

Análisis de algunas cláusulas sustantivas y conflictuales en los empréstitos internacionales

VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Ley aplicable y tribunal competente. III. Cláusulas de protección a la estructura sindicada. IV. Cláusula de igual prelación de acreedores (pari passu). V. Cláusulas de compromiso negativo (negative pledge). VI. Cláusula de reparto proporcional de pagos (sharing of payments). VII. Cláusula de compensación automática (set off). VIII. Cláusula de prepago o pago anticipado. IX. Cláusulas de desastre. X. Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del agravamiento de la situación económica de México en los últimos meses, el tema del endeudamiento externo vuelve a la mesa de las discusiones, especialmente las condiciones legales de los contratos que se celebran con la banca internacional, llegándose a mencionar, inclusive, la posibilidad de una moratoria, suspensión de pagos o repudio total o parcial de la deuda externa mexicana.

Hasta hace una década la deuda externa de México se encontraba dentro del mercado del “Eurodólar” que, desde el punto estrictamente jurídico, poseía 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.

¹ Profesor de Derecho internacional, Facultad de Derecho, UNAM; miembro de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, La Haya, Países Bajos, y panelista del capítulo XIX (prácticas desleales) del TLC.

La mayor parte de los préstamos de la banca acreedora se realizaba a través de consorcios o “sindicatos” de bancos, quienes monopolizaban 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 que buscan establecer las responsabilidades del agente y los bancos.

Los préstamos sindicados surgieron, en un principio, como una forma de disminuir el riesgo de los bancos al prestar, ya que éste se comparte entre todos. 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 Prime, 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 represtan (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).

Al haber nacido como un medio de escapar a las regulaciones crediticias y en ausencia de regulaciones comunes, el mercado de eurodivisas se vio en la necesidad de crear un marco jurídico propio. Esto lo logró a través de la redacción de los contratos que fue evolucionando paulatinamente hasta llegar a una sistematización 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 una gran estabilidad y flexibilidad (si bien esa flexibilidad rara vez se ha puesto al servicio del deudor).

Sin embargo, y no obstante todo lo anterior, la deuda externa mexicana, o al menos una parte sustancial de ella, se encuentra, actualmente, contraída con bancos norteamericanos, con fiduciarias europeas y aun con personas morales de diversos países, tales como sindicatos, consorcios, etcétera, lo que hace más difícil su renegociación para el deudor, en este caso México. Todo indica, pues, que existe una tendencia para que cada vez intervengan menos los bancos privados. Es decir, la deuda se contrae a través de la colocación de “papeles”, o de lo que se ha dado en llamar la *securitización*, o sea mediante el depósito de documentos e instrumentos de crédito, como en el caso del Acuerdo para la Estabilización de la Economía Mexicana, de febrero de 1995, la denominada “factura petrolera”, en bancos o instituciones públicas estadounidenses que garantizan el pago de los mencionados “papeles”, entre otras formas, lo que trae como consecuencia una terrible pulverización de la deuda pública externa mexicana.

II. LEY APLICABLE Y TRIBUNAL COMPETENTE

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 o Londres), pero, el sometimiento a las leyes no significa sometimiento a la jurisdicción de los países acreedores. 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 tienen inmunidad con respecto a la jurisdicción y a la ejecución de estados extranjeros. El fundamento de esta norma de derecho internacional no sólo se encuentra en la soberanía de los estados sino también en evitar el surgimiento de 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 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 soberana (*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 se pacta la renuncia a la inmunidad.

Como se decía antes, en un principio no existía confusión en cuanto a que la ley aplicable a los contratos de préstamos internacionales no implicaba necesariamente el sometimiento a los tribunales de los países acreedores. Sin embargo, puede afirmarse que durante el último lustro ha habido una grave confusión entre el problema de la ley aplicable y la jurisdicción competente, ya que algunos juristas son de la opinión de que se escoge un determinado foro como competente y éste tribunal tiene que aplicar alguna ley, la que aplica, lógicamente, es la del foro, por lo cual se concluye que al escoger tribunal competente, automáticamente, *ipso iure*, se está seleccionando la ley aplicable. Por lo tanto, sólo se designa foro competente, indicando con ello que de manera implícita se está escogiendo ley aplicable, que es la del mismo foro.

Lo anterior no es del todo exacto ya que hay la necesidad de diferenciar el foro competente de la ley aplicable al fondo, que será la que determine los derechos y obligaciones de las partes. De lo anterior se colige que aquellos casos en que los contratantes solamente escojan el foro competente, no existió voluntad alguna de escoger ley aplicable al fondo contractual y, por lo tanto, deberán aplicarse las normas conflictuales pertinentes.

Dice Lozano Alarcón² que lo anterior crea serios problemas, los cuales no son meramente doctrinarios, ya que, se pregunta ¿qué pasaría si un contrato guarda puntos de contacto con dos leyes y en una se permitiera el anatocismo en tanto que en la otra se prohibiera?

