta Oficial, pág. 1569, 1o. de agosto de 1986).

Cláusulas de reparto proporcional de pagos (sharing of Payments).

-Obligación de los bancos sindicados entre sí.

“(b) *General Requirement of Sharing.* Each Bank agrees that if it shall at any time, through exercise of a right of banker's lien, setoff, litigation of counterclaim or otherwise, obtain payment with respect to the principal of or interest on the Credits owed to it that is proportionately greater than the payment obtained by any other Bank with respect to the principal of or interest on the Credits owed to such othe Bank, the Bank obtaining such proportionately greater payment shall purchase from each such othe Bank, in the manner and on the terms set forth in this Section, a participation in the principal of or interest on such other Credits in such amount. . . as shall be required to ensure that the Banks share those payments ratably. . .” (Tomado de New Restructure Agreements firmados por los Estados Unidos Mexicanos pp. 5-7, 29 de agosto de 1985).

Obligación del agente con respecto a los bancos

“Sección 5.05 - Procedimiento para los Pagos.

(e) Si el Agente Coordinador recibiere fondos insuficientes para pagar en su totalidad las comisiones, intereses, Gastos y el principal (incluyendo comisiones, gastos, intereses y principal vencidos y no pagados), debidos y pagaderos en virtud de este Contrato en cualquier Fecha de Pago de Intereses o Fecha de Pago de Principal (. . .), el Agente Coordinador (. . .), distribuirá tales fondos en el siguiente orden: *primero, a prorrata*, para pagar todas aquellas comisiones que fueren vencidas y no pagadas a esa fecha, y *segundo*, después que dichas comisiones hubieren sido totalmente pagadas, para pagar, *a prorrata*, todos estos intereses vencidos y no pagados a esa fecha, *tercero*, después de que dichos pagos hubieren sido hechos en su totalidad, para pagar, *a prorrata*, todos esos gastos que estuvieren vencidos y no pagados a esa fecha y *cuarto*, después de que todos esos pagos se hubieren hecho en su totalidad para pagar, *a prorrata* todo aquel principal vencido y no pagado a esa fecha”. (Tomado del Contrato de Renegociación de la Deuda Externa de la República Dominicana, Gaceta Oficial, pág. 1533, 1o. de agosto de 1986).

Cláusula de compromiso negativo (negative pledge)

“El Prestatario:

i) *Compromiso Negativo*. No constituirá ni permitirá la existencia, de Gravamen alguno sobre o con respecto a ninguno de sus bienes o ingresos actuales o futuros, en cada caso para garantizar o de otro modo proveer al pago del Endeudamiento de cualquier Persona, que no sea:

(i) Gravámenes sobre el precio de compra de cualquier bien adquirido o mantenido por dicho Prestatario para garantizar el precio de compra de dicho bien o el Endeudamiento incurrido al sólo efecto de financiar la adquisición de dicho bien.

(ii) Gravámenes existentes sobre tal bien al momento de su adquisición;

(iii) Gravámenes sobre cualquier bien que dicho Prestatario en adelante adquiera, construya o en el que introduzca mejoras en relación con cualquier proyecto industrial, de servicios públicos de recursos naturales, constituidos o asumidos en forma simultánea, o dentro de los 120 días posteriores a dicha adquisición o terminación de dicha construcción o mejora, para garantizar el Endeudamiento incurrido para cumplir con el pago de cualquier porción del precio de compra o el costo de dicha construcción o mejora; siempre que los prestamistas, con respecto a dicho Endeudamiento, (A) hayan convenido expresamente en considerar dicho proyecto, como la principal fuente de reintegro de dicho Endeudamiento y (B) en el caso de Endeudamiento Externo, se les haya suministrado un estudio de factibilidad preparado por expertos independientes competentes que indique que dicho proyecto generaría suficientes ingresos en moneda extranjera para reintegrar el capital y los intereses sobre dicho Endeudamiento Externo;

(iv) Gravámenes existentes a la fecha del presente;

(v) Gravámenes sobre los bienes de dicho Prestatario que surjan exclusivamente por aplicación de una ley que no sea argentina (y en el caso de cualquier Prestatario que sea una entidad binacional, una ley que no sea la de su Otro País Patrocinador); y

(vi) La renovación o prórroga de cualquier Gravamen permitido por las cláusulas (i) a (iv) precedente con respecto a los mismos bienes hasta entonces sujetos al mismo (sin aumentar el monto del capital del Endeudamiento garantizado por los mismos y durante un período de tiempo coincidente con el del Endeudamiento que garantiza).” (Tomado del Contrato de Refinanciamiento Garantizado de la República Argentina, p. 66, 1o. de agosto de 1985).

B) Disposiciones extranjeras relevantes sobre inmunidad soberana.

- *The United Kingdom State Immunity Act. 1978*

“Exceptions from immunity

2. (1) A State is not immune as respects proceedings in respect of which it has submitted to the jurisdiction of the courts of the United Kingdom.

3. (1) A State is not immune as respects proceedings relating to:

(a) A commercial transaction entered into by the State; . . .

(3) In this section “commercial transaction” means: . . .

(b) Any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; . . .”

C) Doctrina Drago.

“ . . . Este gobierno ha estimado de oportunidad transmitir a V. E. algunas consideraciones relativas al cobro compulsivo de la deuda pública, tales como las han sugerido los hechos ocurridos (. . .) El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no puede iniciarse contra ella, ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro, comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno (. . .) El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo, y la ocupación territorial significa supresión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende. Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América y muy particularmente la Doctrina Monroe. . . ” (Tomando de Drago, Luis M., *Les Emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale*, A. Pepone Ed., 1907).

D) Selección de preceptos del Derecho Positivo Mexicano que se refieren al endeudamiento externo.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Art. 73 El Congreso tiene facultad: . . .

Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos salvo que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraen durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29”;

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos

“Art. 8. La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. . .

Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidas entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento que imponga el régimen de Control de Cambios en vigor. . .”

Código Civil para el Distrito Federal.

“Art. 12. Las leyes mexicanas rijen a todas las personas que se encuentren en la República así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se someten a dichas leyes; salvo, cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y, salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte”.

“Art. 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas, . . .

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

Art. 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente, . . .

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

“Art. 15. No se aplicará el derecho extranjero,

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“Art. 605. Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este Código, . . .”

Código Federal de Procedimientos Civiles

“Art. 4. Las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública federal y de las entidades federativas no podrán ser objeto de mandamiento de ejecución ni providencia de embargo en su contra, ni se les exigirán garantías”.