Otro problema se presenta cuando se hace la elección de una determinada ley aplicable, estipulándose a la vez que la ley aplicable será la del lugar en que se tenga que llevar a cabo alguna acción judicial, por lo que entonces la ley aplicable sería la del mismo foro competente, considerando que la ley del tribunal competente le facilitaría la ejecución de su propia resolución. De lo anterior se colige que en realidad existen dos momentos de ley aplicable: el primero, cuando el contrato está en vigencia pero aún no se ha presentado una controversia y, el segundo, cuando ya se suscitó la disputa, cuya ley aplicable sería la del foro escogido: es válido, se afirma, someter a la leyes distintas un mismo contrato de empréstitos internacional, la del foro juzgador y la ley aplicable del momento en que el contrato llegue ante un tribunal. Se ha afirmado que lo anterior trae consigo graves problemas de interpretación y seguridad jurídica.

En lo que concierne a la elección del tribunal competente, se acepta el principio de prórroga de jurisdicción, es decir, la autonomía de las partes. Sin embargo, se ha notado una tendencia en los contratos de préstamos recientes en el sentido de establecer una cláusula de la opción múltiple del tribunal competente y es el prestamista quien escoge, libremente, de entre una variedad de foros, el tribunal ante el cual demandará. Empero, deberá tenerse siempre en cuenta el contenido del artículo 567, reformado, del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece: "No se considera válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas".

Se ha dicho que para evitar la dificultad que representa saber cuándo la elección del foro implica un beneficio solamente para una de las partes y no para todas, y evitar la inseguridad del contrato financiero internacional, la solución es que sea uno solo el tribunal competente o que el foro competente se determine con base en el domicilio del deudor.

Otro problema en la selección del foro competente se presenta cuando las partes no renuncian expresamente al tribunal que naturalmente sería el competente, ya que los artículos 1092 y 1093 del Código de Comercio se interpretan en el sentido de que es necesaria la renuncia expresa para efectos de someterse a otro tribunal.

Con relación a los dos últimos artículos mencionados se puede constatar que en la mayor parte de las legislaciones del mundo no se requiere renuncia expresa de la jurisdicción natural, por lo que ambos numerales entrañan un anacronismo dentro del derecho positivo mexicano.

Aunque para el derecho mexicano la elección del foro no implica elección de ley aplicable, se puede afirmar que es ya una práctica internacional, sobre todo en

² LOZANO ALARCÓN, Gerardo. Plática dada en la sesión de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, 28 de septiembre de 1995, University Club, ciudad de México.

pagarés internacionales, que cuando se escoge tribunal se selecciona, implícitamente, ley aplicable.

III. CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN A LA ESTRUCTURA SINDICADA

Cláusula de incumplimiento cruzado (*cross default*).

Las cláusulas de incumplimiento cruzado generalmente disponen que el contrato de préstamo que contiene la cláusula se considerará incumplido si el deudor incumple cualquiera de sus otros contratos de préstamo, incluso aquellos con otros acreedores. Las consecuencias que se derivan de la existencia de estas cláusulas son que se refuerza, contractualmente, la existencia de los sindicado de bancos y se impide el que un deudor pueda optar por cumplir determinadas obligaciones e incumplir otras selectivamente, obligándolo a cumplir todas las obligaciones con todos los bancos. Las cláusulas de incumplimiento cruzado pueden aumentar significativamente la magnitud de las moratorias, pues si un país tiene poco dinero y éste no le alcanza para cubrir más de algunas obligaciones, estas cláusulas lo llevan, técnica y automáticamente, a incumplir todas, incluso las que hubiera podido pagar. Así se disminuye el poder de negociación de los deudores y de los bancos pequeños, quienes salen perjudicados en negociaciones donde la banca negocia en conjunto con deudores separados.

IV. 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 adquiere el mismo rango de prelación o preferencia (*pari passu*) con otros pasivos a cargo de entidades usuarias”. 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.

V. CLÁUSULAS 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”. 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”, ya que en muchas ocasiones para otorgarle crédito se le piden garantías. El presupuesto central de esta cláusula es que si el deudor sólo puede pedir prestado otorgando garantías, entonces su endeudamiento debe ser considerado excesivo y un mayor endeudamiento no debe permitirse a menos que los acreedores sin garantías lo aprueben.

VI. CLÁUSULA DE REPARTO PROPORCIONAL DE PAGOS (*SHARING OF PAYMENTS*)

Esta cláusula, también denominada “de pagos o 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”. De esta manera la banca acreedora “elimina [...] las negociaciones individuales o el otorgamiento de rebajas por pagos preferenciales”.

VII. CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA (*SET OFF*)

Esta estipulación se refiere a que el acreedor o los acreedores disponen de activos del deudor cuando incumple con sus obligaciones, como cuentas bancarias del deudor, no necesariamente ubicadas en el país acreedor. En ciertos casos abarca las cuentas de los bancos centrales o gobiernos garantes y no únicamente de los deudores directos.

VIII. CLÁUSULA DE PREPAGO O PAGO ANTICIPADO

Mediante esta cláusula se prohíbe o limita el pago anticipado ya que el dinero que prestan los bancos no es propio, y en la fecha que se determina para el pago la banca ya tiene comprometido dicho dinero para realizar otro préstamo o bien para pagar, por lo que se estima que al recibir el dinero anticipadamente se corre el riesgo de tenerlo inactivo, por lo menos por algún tiempo. El prepago se sanciona con una pequeña proporción. En algunas ocasiones solamente se admite el prepago de aquellos vencimientos más lejanos de la deuda.

IX. CLÁUSULAS DE DESASTRE

Muy recientemente, y por las situaciones prevalecientes en los mercados financieros internacionales, lo que ha motivado una serie de reestructuraciones crediticias, la banca privada internacional particularmente la europea, ha creado una serie de cláusulas que son típicas en aquellos contratos de financiamiento internacional considerados de alto riesgo, que, genéricamente, se denominan “cláusulas de desastre”, las que, de ninguna manera, se justifican en los contratos internacionales, mucho menos en los contratos de préstamos de carácter nacional. Sin embargo, y debido a la enorme influencia que ejerce la banca internacional sobre la nacional, dichas cláusulas suelen aparecer en los contratos nacionales de préstamos, sin que exista racionalidad alguna para su inserción.

Alguna de estas estipulaciones o cláusulas son las siguientes.³

Cláusula de ilegalidad

Consiste básicamente en que si un contrato de préstamo por alguna razón todas o alguna de sus cláusulas resultan ilegales, el acreditado deberá pagar anticipadamente el adeudo objeto del contrato.

Se ha dicho, con respecto a lo anterior, que al quedar a merced del banco otorgar mayores créditos que los que permite la ley, en el caso de México, la Secretaría de Hacienda, implicaría incurrir en una ilegalidad por violación a la misma, y que exigir, por dicha causa, el pago anticipado e inmediato al deudor, en virtud de que la ilegalidad puede ser superveniente y aun ajena al acreditado, se distorsiona la equidad en los créditos nacionales, por estar sujeto a las variantes y normas que el Banco de México pudiera establecer.

Cláusula de incremento de costo

Si los costos aumentan, por cualquier circunstancia, el deudor deberá optar por pagar dichos incrementos más daños y perjuicios, o liquidar el adeudo.

Cláusula de tasa sustituta

Si desaparece la tasa líder pactada en primer lugar y no se ponen de acuerdo las partes sobre la tasa que la sustituiría, y los bancos no están de acuerdo en la determinación de dicha tasa líder, el acreditado tendrá que liquidar el adeudo.

³ *Loc. cit.*

Cláusula de impuesto (*gross up*)

Se trata del caso en que el banco prestamista se vea sometido a mayores cargas tributarias, el deudor o acreditado se obliga a pagar dichas cargas. El banco no corre ningún riesgo de carácter fiscal, si no que es el acreditado o deudor el que deberá cubrir prácticamente los impuestos que originalmente le corresponden al prestamista. Incluso, se llega a pactar una cláusula de indemnización mediante la cual la parte deudora se obliga a pagar el impuesto sobre la renta, que de otra manera le correspondería cubrir al banco. Consideramos que esta cláusula es ilegal puesto que es obligación del banco el pago de los impuestos correspondientes y el acreditado o deudor lo único que debe hacer es retener la cantidad correspondiente, en virtud de que su obligación es solidaria pero, dicha hipótesis se convierte en cláusula contractual por la cual el banco prestamista cobra simplemente mayores intereses o utilidades por el préstamo pactado. Además de que implica una injusticia, la aplicación de esta estipulación siembra un gran riesgo en el cálculo de los pagos, lo que puede provocar un mercado volátil y altamente inseguro.

X. 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 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 sustancial a la disminución de la deuda". 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 ha 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 debe 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 virtud de la redacción de un contrato, en una posición de desventaja.

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.

Sus principales efectos del clausulado 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 colaborando con las leyes y convenciones de inmunidades soberanas al mantenimiento del problema de la deuda. Las modificaciones hechas en las últimas renegociaciones, si bien introducen mejoras importantes en el proceso y términos financieros del endeudamiento externo no ha implicado la alteración significativa del clausulado contractual y si, en el caso de México, la introducción de cláusulas nuevas apuntan a la pérdida a mediano plazo de las ventajas de la renegociación. La renegociación mexicana constituye el principio de corresponsabilidad de la deuda, que si bien es poco equitativa, no por ello deja de ser importante.

Los casos de incumplimiento llevados a los 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 que aun cuando los tribunales fallen a su favor le es imposible satisfacer sus créditos con los activos que los estados deudores tienen en el extranjero. Así, la 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 en favor de la banca, dándose casos en que (al menos en instancias intermedias) han fallado, y razonado su fallo, en favor de la mora del Estado deudor. El análisis de los razonamientos legales de los tribunales extranjeros (apoyándose en precedentes y doctrinas de inmunidad de Estado, del acto de Estado, de la cortesía internacional, así como la analogía con los principios del Código de Quiebras de Estados Unidos) muestra cómo 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 formado alrededor del problema de la deuda externa motiva a 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 muy usada en los últimos años para justificar jurídicamente violaciones al derecho internacional.

Por último, 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 adecuada 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 clausulares que conduzca 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 técnico-legal de los acreedores privados no tiene por qué seguir delineando el marco jurídico.